

**Estudio de 215 sentencias dictadas por las Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia en materia de procedimientos de despidos colectivos instados tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (23 de mayo de 2012 a 12 de junio de 2014).**

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.

6 de julio de 2014.

Textos publicados en el blog del autor <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>

**Introducción.**

Reproduzco en este texto, por el orden cronológico de publicación para el TS y la AN y por el mismo orden cronológico pero de forma separada para cada TSJ, los 215 comentarios publicados en el blog de las sentencias dictadas por las Salas de lo Social del TS (23), AN (63) y TSJ (129) en impugnación de despidos colectivos, desde la primera dictada por el TSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 hasta la emitida por la AN el 12 de junio de 2014, más alguna sentencia de especial interés y que versa sobre la relación entre los despidos objetivos individuales y los ERES o procedimientos de suspensión de contratos, y algún auto de especial importancia. Sin duda, no están comentadas todas las sentencias dictadas, y soy consciente de ello, pero creo que este documento, que insisto que recoge 215 comentarios, es un buen material de trabajo, que espero poder ir actualizando, para todas las personas interesadas en el estudio de una de las materias cuya modificación tras la reforma laboral de 2012 ha suscitado más polémicas doctrinales y judiciales.

Buena lectura.

**PRIMERA PARTE. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

**1. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013.**

1. El pasado lunes tuve conocimiento, a mediodía y por la periodista Ana Requena de "[Eldiario.es](http://Eldiario.es) ", de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había dictado y hecho pública su primera sentencia sobre un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por un Tribunal Superior de Justicia, en concreto el de Madrid, con ocasión de una demanda interpuesta por despido colectivo y que fue estimada por dicho tribunal declarando la nulidad de la decisión empresarial, es decir de los despidos efectuados, y condenando solidariamente a todas las empresas demandadas a las consecuencias que se derivaran de dicho fallo. Entre clase y clase tuve tiempo de acceder a la sentencia, publicada en la edición digital de "El País" y durante el desplazamiento en ferrocarril desde la UAB a Barcelona tuve oportunidad de leerla con atención.

Ya en la tarde del lunes, y en especial durante el día de ayer, los medios de comunicación han publicado numerosos comentarios sobre la sentencia del TS, de fecha 20 de marzo, dictada en Sala General y votada por unanimidad, y de la que ha sido ponente el magistrado Jesús Gullón. En general, los medios han resumido los

contenidos más relevantes de la sentencia, pero algunos han aprovechado la ocasión para realizar su particular interpretación de aquello que ha hecho el TS al dictar la sentencia. De esta manera, titulares “curiosos”, por no decir que claramente contrarios al contenido de la sentencia, fueron los publicados ayer en el diario Expansión: “[El Supremo entorpece la aplicación de la reformalaboral en los ERE](#)”, y “[Primer ERE nulo de la reforma laboral: aviso anavegantes](#)”, y también muy peculiar es el del diario digital “El Boletín.com”: “[El Tribunal Supremo complica la negociación de Rajoy con Bruselas](#)”. Más neutrales y sin apriorismos, fueron los de Cinco Días, “[El Supremo anula un ERE en suprimera sentencia de la reforma laboral](#)”, o el de Equipos y Talento, “[El Supremo se pronuncia por primera vez sobre la reforma laboral anulando un ERE](#)”, y el de Europa Press en idéntico sentido. La resolución del TS ya ha merecido también un interesante comentario del gabinete de estudios jurídicos de la [Confederación Sindical de Comisiones Obreras](#) y que un querido amigo del mundo jurídico, el letrado Luis Martín Diz, tuvo la amabilidad de enviarme en el día de ayer.

2. La sentencia del TS resuelve dos recursos de casación interpuestos contra la [sentencia del TSJ de Madrid de 30 de mayo](#), la segunda dictada en materia de ERES tras la entrada en vigor de la reforma laboral mediante el Real Decreto-Ley 3/2012. [Dicha sentencia ya ha sido publicada en la base de datos del CENDOJ y acompañada con una buena síntesis de la misma, elaborada por el gabinete de comunicación del Poder Judicial](#) que por su interés me permito reproducir.

“La Sala de lo Social del Supremo ha confirmado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaró nulos el despido colectivo ejecutado por un grupo de empresas liderado por 'Talleres López Gallego ante los "graves defectos formales" probados en la tramitación del Expediente de Regulación de Empleo (ERE).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró probado que no se había entregado a los representantes de los trabajadores la documentación exigible en el período de consultas dentro del proceso, privándoles así de una información suficiente para conocer las causas de los despidos.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo falla en contra del recurso del grupo de empresas, para las que los 28 trabajadores afectados trabajaban indistintamente.

En la resolución, el Alto Tribunal destaca que la comunicación de la apertura del periodo de consultas debió ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, especificándolas, tal y como establece el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En dicha memoria también se tiene que incluir el número y clasificación profesional de los afectados, los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el periodo previsto para llevar a cabo los despidos y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los perjudicados.

En este caso, no se llevó a cabo esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, tal y como establece la legislación.

La escasa documentación entregada por la empresa al inicio del periodo de consultas incluía una pretendida memoria que consistía en una pequeña descripción cronológica de su actividad en el mercado.

La memoria se refiere a unos anexos con unos supuestos detalles sobre el descenso de la facturación, pero el Alto Tribunal falla que tales anexos no existen, ni de la documentación entregada se colige falta de producción, ausencia de trabajo o deudas inasumibles.

La empresa tampoco aportó las cuentas auditadas de los dos últimos ejercicios, ni las cuentas de pérdidas y ganancias abrevadas, ni el balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados. No se informó sobre la venta de bienes inmuebles de la empresa, ni se entregaron las cuentas de las otras sociedades que giran con el mismo logo.

Los representantes de los trabajadores no recibieron la carta del despido colectivo, procediendo la empresa a notificar su decisión por medio de cartas individuales.

El Tribunal Supremo rechaza que la sentencia del TSJ de Madrid vulnere la jurisprudencia en materia de grupos de empresas. El Alto Tribunal falla que ni siquiera es preciso acudir a la idea del grupo de empresas, por la confusión de plantillas palmaria. Así, se había abierto una cuenta corriente aparte para facturar, ya que la cuenta de la empresa estaba intervenida por Hacienda. Esta empresa, creada ficticia e instrumentalmente, sin trabajadores, sustento o actividad real, tenía una única finalidad - la de facturación-, que la realizaban los trabajadores de "Talleres López Gallego".

3. He repasado mis comentarios a las sentencias dictadas por los TSJ y la Audiencia Nacional desde la primera dictada por el TSJ de Cataluña, comentarios que inicié cuando no era consciente de la importancia que iban a tener las resoluciones judiciales en materia de ERES (y la carga de trabajo que iba a significar para mí), dada la judicialización de los conflictos laborales ante la desaparición de la autorización administrativa laboral. [Reproduzco ahora, ligeramente retocado, aquello que dije al comentar la sentencia del TSJ de Madrid:](#) “La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo declara la nulidad del despido colectivo efectuado, alegando entre otros motivos el incumplimiento por la empresa de la documentación que debe presentarse, ya que “la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible: a) por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general; y b) por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como es el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa”. Es importante destacar que además de la normativa estatal y europea hay también referencias al RD 801/2011 y al Convenio número 158 de la OIT sobre extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Dicho sea incidentalmente, también debe destacarse la crítica jurídica de la sentencia sobre la falta de actitud negociadora por parte de la empresa, ya que “quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia, porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones ni ofrece opciones”.

4. ¿Qué puedo añadir de la sentencia del TS que no quede ya totalmente reflejado en la nota de prensa del PJ o en la síntesis que efectué de la sentencia del TSJ de Madrid? En primer lugar, que los tribunales “no entorpecen” la aplicación de la reforma laboral, de

esta o de cualquier otra, si aplican correctamente las normas aprobadas por el legislador, y eso es lo que hizo en primera instancia el TSJ de Madrid y ahora ha ratificado el TS, es decir han aplicado aquello que disponía la normativa vigente en el momento de presentación del ERE por parte de la empresa, recogido en el artículo 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y en el Real Decreto 801/2011 de 10 de junio. En segundo término, que la sentencia del TSJ de Madrid es muy detallada y pone de manifiesto, en los hechos probados, el cúmulo de irregularidades en que incurrió la empresa con ocasión de la presentación del ERE, irregularidades de carácter formal (no presentación de documentos a los que estaba obligada y cuya falta lleva aparejada la declaración de nulidad) y también de carácter sustantivo (falta de voluntad negociadora durante la tramitación del período de consultas con los representantes de los trabajadores); en tercer lugar, que tras la lectura de la sentencia del TS no parece que los recursos de casación interpuesto por las empresas condenadas tuvieran la entidad jurídica suficiente (más bien diría todo lo contrario) para que el alto tribunal rectificara total o parcialmente los criterios del TSJ de Madrid.

5. Pero, en fin, no estará de más, realizar un breve repaso del contenido de los fundamentos de derecho de la sentencia del TS, que no creo que sea precisamente la más complicada jurídicamente que deba dictar en los numerosos recursos de casación interpuestos contra las resoluciones de los TSJ y de la AN, y formulo esta afirmación, insisto, tanto por la calidad jurídica de la sentencia del TSJ de Madrid como por la muy mala presentación, en términos jurídicos, del ERE por la empresa y por la poca consistencia jurídica de los recursos de casación interpuestos contra la misma.

A) El TS centra muy correctamente el debate en su primer fundamento de derecho: “La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación consiste en determinar si los 28 despidos efectuados por una de las empresa demandadas y llevados a cabo al amparo de lo previsto en el artículo 51 del [Estatuto de los Trabajadores](#) -en la redacción dada por el RDL 3/2012- por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, resultan ajustados de derecho y, en caso de responderse negativamente a esa cuestión, corresponderá determinar la posible extensión de las responsabilidades que de ello se deriven a las empresas demandadas como integrantes de un grupo a efectos laborales”. Es decir, determinar si se produjeron esos graves incumplimientos formales que determinaron la nulidad a juicio del TSJ de Madrid, y si estábamos en presencia de un grupo de empresas a efectos laborales y por consiguiente la asunción por todas ellas y de forma solidaria de las responsabilidades jurídicas derivadas de la resolución judicial.

B) El primer recurso de casación alega “aplicación indebida por parte de la sentencia recurrida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, sobre los grupos de empresa y confusión de plantillas”, y también que ésta vulnera “el artículo 97.2 LRJS, por ausencia de motivación suficiente que le ha producido indefensión (art. 24 CE)”. El TS resuelve de forma clara y contundente, tanto en este como en el segundo recurso, sobre la posible modificación de hechos probados que pudiera llevar, en su caso, a un cambio de criterio jurídico en cuanto al fondo de litigio, y afirma con rotundidad que “no hay un solo motivo de casación hábilmente formulado que permita la modificación de los hechos probados de la sentencia de instancia, de manera que es absolutamente necesario partir de ellos para resolver cualquier problema jurídico que ahora en casación se nos quiera plantear”.

En este primer recurso el eje central del recurrente es la alegación de la aplicación indebida por el TSJ de Madrid de la doctrina del TS sobre el concepto de grupo de empresas a efectos laborales y sus consiguientes responsabilidades, tesis rechazada de plano tras proceder a recordar cuál es dicha doctrina y recordar que los requisitos requeridos para su determinación (que ya he estudiado con atención en otras entradas del blog) no necesariamente tienen que aparecer de forma total y absolutamente unidos para que pueda considerarse la existencia de tal grupo, y que hay que atender a la situación jurídica concreta de cada caso analizado para dar una respuesta, mucho más cuando, como en este litigio, se trata de nueve empresas. La existencia es muy clara a juicio del TS en el litigio enjuiciado por una serie de datos, recogidos en los hechos probados, que no dejan lugar a dudas a su juicio sobre la voluntad de ocultación de ese entramado laboral, cuando la empresa ahora recurrente “no tenía en plantilla un solo trabajador” y que “fue constituida como empresa meramente instrumental con el objetivo de eludir que .... facturase sus ventas a los clientes de forma directa..”, afirmando con rotundidad que “no cabe situación más clara de confusión de plantillas que el hecho de no tener Nivotrol trabajadores, de forma que las únicas actividades que llevaba a cabo -facturación fundamentalmente- las realizaba con personal de Talleres López Gallego. Además, por esa misma razón de una confusión de plantillas tan palmaria como la que se ha descrito, ni siquiera sería preciso acudir a la idea de grupo de empresas, porque los trabajadores realmente son también parte de la plantilla de la empresa Nivotrol y por ello solidariamente responsable de lo que suceda con las consecuencias jurídicas del despido practicado -aparentemente- sólo por Talleres López Gallego”. Una responsabilidad solidaria que se extiende a todas las empresa demandadas porque, tal como se recoge en el fundamento de derecho cuarto recordando lo recogido en el hecho probado decimoséptimo de la sentencia de instancia “resulta extraordinariamente clarificador sobre la real confusión de única sede, teléfono, fax, actividad, patrimonio, dirección y plantilla que entre aquéllas, "Nivotrol, S.L." y "Talleres López Gallego, S.L." existía”.

B) En cuanto al segundo recurso presentado se alega infracción del art. 51 de la LET (“sin especificar el número”, apunta el TS) y error en la apreciación de la prueba (vid art. 207 de la LRJS sobre motivos del recurso de casación. “d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”). Es decir, la recurrente trata de demostrar que sí cumplió los requisitos formales y sustantivos previstos en la normativa de aplicación y que, por consiguiente, su decisión era plenamente ajustada a derecho.

El TS recuerda en primer lugar cual era la normativa aplicable en el momento de presentación del ERE, en concreto el art. 51.2 de la LET en la redacción dada por el RDL 3/2012, 124.9 de la LRJS y artículos 6 y 7 del RD 801/2011, aprovechando la Sala para dar un tirón de orejas jurídico al legislador (ya se lo habían dado algunos TSJ y también en sede doctrinal recuerdo las aportaciones del Magistrado Rafael López Parada recogidas en un artículo anterior de mi blog) sobre su falta de respeto al principio de jerarquía normativa al pretender que una Orden ministerial interpretara qué estaba en vigor y qué había sido derogado del citado RD tras la entrada en vigor del RDL 3/2012, afirmando con rotundidad que para aplicar los artículos 6 y 7 del RD 801/2001 podía realizarse dicha aplicación “prescindiendo completamente de lo que pudiese establecer la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo (BOE de 13 de marzo), sobre la vigencia transitoria de determinados artículos de aquél Reglamento, peculiar y

anómala disposición que por su ínfimo rango nunca podría condicionar la aplicación, alcance o interpretación del RDL 3/2012, o la vigencia y extensión del RD 801/2011”.

El TS analiza con detalle la normativa citada en cuanto a la documentación que estaba obligada la empresa a presentar con ocasión del inicio de la tramitación del ERE y presta especial atención al concepto de “memoria explicativa de las causas de despido colectivo”, y en este caso concreto a la documentación que se requiere presentar cuando se alega la existencia de causas económicas, y resalta, por si hubiera alguna duda, que la empresa que presentó el ERE infringió palmariamente la normativa legal y reglamentaria, tanto porque en la memoria, de sólo tres folios, se expone que en los anexos se adjunta los detalles de facturación que permitirían justificar el descenso de la facturación que llevó a la presentación del ERE, cuando no existen dichos anexos; además, el TS confirma la argumentación del TSJ de Madrid de que de la escasa documentación presentada como anexo a la memoria, no cabía deducir racionalmente “la reducción, o, mejor dicho, la falta de producción, la ausencia total de trabajo o la existencia de deudas inasumibles”.

C) Es a continuación y en el mismo fundamento jurídico cuarto, cuando el TS ya sienta doctrina de general aplicación a todos los litigios que se planteen en materia de ERES, y que ha sido valorada positivamente en el informe antes referenciado del gabinete jurídico de CC OO, respecto a la finalidad de la entrega de la documentación prevista en la normativa y que es, justamente, la de poder negociar durante el período de consultas y poder alcanzar, en su caso, acuerdos que atenúen las consecuencias de los despidos, siendo importante resaltar a mi parecer la referencia a la normativa de la UE, la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y su plena incorporación al ordenamiento jurídico interno. Por su interés, reproduzco un párrafo del citado fundamento jurídico: “la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y 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 destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”.

Dado que esa finalidad no se ha cumplido en modo alguno en el litigio examinado, dada la falta de documentación aportada por la empresa y a la que estaba obligada, el TS confirma la nulidad de la decisión empresarial “teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible”, y además porque el hecho de no facilitar esa información, y la postura inflexible de la empresa durante el período de consultas, viciado ab initio, repito, por los incumplimientos empresariales, implicaron para el TS, y aquí también sienta doctrina de especial interés para posteriores resoluciones judiciales, “privó realmente de contenido al legalmente exigible periodo de consultas y le otorgaron la condición de lo que la sentencia recurrida califica por parte de la empresa de mera intención de cumplimentar un trámite formal”.

D) Por último, el TS debe pronunciarse sobre el posible error en la apreciación de la prueba por parte del TSJ de Madrid, ya que la recurrente alega que no se ajusta a

derecho el reconocimiento en instancia de la condición de un grupo de empresas laborales; pero claro está, para intentar demostrar su tesis debería tratar de aportar las pruebas que permitieran modificar los hechos probados, y el TS critica que el recurrente “no propone, como es preceptivo hacerlo, la indicación de los que, en su opinión, han de ser redactados de nuevo, completados, añadidos o eliminados, con base en las concretas pruebas documentales que obren en autos”.

Tras recordar la doctrina de la Sala sobre el error en la apreciación de la prueba y los requisitos que debe cumplir el recurso para que pueda apreciarse el mismo, afirma nuevamente con rotundidad que no existe “atisbo alguno” en el recurso que pretenda valorar la prueba en los términos pretendidos por la recurrente, y que sólo hay una discrepancia “sobre la forma en que lo ha hecho la sentencia recurrida”. Por consiguiente, no hay argumento alguno que lleve a estimar el recurso en este punto (ni en ningún otro, añadido) sobre la responsabilidad solidaria de las empresas demandadas, dada la “declaración que lleva a cabo, de manera detallada y plenamente razonada, la sentencia recurrida sobre la existencia del grupo de empresas como responsables solidarias por extensión de las responsabilidades derivadas del despido colectivo”, recordando el TS que la sentencia recurrida había apreciado plenamente, a partir de los hechos probados, “la confusión de plantillas o el uso abusivo de la personalidad diferenciadas” como elementos que contribuían a demostrar la existencia del grupo de empresas a efectos laborales. En cuanto que todas las empresas demandadas, y condenadas, han de asumir la posición de empleador, ello tiene efectos prácticos relevantes, tal como destaca el informe del gabinete jurídico de CC OO, “a la hora de exigir las responsabilidades que se puedan derivar del despido, sobre todo en el pago de los salarios de tramitación, o incluso las indemnizaciones, si finalmente la readmisión obligatoria resultara imposible”.

## **2. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013.**

1. El pasado jueves 18 de julio tuve conocimiento de la sentencia dictada en Sala General por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el pasado 27 de mayo, segunda que se dicta en materia de Expedientes de Regulación de Empleo tras la reforma laboral de 2012, y sin que haya votos particulares. La Sala se pronuncia en esta sentencia, y ya adelanto que desestima, acogiendo el parecer del Ministerio Fiscal, el recurso de casación interpuesto por CC OO de Galicia contra la sentencia dictada el 6 de julio de 2012 por el TSJ de dicha Comunidad Autónoma y que había igualmente desestimado la demanda interpuesta por el sindicato frente a Aserpal SA, Industrias Losan SA y el FOGASA. Cuando redacto esta entrada no tengo conocimiento de que la sentencia haya sido ya publicada en la base de datos del CENDOJ, una sentencia que como se expone en los antecedentes de hecho ha pasado por diversas vicisitudes hasta llegar a ver la luz pública.

La sentencia del TSJ de Galicia fue objeto de [análisis crítico por mi parte en una entrada publicada en agosto de 2012](#), de la que recuperé los contenidos que considero más relevantes.

“La sentencia tiene algunas características que la diferencian jurídicamente de todas las analizadas con anterioridad y también de las que he examinado en anteriores entradas del blog. En primer lugar, sólo existe una mención muy escueta a la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y ninguna al Convenio número 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y además la mención de la primera norma es casi, o así me lo parece, para justificar que aquello que regula,

concretamente el período de consultas, ya está recogido en el marco normativo vigente, el de la reforma laboral, de la LET, y que hay que trabajar con la norma española que ya ha incorporado la normativa europea. A diferencia de varias de las sentencias anteriores no se enfatiza, mejor dicho no se dice nada, sobre la importancia que la normativa europea confiere al período de consultas como instrumento de participación y negociación de la representación de los trabajadores, y la importancia de que se cumpla fielmente lo fijado en el mismo para respetar el “efecto útil” de las Directivas. Con respecto al Convenio nº 158 de la OIT, queda dicho que es desconocido por la sentencia, o por decirlo en términos más jurídicos habrá que pensar que la Sala habrá considerado que no era necesaria ni su referencia, ni su aplicación, al supuesto enjuiciado.

En segundo lugar, aquello que vale para la Sala es el artículo 51 de la LET en la redacción del RDL 3/2012 y no el RD 801/2011, ni siquiera con la interpretación efectuada por la Orden ESS/487/2012 para determinar o concretar qué preceptos, y con qué contenido, mantiene su vigencia. La tesis de la Sala es que el RD 801/2011 se dictó en un marco jurídico distinto del actual (antes, autorización de la autoridad administrativa, ahora decisión de la empresa con posterior control judicial) y que ya no puede ser de aplicación ni siquiera con las “modificaciones” de la Orden. Sorprende esta argumentación de la Sala porque a mi parecer, y mucho más tras las modificaciones incorporadas en el artículo 51 de la LET por la Ley 3/2012, buena parte del RD 801/2011 es perfectamente integrable con lo dispuesto primero en el RDL y ahora en la Ley con respecto a cómo debe desarrollarse, y con qué contenidos el período de consultas.

Además, la tesis de la Sala no podrá ser de aplicación una vez que se apruebe el RD que derogue el de 2011, ya que buena parte de su contenido será sensiblemente semejante al que derogará si nos hemos de atener a los dos borradores que he consultado. O dicho en otros términos, la Sala deberá aplicar, sin duda, el artículo 51 reformado, pero con las modificaciones importantes incorporadas en la Ley 3/2012 y aplicando el nuevo RD respecto a la concreción de los requisitos requeridos para el período de consultas, y deberá aplicarlo en la medida que desarrolle la Ley (y así parece que será).

No es casual, a mi parecer, el énfasis puesto por la Sala en la utilización del artículo 51 de la LET y no del RD 801/2011, así como también la inexistencia de utilización de la normativa europea e internacional en apoyo de sus tesis, ya que ello lleva a demandar un menor esfuerzo jurídico a la parte empresarial cuando presenta el ERE y la posibilidad de subsanar o ampliar argumentos en el período de consultas, realizando una determinada interpretación de este período que no es a mi parecer la que se deduce claramente de la Directiva de la UE y del nuevo texto del artículo 51 en la Ley 3/2012.

Para tratar de defender su tesis de la mayor flexibilidad para la parte empresarial, que está claramente latente en toda la sentencia, la Sala aduce que las exigencias de comunicación no son las mismas en un despido objetivo individual que en un despido colectivo, ya que en el primero “se exige la notificación precisa de las causas para que el trabajador pueda elaborar su defensa, mientras que en el colectivo lo que se comunica es la apertura del período de consultas, en el que caben todo tipo de subsanaciones y precisiones, de las que además resulta garante la autoridad laboral”. Me pregunto cuál es el parecer de la Sala sobre los requisitos que debe cumplir la empresa en la documentación a presentar para debatir en el período de consultas, y si cree que con “la apertura” del período ya está cumplido el expediente, y desde el plano



estrictamente legal la respuesta la han dado en numerosas sentencias, y no sólo en las posteriores a la reforma laboral, el Tribunal de Justicia de la UE y los tribunales españoles, ya que para debatir, hablar, negociar,... es necesario de entrada tener conocimiento de aquello que se plantea por la empresa, con independencia, ciertamente, de que sus tesis, y también las de los representantes de los trabajadores, puedan variar durante las consultas ya que es precisamente para ello que se ha instituido este período de tiempo.

Nos quedamos sin saber, por cierto, los lectores de la sentencia, cuáles han sido los criterios utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores despedidos, ya que no hay información al respecto en los hechos probados, y en el fundamento jurídico quinto, al responder la petición de la parte demandante sobre nulidad de los despidos por no constar los criterios utilizados, se despacha la cuestión de que “aquellos vienen incluidos en la obligada memoria, dentro de los conceptos de cualificación y polivalencia, y han sido explicados a lo largo de la negociación a los interlocutores sociales, lo que lleva a concluir que tal requisito se ha cumplido”. Hubiera sido interesante, cuando menos, que en los hechos probados hubiera habido alguna mención de esos criterios, y también de qué explicación realizó la empresa, según las actas de las reuniones, sobre los conceptos genéricos de cualificación y polivalencia para fundamentar su decisión, pero nada de ello hay en la sentencia. Obsérvese, dicho sea incidentalmente, la radical diferencia de fundamentación entre la sentencia ahora analizada y la del TSJ de Madrid de 25 de junio en su fundamento jurídico decimonoveno.

Por último, la Sala debe pronunciarse sobre la existencia de la causa legal alegada en la comunicación de la empresa, y para defender la misma se remite en primer lugar a su sentencia de 26 de septiembre de 2011 y a la doctrina del TS contenida en la misma sobre la necesidad de acreditar la razonabilidad “mínima” de la medida. Una vez recordado el criterio de la STS de 11 de junio de 2008 de que basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas (y no necesariamente cuantiosas) quedando la empresa excusada de probar que la extinción del contrato de trabajo contribuye a la superación de situaciones económicas negativas...” y que las referencias anteriores se refieren a la regulación normativa anterior a la reforma laboral de 2012, la Sala concluye que la redacción actual del artículo 51 de la LET “es sustancialmente más permisiva”, y por ello, en una frase que tanto es válida para el caso enjuiciado como a modo de obiter dicta para que los demandantes en futuros conflictos de ERES sepan a qué atenerse cuando interpongan las demandas, manifiesta que “no corresponde al juzgador enmendar o corregir lo decidido por el legislador, sino aplicar en su medida la norma establecida....”.

Me pregunto si la Sala considera que aquello que han hecho los TSJ de Cataluña y Madrid hasta ahora, y la Sala de lo Social de la AN, es “enmendar o corregir lo decidido por el legislador”, y como no puedo responder por ellos sí doy mi parecer: todos los tribunales aplican e interpretan las normas, porque esa es su función, y tratan de hacerlo, estoy seguro de ello, con estricto respecto a los derechos, principios y valores que están presente en nuestra Constitución, entre ellos, y señaladamente, el derecho al trabajo en el artículo 35.1, el de la tutela judicial efectiva del art. 24, y tratan de cumplir escrupulosamente con la obligación impuesta a los poderes públicos por el artículo 9.2 de remover los obstáculos existentes para que la igualdad de las personas sea real y no formal”.

3. La sentencia también fue objeto de examen por la profesora de la UPF [Anna Ginés iCasellas](#) en su Comunicación presentada a las XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social, celebrados el mes de febrero de este año en Barcelona, titulada “Comentarios a los últimos pronunciamientos judiciales en materia de despidos colectivos y grupos de empresas”, en la que expone que “parece admitir la posibilidad que en otros supuestos, distintos a la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, deba analizarse la situación económica de todo el grupo. En este sentido, establece que, en tanto de la elevada interrelación entre las empresas del grupo no puede derivarse “la existencia de operaciones fraudulentas o dirigidas a colocar a alguna de ellas en situación deficitaria”, no es posible declarar la responsabilidad del grupo. A sensu contrario, la existencia de operaciones fraudulentas o dirigidas a provocar la situación deficitaria de la empresa solicitante del despido parecería justificar la responsabilidad del grupo. No obstante lo anterior, en el asunto enjuiciado el tribunal descarta la existencia de grupo a efectos laborales y, por consiguiente, analiza únicamente la situación económica de la empresa individualmente considerada”.

4. La sentencia del TS, que recoge con detalle los hechos probados de la sentencia de instancia en su cuarto antecedente de hecho, debe pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto, al amparo del art. 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”). Los preceptos legales que la parte recurrente considera infringidos son el art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) (“Despido colectivo”) y los arts. 6 (“documentación en los despidos colectivos por causas económicas”) 8 (“documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo”) y 11 (“período de consultas”) del [Real Decreto 801/2011](#) (norma vigente en el momento de la presentación del ERE). Más concretamente, se alega la existencia de defectos en la tramitación del ERE y falta de voluntad negociadora por parte empresarial, así como también infracción por parte de la sentencia de instancia “de la jurisprudencia aplicable a Grupo de empresa”.

A) El fundamento de derecho primero reproduce de forma sintética la argumentación plasmada por la parte recurrente en el recurso de casación interpuesto, pasando ya en el segundo a examinar, analizar y pronunciarse sobre las alegaciones de aquella, siendo la primera cuestión que aborda, en cuanto que hay divergencia entre la sentencia recurrida y el recurso, la de saber y determinar “qué documentación precisamente ha de acompañar al escrito por el que se comunica la apertura del citado trámite consultivo”. En este punto, la Sala repasa en qué términos se pronunciaba el [RDL 3/2012](#) (“memoria explicativa”) y los cambios operados por la [Ley 3/2012](#) (“toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen”), fijando después su atención en la redacción del art. 6 del RD 801/2011 y la documentación que está obligada la empresa a presentar cuando se trate de un despido colectivo por causas económicas, al tiempo que pone de manifiesto que la redacción en este apartado es idéntica a la de la norma que sustituyó a la ahora comentada, que fue el RD 1483/2012, art. 4. Igualmente, fija su atención en la disposición derogatoria única del RDL 3/2012 (no se olvide que esta era la norma aplicable en el litigio del que conoció el TSJ), y por último hace mención a la Orden “interpretativa” o “de aclaración” (pongan aquí su consideración jurídica) del RD 801/2011, la Orden ESS/487/2012.

¿Qué me interesa destacar ahora de la sentencia del TS? Que la Sala va más lejos de la crítica formulada por el TSJ a la [Orden ESS/487/2012](#), que calificó de “dudosa

obligatoriedad”, y la considera como de “absoluta ineficacia normativa” por vulnerar el art. 12 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración del Estado y el art. 23.3. 2º de la Ley del Gobierno, entendiendo que no tenía habilitación para decidir sobre qué preceptos del RD 801/2011 podían seguir estando en vigor tras la aprobación del RDL 3/2012, ya que la concreta habilitación que se contenía en la disposición final del RD 801/2011 no habilitaba en modo alguno para ese “desarrollo”, “ni podía válidamente determinar la vigencia de tales normas, por ser ésta una cuestión interpretativa de competencia exclusiva de los Tribunales”.

No obstante esta ineficacia normativa de la Orden, la Sala estima que el art. 6 del RD 801/2011 era de aplicación al caso enjuiciado, ya que no había una derogación expresa en el RDL 3/2012, y su texto no se oponía a la redacción del art. 51.2 LET (divergencia, pues, con la tesis del TSJ) y refuerza su argumentación, que considero acertada, con los cambios experimentados en la redacción del RDL 3/2012 por la Ley 3/2012, y por el hecho de que el [RD 1483/2012](#) haya mantenido las exigencias requeridas por el RD 801/2001, además de la tesis ya más concreta, y con un contenido que la acerca, aún sin citarla, a la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos, de que “son inimaginables un cabal informe de la Inspección de Trabajo sobre la concurrencia de las causas y también la negociación de buena fe dirigida a «las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias» [previsiones de la norma], sin una información suficiente sobre la situación contable de la empresa”.

Argumentación del TS que, dicho sea incidentalmente, refuerza a mi parecer la importancia de la actuación da ITSS y más concretamente del informe que debe emitir, y que enfatiza la importancia de disponer de una información económica adecuada y suficiente para poder entrar a debate sobre la causa alegada. Sobre esta última cuestión me parece relevante la afirmación del presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, Ricardo Bodas, en una [entrevista publicada en El País](#), de respuesta a la pregunta de qué queda aún por aclarar del procedimiento del ERE, respondiendo que “Queda por verse el control de la certeza de las cuentas y la capacidad de los sindicatos de ofrecer alternativas al despido colectivo, que pasan inexorablemente por tener un conocimiento con tiempo suficiente de las cuentas de la empresa. Si ambas cuestiones se despejasen, la conflictividad descendería”.

Por otra parte, la confirmación por el TS de la vigencia del art. 6 del RD 801/2011, ya apuntada en la [sentencia de 20 de marzo](#) aunque con menor intensidad, lleva lógicamente a rechazar la argumentación contenida en la sentencia de instancia para justificar su inaplicación, poniendo de manifiesto el TS, con acierto a mi parecer, “la inconsistencia del argumento de instancia relativo a que el inicial destinatario del primero de los Reglamentos [Autoridad laboral] lo hace inaplicable por parte de los órganos judiciales que asumieron la competencia de los despidos colectivos tras el RD-Ley 3/2011”(sic).

### **3. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2013**

1. El pasado jueves tuve la oportunidad de participar en un seminario sobre despidos colectivos organizado por las profesoras Pilar Charro y Carolina San Martín en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos. La [ponencia](#) que me había asignado la organización se refería a las interpretaciones judiciales sobre los despidos colectivos, y en mi exposición, que también se encuentra en otra entrada del blog, aborde la temática tanto sustantiva como procesal de tales despidos. El tiempo es un bien escaso y no permitió, lógicamente, abordar de forma

exhaustiva cómo han resuelto el Tribunal Supremo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y las Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia las cerca de 150 sentencias que he tenido oportunidad de leer desde la primer dictada por el TSJ de Cataluña el 23 de mayo hasta la más reciente de 4 de noviembre de este año en el mediático caso de Radio Televisión Valenciana que ha debido resolver el TSJ de esa comunidad.

En mi intervención sí encontré tiempo para abordar algunas de las cuestiones más interesantes y polémicas que trata la [reciente sentencia del TS de 20 de septiembre](#), la tercera dictada en materia de ERES tras la reforma laboral, y algunos alumnos manifestaron su interés, a la par que me formulaban una petición, de conocer en su integridad la sentencia y mi parecer más detallado sobre su contenido. En el momento en que estábamos debatiendo durante el coloquio posterior a mi intervención no tenía conocimiento de su publicación, pero afortunadamente hoy ya podemos disponer de dicha sentencia, así como la de [cuarta sobre ERES, dictada el 25 de septiembre](#), ya que han sido publicadas en la [página web de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas](#) (la web del CENDOJ parece que se lo toma con más calma, y tampoco la he encontrado publicado en otras webs empresariales o sindicales accesibles a través de Internet). Ambas sentencias tienen votos particulares muy importantes: la primera, uno suscrito por cinco magistrados y magistradas, y otro a cargo de una magistrada; la segunda, uno suscrito por los mismos cinco magistrados y magistradas que el primero.

Por consiguiente, los alumnos y alumnas del curso, y obviamente todas las personas interesadas en la materia, pueden ya leer, debatir, analizar y criticar (si lo estiman oportuno) dos nuevas sentencias del TS sobre ERES, y ahora me toca cumplir con la palabra dada y analizar los contenidos más relevantes, “in the measure of possible” como dicen siempre los británicos, de la primera sentencia, de la que he encontrado un primer comentario periodístico en el [artículo de Aitor Guenaga en El Diario Norte](#), uno de cuyos titulares, muy gráfico a mi parecer, es “La Sala de lo Social del Supremo se ha partido por la mitad en el caso de Laminaciones Arregui y ha revocado parcialmente el fallo que declaraba nulos los 178 despidos”. La sentencia ya ha provocado manifestaciones de protesta en el País Vasco para tratar de buscar una solución al conflicto, una [dura reacción del sindicato LAB](#) (“Esta sentencia es un fraude, que se basa en un hecho inexistente (la decisión firme de despedir a 91 trabajadores/as) para declararlo legal, aunque nadie lo hubiera pedido. Esta sentencia está hecha a la carta para la patronal, esta sentencia es jurídica, sindical y políticamente inaceptable”), y una [dura crítica del comité de empresa de Laminaciones Arregui](#) (“el Tribunal Supremo “se ha inventado un hecho no probado” como es el ERE de extinción de 91 trabajadores en las plantas de Vitoria y Urbina para, “en base a ello, trazar la sentencia a gusto de la dirección”). Por parte de la [empresa](#), se considera positivo el fallo del alto tribunal, que pone de manifiesto a su parecer que “actuó de acuerdo a derecho” y que reconoce que “la decisión de aplicar medidas de reestructuración estaba justificada por una situación económica negativa”.

2. La [sentencia dictada por el TS el 20 de septiembre](#), de la que ha sido ponente el magistrado Antonio Martín Valverde, se dicta con ocasión del recurso de casación interpuesto por la empresa CELSA ATLANTIC SA contra la sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de octubre de 2012, y estima dicho recurso, si bien la importancia de la sentencia radica en que va más allá, bastante más allá a mi parecer, de lo pedido en aquel, afirmando con rotundidad por mi parte que se trata, a mi parecer, de la más importante dictada por el TS hasta este momento en materia de ERES. En mi exposición

en el seminario de la URJC planteé estas tres preguntas a las personas asistentes: ¿Puede “resolver” un tribunal un ERE que no ha existido? ¿Puede dictar una sentencia que estima la validez del ERE para una parte de los afectados por un solo ERE aunque el Tribunal entienda que ha habido dos? ¿Puede entrar a resolver sobre cuestiones no planteadas en el recurso por la parte recurrente en casación?

Sobre la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco, que versa sobre vulneración de derechos fundamentales laborales, realicé en su momento un [breve comentario en el blog](#) del que recojo ahora aquello que me interesa destacar: “La vulneración del derecho fundamental de libertad sindical con motivo de un ERE ya había sido analizada, con aceptación de la demanda, en la sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2012, y vuelve a plantearse, con igual estimación de la demanda, en la dictada el 9 de octubre con ocasión de la interpuesta por ELA-STV y el Comité Intercentros de la empresa Celsa Atlantic SA. Se trata, sin duda, de dos sentencias que aportan un punto de novedad con respecto a las dictadas por otros TSJ y por la AN, ya que aquí el eje central del debate es la posible vulneración de ese derecho por razón de los concretos trabajadores afectados por la decisión extintiva y su militancia sindical en el sindicato nacionalista (mayoritario en el País Vasco, no se olvide) que ha presentado la demanda, porque las extinciones se han producido en dos centros de trabajo sitios en esa Comunidad Autónoma, aunque la empresa también tiene centros fuera de la misma. En los hechos probados queda constancia de un conflicto entre empresa y trabajadores con ocasión de la propuesta empresarial de modificación de condiciones de trabajo al amparo del art. 41 de la LET, la convocatoria de una huelga indefinida por los trabajadores a partir del 8 de mayo de este año, y la comunicación al día siguiente de un escrito de la dirección de la empresa citando a la representación del personal (comité intercentros) para iniciar el período de consultas por presentación de una ERE por razones productivas y económicas, versando las primeras “sobre descenso de pedidos, ventas y facturación”, y la segundas en resultado neto de explotación negativo en el ejercicio 211 y unas pérdidas acumuladas a 31 de marzo de 2012 de 79 millones de euros. Consta acreditado igualmente que de las 178 extinciones contractuales operadas por la empresa 97 han sido de trabajadores afiliados a ELA-STV. Es ciertamente muy importante para la resolución del conflicto, y así lo ha tenido en consideración el TSJ, el informe preciso de la ITSS, en el que se manifiesta que la razones económicas, que implican el cierre de los dos centros de trabajo ubicados en el País Vasco, “podrían justificar la adopción de medidas tendentes a reducir el gasto social vía extinción colectiva, pero en ningún caso el cierre definitivo y la extinción de contratos de toda la plantilla”, con mención expresa al hecho de “la no disminución de ingresos ordinarios o ventas de manera persistente durante tres trimestres consecutivos”. El núcleo fundamental de la sentencia, que desestima en primer lugar cuestiones formales sobre la pretendida, y no aceptada, falta de legitimación del Comité Intercentros y de ELA.STV para interponer la demanda, es la posible vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga, por lo que la Sala acude a las reglas procesales de la inversión de la carga de la prueba previstas en el art. 181.2 de la LRJS y examina si se han aportado indicios suficientes para trasladar la carga de la prueba a la parte demandada, concluyendo que tales indicios “se nos han proporcionado sobradamente”, por la clara relación entre la huelga iniciada el día 8 de mayo y el ERE iniciado el 20 de abril, siendo así que las medidas planteadas en este son mucho más duras que las presentadas en la propuesta de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pasando en pocos días, y sin que haya justificación económica al parecer de la Sala, de una propuesta que incluía extinción de 91 contratos a otra que implica la decisión de extinguir 358 contratos en dos centros de la provincia de Álava. Del conjunto de la

prueba practicada, y del importante informe de la ITSS, la Sala concluye que la empresa sí ha acreditado que tiene una situación económica complicada, “pero en modo alguno se prueba que esta situación sea suficiente para poder adoptar la medida extintiva de la intensidad de la adoptada”. La Sala considera suficientemente probada, y mucho más ante la inexistencia de causa económica, “una directa e inmediata conexión entre el ejercicio del derecho de huelga por la plantilla de los centros de trabajo de la demandada en Araba y la decisión empresarial impugnada”. Sobre la vulneración del derecho de libertad sindical se ha de partir de un dato objetivo, que el 54,49 % son de afiliados a un solo sindicato, en concreto a ELA.STV, dato que para la Sala es suficiente indicio como para trasladar la carga de la prueba a la demandada, prueba que no puede aportar, e incluso “ni lo ha intentado” según la Sala, ya que no hay criterios conocidos que haya podido seguir la empresa para tomar las decisiones sobre trabajadores concretos, pues tal como consta en el FJ séptimo “tampoco ha expresado ni un solo criterio de determinación o designación de los concretos trabajadores a los que va extinguiendo los contratos, desconociéndose si se está haciendo por sectores en relaciones a las necesidades productivas, o si se están siguiendo criterios personales tales como la antigüedad...”.

La citada empresa también se ha visto afectada por otra sentencia, en esta ocasión dictada por la [AN el 1 de abril de 2013](#) sobre un ERE de suspensión de contratos. La sentencia declara la nulidad de la decisión empresarial porque la negociación constituyó “un claro fraude de ley”, y destaca que además no se negoció propiamente dicho por centros de trabajo, ya que en Álava se negoció con un comité intercentros de dos centros de trabajo y en Galicia sólo en el centro afectado, posibilidad no prevista en el RD 1483/2012 (más allá de la consideración jurídica de ultra vires), “que no permite de ningún modo negociar agrupadamente en algunos centros y separadamente en otros”. Fraude de ley que la Sala entiende que se refuerza aún más porque no se ha puesto en marcha el acuerdo suspensivo del centro de trabajo de Laracha, y que el hecho de que se hayan anunciado cuatro días de suspensión en el mes de abril “no se compadece, de ningún modo, con las urgencias suspensivas contenidas en la memoria explicativa (del ERE)..”. Por último, se aborda la petición de nulidad de la decisión empresarial por falta de entrega de la documentación a que obliga el RD 1483/2012 en los supuestos de grupo de empresas, y habiendo quedado probada la existencia de un grupo (CELSA), al no haberse aportado la documentación del grupo a que obligan los arts. 4.4 y 18 de la citada norma se declara también la nulidad “puesto que la falta de aportación de dicha documentación impidió objetivamente que la negociación del período de consultas alcanzara sus fines, así como el control judicial de la medida...”.

3. La [sentencia del TS](#) estima, como ya he dicho, el recurso de casación y se adentra además en cuestiones conceptuales sobre cómo debe entenderse la reforma laboral de 2012, al amparo de las posibilidades que ofrece, según el voto mayoritario, el art. 215 de la LRJS. Es una sentencia densa y compleja, acompañada de un voto particular que es realmente otra sentencia completamente distinta, y contrapuesta, a la del voto mayoritario. Hay que leerla, por consiguiente, con mucha atención, con más si cabe que otras sentencias del alto tribunal, y así he tratado de hacerlo, incluso volviendo sobre mis pasos y releendo algunos párrafos de la sentencia tras haber leído el voto particular y descubrir que no había prestado la atención debida a algunos de sus contenidos.

A) La síntesis de la sentencia que aparece en la primera página del documento que he tenido oportunidad de leer es la siguiente: “Despido colectivo.- Vulneración del derecho de huelga: la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por

el despido colectivo anunciado, a raíz de la declaración de huelga en los centros de trabajo afectados, incurre en el caso en vulneración de derecho fundamental.- Alcance de la nulidad decretada; la nulidad consiguiente a la declaración de huelga no afecta retroactivamente a los 91 despidos anunciados en el inicial período de consultas.- Vías procesales del art. 124 LRJS: 1) la acción de impugnación del despido colectivo atribuida a los representantes de los trabajadores en el art. 124.1 LRJS no se extiende a supuestas o reales lesiones de derechos fundamentales imputadas a los actos singulares de despido subsiguientes a la decisión inicial de despido colectivo; y 2) tales impugnaciones de actos singulares o individuales de despido tienen abierta la vía procesal ante los Juzgados de lo Social (art. 124.13 LRJS).- Causas económicas del despido colectivo: concurren en el caso las causas económicas (“pérdidas actuales”) respecto del despido colectivo parcial de 91 trabajadores.- No se han acreditado infracciones determinantes de nulidad en el período de consultas; tampoco se aprecia fraude de ley y abuso de derecho en el despido colectivo acordado..”. Si nos vamos ahora al fallo de la sentencia, su contenido es el siguiente: “Estimamos el recurso de casación interpuesto por la empresa “(), S.L.”, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia del País Vasco, de fecha 9 de octubre de 2012 (autos nº 13/2012), recaída en proceso seguido a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL() () y el COMITÉ INTERCENTROS DE(), S.L.”, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL contra la citada empresa sobre DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE DESPIDO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia de instancia. Resolviendo sobre el fondo de las cuestiones planteadas, declaramos: 1) que la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha incurrido en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores; 2) que la nulidad consiguiente a la declaración anterior no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer período de consultas; 3) que no se pueden conocer por el cauce procesal del artículo 124.1 LRJS las alegadas vulneraciones del derecho de libertad sindical de los afiliados al sindicato () en los actos singulares de extinción de los contratos de trabajo subsiguientes a la decisión de despido colectivo; 4) que tales impugnaciones de los actos singulares de despido tienen abierta la vía procesal ante los Juzgados de lo Social del actual artículo 124.13 LRJS; 5) que no son acogibles las alegaciones formalizadas en la demanda de fraude de ley y abuso de derecho en lo que afecta al despido colectivo parcial acordado por () S.A.; 6) que tampoco se han acreditado en el caso infracciones del procedimiento en el período de consultas que pudieran determinar su invalidación; y 7) que, al concurrir en el caso las causas económicas alegadas por la empresa respecto de la decisión inicial de despido colectivo parcial, se declara conforme a derecho dicho acuerdo de despido de 91 trabajadores adoptado por la empresa demandada en su comunicación de 18 de junio de 2012”.

B) En los antecedentes de hecho de la sentencia del TS se recogen los hechos probados de la sentencia del TSJ del País Vasco objeto de impugnación. El recurso de casación, al que se hace referencia en el antecedente quinto, se interpuso por diversos motivos: al amparo del art. 207 d) de la [LRJS](#) por error en la apreciación de la prueba, con propuesta de modificación de diversos hechos probados y redacción de texto alternativo, y al amparo del art. 207 e) de la misma ley por vulneración del art. 181.2 en relación los arts. 28.1 y 2 de la [Constitución](#) y el art. 51 de la [LET](#), alegando la parte recurrente en síntesis aplicación incorrecta por el tribunal autonómico de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba en casos en que sea objeto de discusión la vulneración de derechos fundamentales, como ocurre en el ahora analizado, “con la pretensión de acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable de la decisión empresarial

impugnada en el caso de que la Sala considerara que concurren indicios de vulneración de los derechos fundamentales invocados de contrario”.

Queda constancia en los citados antecedentes de hecho, y lo destaco por su importancia, que el Ministerio Fiscal se pronunció sobre el recurso considerándolo improcedente, y que el magistrado ponente de la sentencia, Fernando Salinas, manifestó que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala, encomendándose entonces la redacción de la ponencia a otro magistrado, Antonio Martín Valverde.

C) Llegamos ya a los fundamentos de derecho, y adquiere especial relevancia la lectura detallada del primero, en donde la sentencia explica “de la manera más concisa posible”, en atención a lo que califica “de apreciable complicación fáctica” y “notable complejidad jurídica sustantiva y procesal del asunto a enjuiciar”, aquello que a su parecer, y subrayo este dato ya que el parecer del voto particular es radicalmente diferente, son “los hechos del litigio y los datos del procedimiento que son relevantes para la decisión”. Llamo aquí la atención, por la importancia que tendrá para la resolución del litigio, sobre la pregunta que formulé en el seminario: los hechos a tener cuenta según el TS ¿son los mismos que tuvo en cuenta el TSJ para dictar su sentencia? Las dudas, algo más que meramente circunstanciales, se suscitan al leer las letras g) y h) del fundamento jurídico primero, en las que se hace referencia a “un nuevo período de consultas” para adoptar una decisión por la empresa sobre “la ampliación del despido colectivo ya en curso” y a la conclusión sin acuerdo “tras varias reuniones este segundo período de consultas”. Obsérvese, por consiguiente, que la sentencia se refiere a la existencia de dos períodos de consultas, algo que de ser así debería llevar a mi parecer, y al del voto particular, a la resolución de dos ERES, ya que sólo existe un período de consultas en un ERE, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria aplicable (art. 51 LET, art. 124 LRJS, [RD1483/2012](#)).

a) Es partir del fundamento jurídico tercero cuando se aborda ya la resolución del recurso de casación , pero con una manifestación previa muy importante en su primer párrafo, que guarda perfecta sintonía con lo expuesto en los hechos g) y h) antes referenciados (siempre, insisto, según la sentencia del TS que resume lo que dice a su parecer la del TSJ del País Vasco), ya que afirma que la sentencia de instancia declara la nulidad del despido colectivo por vulneración de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical, declaración que el TS se permite “precisar” con el añadido, que desde luego no está ni mucho menos en aquella, de que la decisión de instancia “comporta la nulidad total del despido colectivo impugnado, y no la nulidad parcial del acuerdo empresarial de ampliación o elevación (de 91 a 358) del número de los trabajadores afectados por el despido colectivo, a raíz de la declaración y convocatoria huelga indefinida”; es decir, el TS apunta ya la tesis de que ha habido dos tipos de despidos en atención al momento en que la empresa tomó la decisión de ampliar el número planteado en un primer momento (dos tipos de despidos, dos períodos de consultas, una única resolución judicial con efectos distintos según cuándo se haya adoptado la decisión empresarial.., se me acumulan las dudas conceptuales, ya se lo adelanto a los lectores y lectoras del blog)

b) En el fundamento jurídico cuarto hay dos afirmaciones que ciertamente me resultan hartamente sorprendentes pero que se entenderán mejor al seguir el hilo argumental de la sentencia en fundamentos posteriores hasta llegar al fallo, que ya les digo que me parece, con independencia ahora del acuerdo o no con el mismo, de una complejidad para su aplicación muy superior al carácter “complejo” de la demanda interpuesta en la



instancia. O dicho de otra forma, el TS hace su interpretación de aquello que dice la demanda, considerando que ponen más bien el acento “en los aspectos legales del asunto y no en su vertiente constitucional”, para inmediatamente dejar caer, ¿a modo de preparación de los argumentos posteriores? que la sentencia del TSJ no se ha preocupado de los primeros y que “se ha centrado exclusivamente en los aspectos constitucionales; bastaría para comprobarlo con la lectura del fallo, recién reproducido, y con la lectura de los epígrafes que dan título a los fundamentos de dicha sentencia de instancia”. Como consecuencia del fallo de la sentencia de instancia, el recurso de casación versa fundamentalmente sobre las cuestiones constitucionales, y así lo reconoce el TS al efectuar una somera síntesis de su argumentación... pero la referencia, a mi parecer circunstancial y obligada por tratarse del marco normativo vigente en materia de ERES, el art. 51 de la LET, y la lógica petición del recurso de declarar ajustada a derecho la decisión empresarial de extinción de los contratos, lleva a la Sala a mi parecer a “reconstruir el recurso” y llevarlo en parte al terreno de la legalidad ordinaria, y los términos utilizados por la sentencia, aunque sorprendentes en cuanto a su configuración jurídica, me parecen claros y diáfanos sobre aquello que realizan, la citada reconstrucción: “Pero, en realidad, la alegación de una grave y prolongada situación económica negativa de la empresa (“situación crítica” y no meramente “complicada” es expresión constantemente utilizada en el escrito de formalización de la presente casación) es el verdadero leitmotiv del recurso, que aparece y vuelve a aparecer, como se comprobará a continuación, en los cinco motivos en que éste ha sido estructurado”.

c) Delimitado así el litigio por el TS, con las importantes precisiones o reconstrucciones de los hechos probados de la sentencia de instancia y del contenido del recurso de casación, la Sala se adentra en el examen del contenido del recurso en el que se alega infracción en algunos de los hechos probados, con propuesta alternativa de redacción. La Sala no acepta la petición del recurrente por considerar que las pruebas alegadas no tienen la entidad suficiente para desvirtuar lo expuesto en los hechos de instancia o no son medios probatorios hábiles a los efectos requeridos por el art. 207 d) de la LRJS, y dejo constancia aquí de la tesis de la sentencia de que “que un simple recorte o suelto de prensa no es documento hábil para fundar la declaración de un error de hecho en casación”.

d) Es a partir del fundamento jurídico sexto cuando la sentencia aborda los argumentos jurídicos sustantivos del recurso, o por decirlo con sus propias palabras, “es este el momento de abordar y resolver las numerosas cuestiones jurídicas implicadas en los mismos”, y ciertamente se procede a su estudio, análisis y resolución con un planteamiento muy didáctico y formulando el “orden lógico” que la Sala considera más apropiado, si bien se vuelve a insistir sobre argumentos que ya se han utilizado con anterioridad, pues no de otra forma debe entenderse las dudas jurídicas que pueda haber sobre “1º) la valoración de la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo desde el punto de vista del respeto al derecho de huelga de los trabajadores; 2º) en el supuesto de apreciarse vulneración del mismo, la valoración del contenido y el alcance de la nulidad (total o parcial) de dicha actuación empresarial”. Obsérvese, subrayo, que hay referencia al “despido colectivo”, es decir a un único ERE en el que deberán resolverse todas las cuestiones que se hayan suscitado durante el mismo, incluidas en su caso “la ampliación del número de trabajadores afectados por el mismo”, si bien inmediatamente a continuación la Sala ya se plantea si puede apreciarse la validez total de la decisión empresarial o bien sólo una validez parcial (o para ser jurídicamente correctos, nulidad parcial) y por ello que habrá

trabajadores despedidos que lo habrán sido conforme a derecho y otros que, en el mismo ERE, deberán ser readmitidos por haberse producido vulneración de derechos fundamentales por la parte demandada. No se olvida la Sala, y deja ya abonado el terreno, de manifestar que va a entrar, desde un plano de “legalidad sustantiva” a resolver sobre las cuestiones alegadas en el recurso, si bien ya he dicho con anterioridad que estas alegaciones son las que cree la Sala, y no creo que lo diga el recurso, el núcleo central del mismo.

e) En el fundamento jurídico séptimo se aborda la cuestión de la vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga. La Sala desestima el recurso y acepta la argumentación de instancia por entender que se produce la vulneración del segundo cuando la empresa amplía el número de trabajadores afectados por el ERE a la “totalidad de los empleados” (no exactamente, matizo, ya que se trata de dos centros de trabajo, y la empresa dispone de otros) inmediatamente después del comienzo de la huelga. Dicho sea incidentalmente, hay una manifestación interesante de la Sala respecto al valor y significado del período de consultas regulado en el art. 51.2 de la LET, y partiendo de la dicción literal del texto sobre “las posibilidades de evitar y reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias” concluye que no cabe en dicho período una actuación empresarial tendente “a la elevación del número de trabajadores despedidos”. Pero., la sentencia sigue trabajando con hechos presuntamente probados en instancia y que serán contundentemente rebatidos en los dos votos particulares de la sentencia, cuales son que hubo “un primer período de consultas” (ergo, hubo un segundo, aunque haya habido una única sentencia), y que la nulidad de la decisión empresarial debe predicarse de la conducta empresarial “de elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo” (esto es, añadido yo ahora, no de todos los trabajadores despedidos, con lo que se deja la puerta abierta a resolver de diferente manera si la actuación empresarial ha sido conforme a derecho para unos y no para otros trabajadores según la causa y el momento de la decisión).

f) Las “sorpresa jurídicas” que me ha producido la lectura de la sentencia se acrecientan en el fundamento jurídico octavo cuando la Sala, unas vez sentadas “las premisas anteriores”, expone que ahora debe dar entrada “un tema no razonado en los fundamentos de la sentencia de instancia pero sí decidido en la misma” (¿decisión sin fundamentación? ¿Hay algún argumento en el recurso que permita llevar a la Sala a dicha conclusión? ¿Cuál es la fundamentación de la decisión de la Sala para entrar de esta forma en el análisis de los hechos probados y del razonamiento jurídico de la sentencia de instancia?), en concreto el alcance de la nulidad de la decisión del despido colectivo, si ha de ser total o parcial, aunque inmediatamente reconoce que el TSJ ha declarado la nulidad total, eso sí siempre según el TS “con inclusión de los 91 despidos anunciado en el inicial período de consultas con el que comenzó el procedimiento (insisto: ¿hay uno o dos períodos de consultas?¿si hay dos, no debería haber dos ERES? ¿Si hay dos ERES, no debería impugnarse cada uno por separado y dictarse, con posterioridad dos sentencias?).

Dado que el razonamiento de la Sala es, dígame o no de manera expresa, que ha habido dos períodos de consultas diferenciados, y que en cada uno de ellos las causas de los despidos eran diferentes, siendo así que solo los despidos incluidos en el segundo lo fueron por razón de su participación en la huelga, la Sala concluye que la nulidad por vulneración de derechos fundamentales sólo puede predicarse de los segundos despidos pero no de los primeros, cuya licitud o ilicitud se remitirá según la Sala “a lo que resultare del examen de las restantes cuestiones de legalidad suscitadas”. Con

machacona insistencia en que ha habido dos momentos jurídicos diferenciados en este conflicto, dos períodos de consultas claramente definidos (yo también soy “machacón”: sólo hay un ERE y sólo hay una sentencia) la Sala concluye que “Esta iniciativa de despido colectivo parcial para la amortización de 91 puestos de trabajo, propuesta y negociada en el período de consultas iniciado el 20 de abril que antecedió inmediatamente a los hechos originarios del litigio, habrá de ser declarada lícita o ilícita de acuerdo con los demás preceptos legales aplicables, pero no ha sido lesiva del derecho fundamental de huelga”. Me pregunto si existe la categoría jurídica de “despido colectivo parcial”, pero hasta donde mi conocimiento alcanza no la encuentro en la normativa de aplicación a litigios como el enjuiciado.

La Sala convierte la decisión de nulidad de todos los despidos de la sentencia de instancia en otra que debe resolverse con arreglo a criterios de aplicación de normas constitucionales so legales según cuál haya sido la causa de la extinción, asumiendo por consiguiente que en un único ERE (aunque no parece que la Sala lo tenga tan claro como yo) habrá despidos por unos motivos y otros lo serán por distintos. El argumento de la Sala es claro y manifiesto: si la decisión empresarial se adoptó por causas económicas, aunque después una huelga le hiciera ampliar su decisión al resto de trabajadores de la plantilla, la primera no queda invalidada por la segunda, ya que en la primera hay que aplicar “criterios legales” y en la segunda “criterios constitucionales”. Sólo le pongo un “pequeño” pero a la tesis de la Sala: no hay a mi parecer dos decisiones, sino sólo una que afecta a todos los trabajadores en el marco de un único ERE cuya impugnación se suscito, y resolvió, por el TSJ. Para conocer mejor la tesis de la Sala reproduzco el último párrafo del fundamento de derecho octavo: “En conclusión, no cabe pensar que quien ya había anunciado el despido colectivo de un número determinado de trabajadores por razones de orden económico altere luego esa causa para despedir con motivo de reprimir una huelga posterior. En la formación de la voluntad del empleador el motivo de retorsión sólo puede dirigirse a los nuevos despidos que se añaden a los que ya tenía el propósito de realizar a causa de la situación económica de la empresa”.

Una vez separados los despidos, y sus posibles efectos jurídicos, según el momento y la causa, según el TS y no el TSJ, de la decisión empresarial, la Sala se adentra en el examen de la posible vulneración de derecho de libertad sindical, tan claramente acreditada para la sentencia de instancia, llevando el asunto al terreno jurídico procesal, esto es analizando las que a su entender deben ser las vías procesales “por las que han de discurrir las impugnaciones de los despidos colectivos de los representantes de los trabajadores (o, subsidiariamente, el empresario) y de los propios trabajadores despedidos”. La diferencia que efectúa entre las impugnaciones colectivas y las individuales, ciertamente recogida en el art. 124 de la LRJS, va a tener sin duda importancia en su resolución, si bien aquello que me interesa destacar ahora, del fundamento jurídico noveno, es la afirmación de que son distintas las decisiones colectivas y las individuales (completamente de acuerdo) y su reconocimiento de que se ha adoptado dos decisiones colectivas, “el 18 de junio de 2012 o el 20 de abril anterior”, y me pregunto si es correcta esta afirmación dado que la sentencia de instancia sólo resolvió sobre un ERE, el único que se sometió a su consideración, y que el recurso de casación que debe resolver el TS se interpuso contra una sentencia que resolvió un único ERE y no dos, por lo que difícilmente, por no decir imposible desde el plano jurídico hay dos decisiones adoptadas por la empresa.

La sentencia concluye, con una clara devaluación del derecho fundamental de libertad sindical en los términos valorados y utilizados por la sentencia de instancia que se pronunció sobre una vulneración de ese derecho no sólo para unos trabajadores individualmente considerados sino también, y más importante, como vulneración global de este derecho y que conlleva la declaración de nulidad global de esa decisión empresarial, que la decisión de instancia no fue conforme a derecho ya que las presuntas vulneraciones del derecho de libertad sindical de cada trabajador debieron sustanciarse por la vía del proceso individual de despido. En un ejercicio intelectual que no alcanzo a ver en cuanto a su fundamentación, la Sala diferencia entre aquella impugnación colectiva que pueden efectuar los representantes de los trabajadores en defensa de la legalidad aplicable a todos sus representados y las que pueden efectuar los trabajadores individualmente considerados, cuando es bien cierto que la primera se planteó con toda claridad por la demanda y se resolvió por la sentencia de instancia en términos que no parecen dejar lugar a dudas sobre la vulneración por parte empresarial del derecho de libertad sindical, aunque sólo fuere, por seguir el razonamiento de la sentencia, para todos los trabajadores despedidos por su participación en la huelga y no lo fuere para los anteriores.

g) Si el recurso de casación se interpuso para intentar demostrar que la actuación de la empresa había sido conforme a derecho y no había vulnerado en ningún momento los derechos constitucionales alegados, sería lógico pensar que aquí podía acabar la fundamentación jurídica de la sentencia y dictar su fallo, con independencia del acuerdo que pueda haber sobre el mismo, y en mi caso sería, y es, muy crítico tal como estoy tratando de argumentar desde el inicio de mi exposición. Pero, si el recurso ha sido “precisado” o “reconstruido” para destacar la importancia de las cuestiones de legalidad sustantiva planteadas en el mismo, no debe extrañar que la Sala entre en el examen de dichas cuestiones con el apoyo del art. 215 c) de la LRJS (“De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 207, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes”).

La cuestión previa a determinar, pero ya digo que la Sala parece tenerlo muy claro (no así el voto particular de cinco magistrados y magistradas) es qué debe significar “dentro de los términos en que está planteado el debate”, y para la sentencia de instancia los términos eran de índole constitucional mientras que para el TS hay que entrar también en las cuestiones de legalidad. Esta tesis es la que va a permitir que el TS se pronuncie por primera vez (no lo había hecho en la dos sentencias anteriores dictadas de [20 de marzo](#) y [27 de mayo de 2013](#)) sobre el valor jurídico del preámbulo del [RDL 3/2012](#) (y no de la [Ley 3/2012](#) como se cita por equivocación), y de cómo debe entenderse el significado de aquello que son, jurídicamente hablando y después de la reforma laboral, las “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. En su argumentación, la Sala sigue insistiendo en una “decisión inicial” de 91 despidos diferenciada de la decisión de despido de los restantes trabajadores, y aborda las “cuestiones de legalidad propuestas por las partes litigantes en el siguiente orden: a) la concurrencia o no de las causas legales del despido colectivo; b) las supuestas o reales infracciones del procedimiento denunciadas; y c) la existencia o no de vicios de fraude o abuso de derecho en la decisión extintiva acordada por Celsa Atlántic S.L. el 18 de junio de

2012”. En definitiva, es la reconstrucción del recurso y de los hechos probados de la sentencia de instancia la que va a permitir a la Sala entrar en las “cuestiones de legalidad”.

Sobre las causas de despido colectivo, la Sala hace una muy escueta mención a la evolución de sus conceptos y contenidos hasta llegar a la redacción vigente del art. 51.1 de la LET, relativo a la definición de causas económicas, para concluir que la situación económica de la empresa, según su interpretación de los hechos probados, justificaba sobradamente la presentación del ERE. Es probablemente este bloque de la sentencia en el que se quiere dejar sentada doctrina interpretativa de la reforma laboral, por cierto sin ninguna referencia a la Constitución, ni tampoco a la normativa internacional ([convenio nº 158 de la OIT](#)) ni europea ([Directiva de 20 de julio de 1998 sobre despidos colectivos](#), y numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la misma), en términos que no dejan lugar a dudas sobre el aval que otorga a la tesis contenidas en el preámbulo citado. Dicho aval se manifiesta en un extenso párrafo del fundamento jurídico décimo que es necesario reproducir, no sin explicar previamente que la noción de causa económica es valorada de forma muy flexible al exponer que tal como está redactado el art. 51.1, segundo párrafo, de la LET (parece que en este caso sí tiene el TS mucho apego a la interpretación literal de un precepto, a diferencia de la tesis utilizada en otros contenidos de la sentencia) “los supuestos típicos de situación económica negativa, mencionados en el mismo por vía de ejemplo, se enuncian en la ley separados por la disyuntiva “o”, sin que se exija por tanto para apreciar las causas económicas contempladas la concurrencia conjunta de pérdidas y de disminución persistente de ingresos o ventas”.

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

Mientras leía la sentencia, y en concreto esta parte de la misma, me acordé de [dos sentencias dictadas el TSJ de Canarias el 30 de agosto](#) de este año (de aquellas sentencias que merecerían un comentario detallado en el blog si tuviera tiempo para ello.. y los días duraran 48 horas), en las que, con una fundamentación jurídica mucho más cuidada que la de la sentencia ahora comentada, efectúan una razonada crítica del “desmedido afán de la Exposición de motivos por enfatizar la voluntad legislativa de desterrar las interpretaciones judiciales que abiertamente critica, tildándolas de defensivas y basadas en criterios de valoración que iban más allá de la ponderación de

la razonabilidad, adentrándose en el campo de la evaluación de la propia gestión empresarial”, para añadir que esa obsesión del legislador “ha comportado que, con una técnica legislativa manifiestamente deficiente, se dé un concepto absolutamente amplio, difuso e indefinido de las causas objetivas, que omite no solo la referencia al requisito finalista como elemento integrante de la justificación del despido, sino incluso la mención a la exigencia de prueba empresarial de las causas, de modo que, lo que se ha producido es el indeseado efecto perverso de incrementar la inseguridad jurídica, y crear más lagunas legales, lo que hace que con la legislación vigente el recurso a su integración a través de los criterios de la jurisprudencia y la doctrina judicial haya devenido mucho más necesario que con la normativa precedente”.

El TSJ canario es consciente, y así lo reconoce, que la reforma de 2012 “ha introducido una devaluación causal del despido objetivo, que comporta tanto una flexibilización en el concepto de las causas que autorizan la adopción de las medidas de tal naturaleza, como una atenuación y suavización del requisito de la conexión de funcionalidad de la medida extintiva con el objetivo al que la misma se endereza”, pero que ello no lleva aparejado a su parecer, tesis que comparto como creo que queda claro en mi análisis de la sentencia del TS, que “se haya eliminado la exigencia de que la medida extintiva resulte razonable para cumplir la función para la que legalmente está concebida sino que, dicho requisito se mantiene, si bien con menos rigurosidad, y su concurrencia debe ser objeto del correspondiente control judicial que ha de ceñirse a valorar si la extinción del contrato constituye un medio proporcionado y adecuado para hacer frente a los problemas de eficiencia y rentabilidad empresarial que con tal medida se tratan de corregir o mejorar”.

Está por ver ahora si la tesis del TS, que también ya era recogida, hay que reconocerlo, está recogida en algunas sentencias de TSJ, incluso con mucho mayor dureza y contundencia (ejemplo muy reciente es el de la sentencia de 6 de noviembre del TSJ de Aragón: “la reforma operada (de 2012) elimina los elementos de causalidad y mínima proporcionalidad de las medidas, así como su juicio de razonabilidad que toda empresa debía justificar”) será utilizada por estos y por la AN o bien se mantendrá un cuidado análisis, en términos de proporcionalidad, de la causa o causas alegadas. Será ciertamente muy importante, de hecho ya lo está siendo, saber dónde se pone el acento en cada caso concreto enjuiciado, si sobre el cumplimiento de todos los requisitos formales y de fondo de la normativa de aplicación, con atención a los derechos de todas las partes implicadas, o bien a una interpretación normativa que sólo ponga el acento, o que lo haga de forma primordial, tal como apunta el TS, a justificar la idoneidad de la medida adoptada “en términos de gestión empresarial”

h) Una vez expuestas las tesis fundamentales del TS sobre los contenidos constitucionales y legales que a su parecer podían deducirse de la sentencia de instancia, no deja la Sala de añadir algunas consideración, de mucha menor importancia a su juicio porque en la demanda de instancia también se les dedicó “una atención menor” (no es extraño, ya que el debate se centró, y así lo resolvió la sentencia de instancia, sobre la vulneración de derechos fundamentales). La Sala, sin mayor argumentación, desestima las alegaciones (planteadas en instancia, recuerdo) sobre falta de información durante el período de consultas y existencia de mala fe negocial por parte de la empresa, partiendo de los hechos probados en instancia, ni considera razonable la queja sobre la falta de criterios de determinación de los trabajadores afectados en la medida que se trataba de una decisión extintiva que afectaba a la totalidad. Nuevamente es destacable su referencia a la existencia de “períodos de consulta” es decir en plural y por

consiguiente que deberían referirse a dos ERES diferenciados, aun cuando sólo ha existido uno como estoy tratando de explicar y defender en mi análisis.

i) Llego ya al fallo de la sentencia, que “casa y anula la sentencia de instancia” y resuelve sobre “el fondo de las cuestiones planteadas”, algunos de cuyos contenidos me suscitan las mismas dudas, ahora acrecentadas por tratarse de una sentencia del TS, que me suscitó hace unos meses una sentencia del TSJ de Canarias, es decir, si puede haber despidos conforme a derecho para unos trabajadores y nulos para otros en el mismo ERE, y justamente esa es la tesis de la sentencia cuando afirma “1) que la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha incurrido en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores; 2) que la nulidad consiguiente a la declaración anterior no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer período de consultas..”. En sintonía con lo antes explicado, la Sala declara “5) que no son acogibles las alegaciones formalizadas en la demanda de fraude de ley y abuso de derecho en lo que afecta al despido colectivo parcial acordado por Celsa Atlántic S.A”, y que “al concurrir en el caso las causas económicas alegadas por la empresa respecto de la decisión inicial de despido colectivo parcial, se declara conforme a derecho dicho acuerdo de despido de 91 trabajadores adoptado por la empresa demandada en su comunicación de 18 de junio de 2012”. Obsérvese los conceptos con los que opera la sentencia y la complejidad jurídica que plantean, tales como nulidad parcial de un ERE, despido colectivo parcial, o decisión inicial de ese despido colectivo parcial, cuestiones en la que volveré a insistir al examinar los votos particulares, remitiendo a la lectura del fallo para completar mi exposición en aquellos contenidos a los que ya me he referido en mi exposición.

4. Toca ahora entrar en el estudio, análisis y examen de los [votos particularesemitidos](#), en el bien entendido que mi análisis crítico de la sentencia llevará lógicamente a los lectores y lectoras a interpretar, y acertarán, que estoy sustancialmente de acuerdo con sus contenidos. Empecemos por el único punto común para los dos votos particulares, el de la existencia de uno o más ERES, ya que es esta la única cuestión abordada en el voto particular de la magistrada Lourdes Arastey, mientras que el voto emitido por el magistrado Fernando Salinas y al que se adhieren Luis Fernando de Castro, Jordi Agustí, M<sup>a</sup> Luisa Segoviano y Rosa M<sup>a</sup> Virolés se refiere al conjunto de la sentencia.

A) La magistrada Lourdes Arastey discrepa del criterio adoptado por la mayoría de la Sala (por error se dice que el recurso “debió ser estimado”, cuando queda bien claro del texto que es justamente lo contrario aquello que se defiende), ya que es del parecer que la lectura de los hechos probados de la sentencia que ella realiza no es la que efectúa la mayoría. Considera que no hay en modo alguno una “ampliación” del número de afectados por el despido, algo que implicaría reconocer que la empresa había adoptado ya una decisión y que posteriormente la modificó por el impacto de la huelga. La empresa adopta una única decisión que es la que va a ser objeto del litigio y resuelta en la sentencia de instancia, iniciándose el período de consultas el 9 de mayo como consecuencia de la tramitación de un nuevo ERE, ya que del anterior la empresa no consta que adoptara decisión alguna tras la finalización del período de consultas, o por decirlo con las propias palabras del voto particular “el procedimiento anterior no podía ser atacado porque no hubo decisión alguna, precisamente por la propia actitud de la empresa que desistió de aquel e inició un procedimiento nuevo”.

Me parece también importante destacar la tesis de que la empresa no planteó en ningún momento la existencia de un despido anterior al que fue juzgado, y de ahí que el TSJ

sólo podía resolver de un único despido colectivo, de un único ERE adoptado en decisión de 18 de junio de 2012 y que afecta a todos los trabajadores despedidos, no en dos sino en un ERE, por lo que el alcance de la declaración de nulidad “debe coincidir con lo pretendido y debatido en la litis”. Para la magistrada, la decisión de la mayoría se refiere, por el fallo de la sentencia, al mantenimiento de una decisión empresarial, la del hipotético despido de 91 trabajadores, “que nunca fue tomada” en cuanto que nunca se aprobó un ERE que les afectara única y exclusivamente a ese colectivo, y además, y creo que es lógica consecuencia de lo anteriormente defendido, se considera en el voto que “contiene pronunciamientos que escapan a los que señala el art. 124.11 LRJS sobre el contenido del fallo de la sentencia”. La sentencia del TS debió desestimar el recurso de casación porque la sentencia de instancia declaró la vulneración del derecho de huelga en relación con todos los despidos efectuados, sin realizar ninguna distinción, que no podía hacer por inexistente, entre unos despidos producidos en un primer período de consultas y unos segundos que serían “ampliación” de los primeros y por causas distintas de los anteriores.

B) El voto particular del magistrado Fernando Salinas y al que se adhieren los cuatro magistrados y magistradas antes citados, es muy probablemente el texto de la ponencia que presentó dicho magistrado al resto de miembros del tribunal y que fue desestimado por la mayoría, sólo que ahora reconvertido en voto particular con el que se pretende rebatir la tesis de la mayoría. En los antecedentes, se parte, como no puede ser de otra forma, de los hechos probados en instancia, con el punto de partida del inicio de un período de consultas el 20 de abril de 2012 como consecuencia del ERE tramitado por la empresa, con celebración de varias reuniones y la decisión de la empresa el 8 de mayo, día en que se iniciaba una huelga indefinida de los trabajadores, de dar por finalizado el mismo sin acuerdo. Inmediatamente después, y siempre siguiendo los hechos probados de instancia, la empresa tramita un nuevo ERE el 9 de mayo, con propuesta de extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de los trabajadores de dos centros de trabajo de la empresa (insisto: la empresa tiene más centros, no afectados ni por este ERE ni por el primero), un total de 358 personas, entre los que lógicamente están incluidos los 91 cuyos contratos se planteaba la extinción en el primer ERE. Finalmente, tras el período de consultas del segundo ERE concluido sin acuerdo, la empresa comunica la extinción de los contratos, habiendo basado su decisión en causas económicas (en efecto, a ellas hace también referencia el voto de la mayoría para justificar que queda suficientemente probada de los hechos recogidos en la sentencia de instancia), no habiéndose producido variación en la situación económica, financiera y productiva de la empresa durante el período en que se plantean por la empresa un primero y un segundo ERE.

El voto particular sigue partiendo de los hechos probados para recordar que en el momento del acto del juicio (18 de septiembre de 2012) sólo se habían extinguido los contratos de 178 personas (bien es cierto que la empresa había planificado un calendario de extinciones hasta el 31 de diciembre) de los que 174 habían secundado la huelga, y de los mismos un total de 97, el 54,94 % habían afectado a militantes del sindicato ELA-STV, que fue quien impugnó el ERE ante los tribunales. La sentencia de instancia declaró la nulidad del ERE presentado por causas económicas, poniendo de manifiesto que la “situación complicada” a la que se refería la empresa no parecía afectar a los dos centros de trabajo que no se vieron afectados por el ERE, y de ahí que concluyera que *“Esta reflexión final no hace sino reforzar el convencimiento de que la medida extintiva de todos los contratos de trabajo de los centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina, que suponen su cierre, constituye una vulneración de los dos derechos fundamentales*



*referidos de huelga y libertad sindical y una directa respuesta a la decisión colectiva de secundar una huelga indefinida a partir del día 8 de mayo tras el fracaso de las negociaciones tendentes a modificar condiciones de trabajo y a amortizar 91 puestos de trabajo en los centros de Araba”.*

El extenso, muy trabajado y muy bien jurídicamente argumentado voto particular se estructura en doce “consideraciones jurídicas” en las que se rebaten prácticamente todos los argumentos utilizados por la mayoría de la Sala para llegar al fallo de la sentencia, siendo la última, pero no menos importante, que el Ministerio Fiscal se pronunció en el mismo sentido que ahora lo hará el voto, es decir era favorable “a la confirmación total de la sentencia de instancia”.

a) La primera consiste en argumentar que la sentencia se construye sobre un dato fáctico inexistente (a ello ya se refiere el otro voto particular) cual es “la ampliación del despido colectivo ya en curso”, tesis que se encarga de desmontar en su argumentación partiendo de la base de que aquello que ha hecho la mayoría ha sido reconstruir los hechos declarados probados de la sentencia de instancia y no atenerse a la literalidad de los mismos. Para el voto particular, la “reinterpretación” de la sentencia de instancia se construye sobre un dato inexistente, de tal manera que “aunque hipotéticamente se entendiera que lo que se efectúa en la sentencia mayoritaria es la consecuencia de la interpretación de unos hechos, ni siquiera tal versión, entiendo, se puede deducir de las diversas actas del periodo de consultas (obrantes a folios 352 a 365), ni de la demanda (sin perjuicio de las presunciones ya dichas para forzar un acuerdo menos drástico), ni de lo debatido en el acto del juicio, ni de la sentencia de instancia, ni del recurso interpuesto por la parte empresarial ni de su impugnación por la parte actora, ni del informe del Ministerio Fiscal”, realizando un análisis exhaustivo de los hechos probados de la sentencia de instancia para fundamental su hipótesis. Por consiguiente, la decisión de la sentencia de considerar que se ha producido una “elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo” parte de la presunta existencia de una decisión empresarial “nunca tomada”.

b) En segundo término, el voto particular sigue el hilo conductor de la primera tesis para criticar la decisión de la mayoría de separar los 91 despidos de los restantes decididos por la empresa, o por decirlo con las propias palabras del voto, la sentencia mayoritaria “intenta *independizar* un acuerdo empresarial que tampoco llegó nunca a adoptarse tras finalizar el período de consultas en un anterior procedimiento de despido colectivo”. Más importante aún a mi entender, la mayoría acepta que existieron esos despidos pero “sin precisar si se trataba de unos despidos meramente anunciados o propuestos o bien ya efectivamente realizados o acordados”, siendo a mi parecer, y al del voto particular, inexistente el acuerdo de despedir a esos trabajadores por causas económicas y así “diferenciarlos” de las restantes extinciones. Recomiendo la lectura del este apartado de voto respecto al seguimiento detallado que efectúa de los términos utilizados en la sentencia para referirse a los 91 despidos y las contradicciones en que se incurre, criticando con razón que se salve de los efectos de la vulneración del derecho fundamental de huelga “la validez del mero anuncio de despido como si de despido efectivo se tratara”, la división artificial de dos períodos de consultas y de dos decisiones que aparecen en la sentencia como separadas cuando nunca fueron realmente adoptadas ya que sólo lo fue una de ellas, y sólo existió una porque, tal como enfatiza el voto, el período de consultas del ERE iniciado el 20 de abril finalizó el 8 de mayo “con la expresa decisión empresarial de darlo por finalizado, sin que conste tras ello la adopción empresarial de medida alguna derivada de tal procedimiento”.

c) En tercer lugar, y en estrecha relación con los anteriores argumentos, el voto particular critica que la sentencia haya interrelacionado dos procedimientos de despido colectivo (el primero concluido sin decisión alguna por la empresa, y el segundo con la decisión de extinción de 358 contratos), y lo hace (ya he apuntado mi tesis al respecto sobre este punto, que coincide con el voto), y con expreso reflejo en el fallo, sin que ninguna de las partes lo haya pedido con respecto a la validez formal y de fondo del primero, pues la parte demandante en instancia sólo solicitó la nulidad de la decisión empresarial de 18 de junio y la parte empresarial posteriormente recurrente en casación sólo pidió en el recurso que se declarara la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales y el carácter ajustado a derecho de su decisión.

d) En cuarto lugar, la crítica ya alcanza al resultado artificial de separar dos decisiones empresariales, una de ellas inexistente, para situar la posible vulneración del derecho de huelga sólo en la segunda de ellas, de tal manera que se parcela un despido único en dos y se acepta la vulneración declarada en la instancia sólo para una parte de los despedidos y no para otros (los 91 que “fueron despedidos” según la sentencia en el primer ERE). Con este parecer, y con apoyo en copiosa doctrina de la propia Sala, el voto particular estima que “resulta contraria a la protección del derecho fundamental de huelga (que impide al empresario efectuar durante su ejercicio actos que sin concurrir tal circunstancia le serían posibles) el no extender la nulidad radical por vulneración del derecho fundamental al total procedimiento de despido colectivo impugnado”. Si en mi análisis crítico de la sentencia he afirmado que esta devaluaba el derecho fundamental, el voto es más contundente si cabe y afirma que con la artificiosa fórmula de dividir los despidos producidos en dos decisiones aparentemente adoptadas de forma autónoma y por separado (cuando nunca ha sido así por inexistencia de una de ellas) “vacía de contenido la protección del derecho fundamental”, ya que si sólo hay un procedimiento abierto la decisión empresarial afectará a todos los trabajadores, con lo que “La nulidad radical por vulneración, como mínimo, del derecho fundamental de huelga debería haberse decretado del todo y único existente procedimiento de despido colectivo impugnado incluida la decisión final extintiva adoptada el día 18-junio-2012”.

Me parece relevante destacar que el voto no cuestiona que la empresa pudiera tener razones económicas para presentar el ERE, pero la flagrante vulneración del derecho de huelga por la decisión, inmediatamente adoptada tras el anuncio de la huelga indefinida y sin que se hubieran producido cambios económicos que pudieran justificar una nueva decisión empresarial radicalmente distinta, por el número de afectados, a la primera adoptada y nunca ejecutada, lleva a conceder especial protección a todos los trabajadores despedidos por la decisión empresarial vulneradora de un derecho fundamental, “sin que sea dable “trocear” la decisión empresarial vulneradora de tal derecho para intentar reducir los efectos de la exigible declaración de nulidad radical de la misma”.

Ha quedado claro para la sentencia de instancia, y a ello se acoge el voto particular, que existió un único despido colectivo, adoptado el 18 de junio de 2012, y que este se produjo con vulneración del derecho fundamental de huelga, por lo que debe decaer cualquier intento de separar artificialmente la situación jurídica de una parte de los trabajadores (presuntamente) despedidos con respecto a la de los restantes (realmente) despedidos, y de ahí que sólo haya una decisión empresarial y una sola sentencia que resuelve sobre la misma. Por cierto, el voto trae en apoyo argumental de su tesis una importante sentencia de la propia Sala, de 5 de diciembre de 2012, en la que se afirma que “no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de

empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”.

e) En quinto lugar, el voto critica la construcción jurídica de la mayoría consistente en individualizar la posible vulneración del derecho de libertad sindical, remitiéndolo a las acciones individuales que puedan ejercitarse por los despedidos afiliados al sindicato impugnante, con lo que deja de lado si la vulneración del derecho de libertad sindical, y así lo recogió la sentencia de instancia, “pudiera afectar directamente al sindicato demandante” y ser un indicio de la vulneración del citado derecho el que después se hiciera efectiva la decisión empresarial de forma individualizada entre sus afiliados. No obstante, el voto no profundiza en esta cuestión, salvo en la vertiente procesal de tales impugnaciones y la posible parálisis del proceso individual si se entendiera que, aun tratándose de la vulneración de un derecho fundamental, quedaba suspendido hasta la resolución del proceso colectivo, algo que para el voto sería contrario al carácter de sumariedad y preferencia en la tramitación de ese proceso. Para el voto particular, basta con la vulneración acreditada del derecho de huelga, según planteamiento efectuado con anterioridad, “para llegar a la conclusión de nulidad íntegra y radical del despido colectivo impugnado”.

f) Estos cinco argumentos son a mi parecer los más relevantes del voto particular y ponen de manifiesto su planteamiento radicalmente contrario al de la mayoría. No obstante, ya he dicho que hay doce consideraciones jurídicas, por lo que mi análisis no puede detenerse aquí. En la sexta, se rechaza el argumento de la sentencia de la imposibilidad de una actuación discriminatoria por parte de la empresa cuando se ha despedido a toda la plantilla (corrijo o matizo nuevamente: no es toda la plantilla de la empresa, sino sólo de dos centros de trabajo). Dado que se planificó de forma gradual el proceso de extinción de contratos hasta el 31 de diciembre, el voto considera que resultaría muy difícil de entender la tesis de la mayoría “si hipotéticamente la empresa despidiera el primer día a todos los trabajadores afiliados a un concreto sindicato, y a los trabajadores de los demás sindicatos los últimos días, sin que mediaran circunstancias objetivas justificativas de tal ejercicio de la facultad empresarial”, rechazando que en tal caso “no pudiera hablarse de vulneraciones del derecho de libertad sindical”.

g) En la séptima el voto particular acepta, sólo a efectos dialécticos, que pueda entrarse en el examen de la legalidad ordinaria, y creo que lo hace para poner de manifiesto algo que también he tratado de destacar en mi exposición: que la tesis argumental de integrar un despido colectivo en otro posterior, sin que en el primero se haya adoptado decisión alguna por la parte empresarial, “no parece estar previsto legalmente hasta la fecha”. Se repasa la normativa vigente (LET, LRJS, RD 1483/2012) y se concluye, como no podía ser de otra forma a mi parecer, que existe “un” ERE, “un” periodo de consultas, “una” decisión empresarial, y la posible caducidad de “un ERE”, de tal manera que un procedimiento iniciado en forma y finalizado sin decisión empresarial tras transcurrir el plazo legalmente previsto ha fenecido y no tiene ningún efecto jurídico formal sobre uno nuevo que se plantee con posterioridad. Por ello es acertado a mi parecer el razonamiento del voto cuando afirma que “La sentencia mayoritaria, entiendo, no puede subsanar la falta o ausencia de tal decisión empresarial extintiva al concluir el primer procedimiento de despido colectivo, considerándola como existente o latente o integrada en el posterior procedimiento, cuando, además de no tener soporte normativo, no se pide por las partes, ni siquiera por la empresa en su recurso”.

h) Más relevante, y habrá que seguir con atención cómo resuelven próximos ERES los TSJ, la AN y el propio TS, son las críticas formuladas a las argumentaciones formuladas por el voto mayoritario en el plano de la legalidad ordinaria, recogidas en sus consideraciones jurídicas octava y novena. Sorprende a los firmantes del voto particular (a mi también, ya que he insistido en mi exposición en que el ERE afectó sólo a dos centros de trabajo de la empresa, mientras que en la sentencia se menciona en varias ocasiones a la totalidad de la plantilla) que la sentencia considere existentes las causas económicas aducidas por la empresa cuando el criterio jurisprudencial seguido hasta ahora por el alto tribunal (el voto aporta varias sentencias de la misma Sala que se pronuncian en tal sentido), así como también por la AN y los TSJ, es que la justificación de la causa económica debe predicarse de la totalidad de la empresa y no de algunos centros de trabajo, siendo así que en los hechos probados de instancia no hay mención alguna a que los dos restantes centros se hayan visto afectados (repárese en que la reforma operada por el [RDL 11/2103](#) ha cerrado la polémica sobre si la negociación podía realizarse por centros de trabajo o únicamente por empresa, a favor de la segunda, aún cuando la presencia de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora durante el período de consultas se constituirá, si no intervinieran las secciones sindicales, por representantes de los centros de trabajo afectados, ya sean unitarios o ad hoc), recordándose en el voto que es en los casos de alegación de causas técnicas, organizativas o de producción cuando su ámbito de apreciación “es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento”.

Al respecto, se enfatiza que la sentencia obvia cualquier referencia a los dos centros no afectados, recordando que se trata de dos unidades productivas ubicadas fuera de la Comunidad Autónoma del País Vasco en donde, lógicamente, no tenía presencia el sindicato autonómico cuyos miembros han sido despedidos y por lo que este alega, y la sentencia de instancia reconoce que así se ha producido, vulneración del derecho de libertad sindical. De manera educada pero no menos contundente que en otras críticas jurídicas, y son muchas, formuladas por el voto particular a la sentencia, se expone, y a ello ya me he referido también en mi exposición, que la argumentación de la existencia de la causa económica regulada en el art. 51.1 de la LET no tiene apoyo jurídico o justificación, más allá de la referencia al llamado “principio de adecuación”. Para los firmantes del voto particular hubiera sido necesaria una motivación reforzada, “pero ni siquiera a través del que denomina la sentencia mayoritaria “juicio de adecuación” se contiene justificación alguna sobre la aplicación de tal juicio al caso concreto, y se concluye directamente afirmándose la adecuación de la medida empresarial sobre una parte de los trabajadores afectados”.

La crítica a la falta de argumentación sobre la existencia de la causa económica, existente en dos centros de trabajo del País Vasco pero sin referencia alguna en la sentencia de instancia y en la del TS a los restantes centros sitios fuera de dicha comunidad, abona el camino al voto particular para rechazar la tesis de la mayoría de la importancia del (para mi desconocido en la normativa vigente) “principio de idoneidad en los términos de gestión empresarial”, que vendría a sustituir, o así parece deducirse de la sentencia según el voto particular, y también según mi parecer, al llamado “principio de proporcionalidad para determinar la existencia de causa justa del despido objetivo”.

Los firmantes del voto también se han fijado, y bien, en la invocación del preámbulo de la Ley 3/2012 (señalando con acierto que la sentencia sufre un lapsus, ya que debería

haberse referido a la norma vigente en el momento en que se produjo el ERE, que era el RDL 3/2012, aunque ciertamente no afecta al debate porque son dos textos idénticos en lo referente a esa argumentación) para justificar su tesis por la sentencia, y rechazan con rotundidad la misma – y ya avanzo que habrá aquí uno de los puntos más conflictivos en el inmediato futuro sobre la aplicación o no de la doctrina sentada en esta sentencia (que recuerdo que no sienta jurisprudencia) –, con un amplio repertorio de citas de la doctrina constitucional, de la propia Sala, de la Constitución y de la normativa internacional (Convenio nº 158 de la OIT, con el artículo 4 sobre imposibilidad de despido sin justa causa y que el voto considera como “trascendental”, y art. 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la interpretación de la misma efectuada por la doctrina científica y recordando yo ahora que la Carta tiene el mismo valor jurídico que el Tratado de la UE de acuerdo a lo dispuesto en el art. 6 de esta última norma), echando a faltar por mi parte para reforzar aún más, si cabe, la argumentación contraria a la tesis de la sentencia referencias a la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva de 20 de julio de 1998.

El voto expresa con firmeza y solvencia jurídica que la interpretación efectuada por la sentencia no puede aplicarse de resultar contraria al “principio constitucional de proporcionalidad cuando entran en conflicto derechos, valores o intereses dignos de protección, exigible, además, en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales”, para cuya aplicación debe tenerse en cuenta la finalidad, idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, o por decirlo con las propias palabras del voto “1) la finalidad de la medida adoptada; 2) la idoneidad de la medida (aptitud o adecuación de la medida para conseguir la finalidad pretendida); 3) la necesidad de la medida (ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida); y 4) la proporcionalidad en sentido estricto (que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)”.

Se trata por consiguiente de la ponderación de intereses en juego y aquí el voto particular trae a colación en defensa de su tesis la doctrina sentada por la [sentencia \(dictada por el Pleno\) de 29 de noviembre de 2010](#), a la que siguió por ejemplo la de [16 de mayo de 2011](#), en la que se acoge la doctrina constitucional sobre el art. 35.1 CE en su vertiente del derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir “el derecho a no ser despedido sin justa causa”, en la que no se olvida la existencia de otros derechos constitucionales como el de la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38), y en la que, tras poner en relación ambos junto con la cláusula fijada en el art 1 de ser España un Estado social y democrático de derecho, se concluye que hay que acoger “interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo”. El voto recuerda que del art. 117 de la CE también se deriva la necesaria relación de causalidad entre los hechos probados y las consecuencias jurídicas que derivan de los mismos, “entrando aquí en juego las reglas o principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas, el que exige tener en cuenta la finalidad pretendida y la adecuación de la medida a tal fin”.

i) Del plano de la crítica constitucional y de la legalidad sustantiva ordinaria el voto particular pasa, en la última parte de sus consideraciones jurídicas, la décima y undécima, al de legalidad procesal, poniendo de manifiesto, y obviamente criticándola,

el fallo de la sentencia en que se lleva a cabo “una actuación judicial no pedida por la empresa” y la dificultad que conllevará su aplicación en cuanto que faltan elementos para determinar exactamente cómo deberá llevarse a cabo su ejecución. La parte recurrente, recuérdese, pidió la declaración de conformidad a derecho de su decisión de despedir a todos los trabajadores de los dos centros de trabajo, y en ningún momento solicitó, con toda seguridad, o así me lo parece, porque entendía que había un solo ERE y un único despido colectivo, la declaración de nulidad parcial de dicha decisión, tesis que sí adopta la sentencia, por lo que el voto entiende que ha sido la sentencia la que ha llevado a cabo una actuación y ha decidido en términos no solicitados por ninguna de las partes “decidiendo el alcance de decisión empresarial de despido colectivo y el número concreto de puestos de trabajo a extinguir”. A modo de obiter dicta, el voto llama la atención sobre la difícil situación en que coloca el fallo a la empresa para un hipotético ERE posterior si no varían las circunstancias económicas que, siempre según la sentencia, han justificado el despido de 91 trabajadores, formulando una tesis, de alcance más doctrinal que estrictamente judicial, que es la siguiente: “parece aconsejable que, en abstracto y en base normalmente al principio de proporcionalidad, si la decisión empresarial impugnada pudiera ser desproporcionada, fueran las partes y en especial la empresa, salvo excepciones, las que fijaran, en su caso, con sus peticiones el margen de la decisión judicial”.

La crítica al fallo de la sentencia, y al mismo tiempo a las dificultades que conlleva su aplicación, se fundamentan en su “falta de claridad y congruencia” por resolver sobre lo no pedido y por no decidir claramente sobre lo en ella resuelto, no ajustándose a lo dispuesto en el art. 124.9 de la LRJS sobre cuál debe ser el contenido del fallo. Ya he ido explicando a lo largo del artículo las dudas que me generaba la utilización de algunos conceptos o categorías jurídicas de difícil encaje en la normativa sustantiva reguladora de los procedimientos de regulación de empleo, dudas que ahora resurgen cuando esas categorías se trasladan al fallo de la sentencia. Sobre el fallo de la sentencia las dudas que le surgen al voto particular, y que entiende que sólo son posibles de resolver con una interpretación “integradora y finalista” van referidas tanto a la empresa como a los trabajadores y a los posible nuevos procesos individuales, y basta ahora citar las dudas que puede tener la empresa en la ejecución de la sentencia, tales como “determinación de los afectados, readmisión de los no afectados, criterios de selección sin incidir en discriminación o en vulneración de la libertad sindical, consecuencias de una u otra decisión, cartas individuales de despido con antiguos o nuevos motivos”.

5. En conclusión, se trata a mi parecer de la sentencia más importante, y más polémica, que ha dictado hasta ahora la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tras la reforma operada en la regulación sustantiva y procesal de los procedimientos de despidos colectivos (y también de suspensiones de contratos y de reducción de jornada) por el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el RDL 11/2013. Está por ver cuál será, y ya he dejado antes la duda expuesta, su aplicación y que tesis se acogerá, si es el caso, por la AN y los TSJ, la de la mayoría (es decir la sentencia propiamente dicha) o la del voto particular de cinco miembros de la Sala (sin olvidar el segundo voto de otro miembro). Mi parecer ha quedado, creo, suficiente reflejado en este artículo que ahora llega a su fin, aunque no me cabe la menor duda que la polémica sobre la aplicación de la reforma laboral por la judicatura seguirá existiendo.

#### **4. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013.**

1. En la página web de Comisiones Obreras de Castilla-La Mancha se publicó el pasado jueves la [Sentencia dictada el 25 de noviembre por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#), de la que ha sido ponente el magistrado Joan Agustí. Se trata de la quinta sentencia dictada en materia de despidos colectivos tras la reforma laboral, tres de las cuales han sido ya objeto de análisis y comentario en el blog. Hasta donde mi conocimiento alcanza, el TS ha dictado tres sentencias más sobre dicha materia, de fechas 25 de septiembre (asunto MAFECCO), [30 de octubre \(Asunto PRISA\)](#) Y 25 de noviembre (asunto COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS SA). La sentencia del grupo PRISA se ha publicado ya en la base de datos del CENDOJ junto con una [nota de prensa del gabinete de comunicación del Poder Judicial](#), y por su interés dejo el comentario para otro momento.

Una cuidada síntesis de los contenidos de las cuatro primeras sentencias dictadas por el TD ha sido efectuada por la magistrada del alto tribunal M<sup>a</sup> Luisa Segoviano en la [Revista Relaciones Laborales](#) núm. 12 de diciembre de este año. Por otra parte, un breve comentario de la tercera sentencia (por orden cronológico), el caso CELSA ATLANTIC que mereció una atención muy detallada en el blog, se ha realizado por el magistrado de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional Manuel Fernández Lomana, en su artículo titulado [“Sin prisa pero sin pausa”](#), publicado en el diario El Economista del pasado día 11, en el que presta especial atención al control de la causa por los tribunales.

La [sentencia del caso GEACAM](#) que paso a examinar a continuación trata, según se explica en la “nota previa” sobre “Despido colectivo por causas económicas. Requisitos formales para la válida tramitación y producción de efectos. Nulidad por falta de legitimación del Comité Intercentros que intervino y negoció en el período de consultas”. La sentencia desestima, y en los mismos términos se manifestó el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, el recurso de casación interpuesto por la empresa contra la [sentencia de 1 de febrero de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el procedimiento núm. 11/2012](#), sobre impugnación de despido colectivo. Lógicamente ha merecido la valoración favorable por parte de quienes impugnaron los despidos ante el TSJ, habiendo manifestado el [secretario general de la Federación Agroalimentaria de CCOO CLM](#), José Sánchez de los Silos que el gobierno autonómico “recibe una vez más un varapalo judicial, en esta ocasión por parte del TS; una nueva censura a la imposición unilateral, mediante el ‘orden y mando’, de sus políticas de recortes contra los derechos de los trabajadores”.

2. La sentencia recurrida fue objeto de atención detallada en mi blog, y del [comentario](#) en su día efectuado reproduzco ahora aquellos aspectos más relevantes para entender mejor la sentencia dictada por el alto tribunal.

“La demanda se interpone por la Federación regional de agroalimentaria de CC OO y por dos representantes sindicales en la empresa, solicitando la declaración de nulidad de la decisión empresarial o, subsidiariamente, la consideración de ser no ajustada a derecho. Es importante mencionar, tal como se recoge en el hecho probado primero, que la empresa tenía 2291 trabajadores, de los que 420 eran de estructura y los restantes realizaban tareas de extinción de incendios forestales, y que los primeros se regían por un convenio (nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos) distinto del que afecta a los segundos (empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios forestales de la Comunidad Autónoma). Queda probado que la representación del personal en el período de consultas se llevó a cabo inicialmente a través de comité intercentros previsto en el segundo convenio reseñado (en el primero no estaba prevista

su existencia), estando integrado por 11 representantes del personal de extinción y 2 del personal de estructura. Durante el proceso negociador, se acordó separar el proceso negociador del ERE para cada colectivo, de tal manera que en el que ha dado origen a la sentencia sólo quedó incluido el personal de estructura.

Las partes demandantes alegan que la decisión empresarial de extinguir 75 contratos debe declararse nula porque el proceso negociador “se ha producido por el comité intercentros sin facultades para ello”; además, se alegó que se superó el período máximo del período de consultas y que la empresa no aportó la documentación legalmente requerida respecto a los criterios a utilizar para seleccionar a los trabajadores despedidos, y también que no hubo voluntad negociadora por parte de la empresa.

La Sala rechaza las alegaciones sobre la superación del período de consultas y la no aportación de la documentación referenciada. A partir de los hechos probados, se constata el respeto de dicho período y, esta es la parte más interesante de la sentencia sobre esta cuestión, el hecho de que hubiera una reunión una vez finalizado ese plazo, fue porque las diferentes organizaciones sindicales quisieron dejar constancia pública de sus posiciones una vez celebradas las asambleas con el conjunto de los trabajadores. Con buen criterio jurídico a mi entender, la Sala, tras recordar que no hubo reparo alguno de las partes a la celebración de dicha reunión, pone de manifiesto que el hecho de que la misma fuera a los únicos efectos de “dejar constancia de las posiciones de cada representación sindical, deja bien claro que se trataba de una reunión “sin contenido negociador real y efectivo, y sin que de tal posición pudiera derivarse perjuicio alguno para las partes, o alteración de las garantías del proceso negociador”. El cierre del período de consultas ya se había producido, y no puede pedirse la nulidad basándose en una medida que las propias demandantes habían solicitado durante ese período. O si lo prefieren, dicho de otra forma, el mensaje es claro: no vale alegar contra aquello que se ha querido voluntariamente por las partes.

Respecto a la falta de aportación de los criterios de selección, la Sala adopta un criterio no formalista, al reconocer que esos datos no se facilitaron al inicio del período de consultas (21 de junio) y que se dieron más tarde (17 de julio), si bien aparece en el hecho probado cuarto (¡otra vez la importancia de las actas!) que “no consta reparo alguno a la entrega de los criterios...”, y que a su parecer ese retraso no produjo “consecuencias dañosas amparables en este sede” ya que ha quedado probado que esta cuestión no condicionó el proceso negociador y debiendo valorarse, igualmente como dato importante a retener, “el hecho de que los trabajadores afectados no se designaban directamente por la empresa, sino que en gran medida su inclusión en las medidas extintivas dependía de la propia voluntad de los afectados al integrarse las medidas adoptadas en un plan social al que se acogían voluntariamente los trabajadores”.

En fin, la Sala rechaza la argumentación del representante de la UGT de que no se produjo “una auténtica negociación”, criticando, suave en la forma y contundente en el fondo, que tras haberse producido un auténtico proceso negociador, debidamente acreditado en los hechos probados, se formule esta alegación en sede jurídica, “afirmación que se muestra más bien como un recurso enfático que como un argumento con base real”, ya que resulta curioso y sorprendente (esto lo digo yo, no el tribunal) que después de aceptar las tesis de la asamblea se cambie de posición poco después.

El argumento jurídico más interesante de la sentencia radica en el supuesto defecto de legitimación del comité intercentros para intervenir en el proceso negociador. Con carácter introductorio al razonamiento muy bien argumentado que le llevará a declarar



la nulidad de la decisión empresarial, la Sala formula unas consideraciones generales sobre la legitimación procesal como cuestión de orden público que me parece interesante reproducir: “Es cierto que es la propia parte social la que promovió en su momento tal tipo de representación, pero nos encontramos con una cuestión de legitimación, que implica no solo la titularidad de los derechos e intereses en juego, sino también y no en menor medida, la posibilidad de hacerlos valer en la forma adecuada, mediante la participación efectiva en el proceso negociador, el respeto a la representatividad, y por ende la emisión de opiniones, la formación de las mayorías precisas, y su posible incidencia en la concreción de un acuerdo. Se trata por ello de una cuestión de orden público que no pueden ser disponibles para las partes, en cuanto impliquen o puedan implicar perjuicio para los intervinientes o terceros. Ni unos ni otros pueden verse sometidos a decisiones que pudieran tildarse de ajenas y extrañas a su propia voluntad, o en lo que se refiere al derecho laboral colectivo, a la formación de la voluntad por medios que garanticen su autenticidad y seriedad...”.

Que un comité intercentros puede intervenir en el proceso negociador es algo que no suscita duda con arreglo a la normativa vigente, y así se recoge tanto en la normativa anteriormente vigente (RD 801/2011) como en la actual (RD 1483/2012). Si dicho Comité se crea por convenio, tal como ocurrió en el del personal de extinción, y se le atribuyen esas funciones, se cumplen los requisitos legales que posibilitan su participación como interlocutor debidamente legitimado. Queda probado, además, que intervino por iniciativa de la parte trabajadora, por lo que hasta aquí no encontramos ningún problema jurídico para dudar de su actuación conforme a derecho.

Pero sí puede dudarse cuando se analiza si dicho comité representaba a los trabajadores afectados por el ERE, que no se olvide que fue sólo el personal de estructura de GEACAM tras que el personal de extinción se apartara de este conflicto para negociar un ERE propio. Recuerdo que en el comité había dos representantes del personal de estructura y once del de extinción, y que como el comité se crea por lo dispuesto en el convenio colectivo del personal de extinción, la incorporación de dos personas representantes del personal de estructura se produce, según expone con buen criterio la sentencia, “de manera informal, en virtud de mecanismos y con estabilidad desconocidos”. Obviamente, si la negociación hubiera seguido afectando a todo el personal, cabría pensar que se respetaba la proporcionalidad entre uno y otro colectivo respecto a su presencia en el comité, aunque no cabe olvidar que los intereses de uno y otro colectivo pueden ser muy diversos (no necesariamente ha de ser así, ciertamente) y que las decisiones que adoptara el comité podrían beneficiar más, por lógica elemental, al colectivo mayoritariamente representado. La Sala afirma de manera contundente que “la situación del personal de estructura, y de sus dos representantes en el comité, al integrarse en un único órgano de presentación legal de los trabajadores, que forma su voluntad por mayoría, queda condicionada su capacidad de expresión, y aún más, cegada o anulada su capacidad de decisión, absorbida o confundida en la decisión mayoritaria de un órgano que representa en realidad a un grupo distinto de trabajadores, que no solo puede tener intereses distintos, sino contradictorios, con los que quedan en minoría”.

Es este un razonamiento de la Sala que entiendo pero que recuerdo que se da en todas aquellas negociaciones que afectan a un colectivo amplio de trabajadores en donde uno o más grupos tienen más presencia que otros por razón del número de afectados (y de representantes), y esta es una cuestión que debe abordarse más desde la acertada estrategia negociadora por parte sindical que desde un apriorismo de intereses

contradictorios. La negociación en defensa de los intereses globales, y no particulares, de los trabajadores, ha sido una seña de identidad del mundo sindical, y sólo es en aquellos casos en los que no se tiene en consideración cuando se producen fenómenos como los que conocemos en España con los convenios “franja” y, en ocasiones también, los llamados extraestatutarios”. Por consiguiente, el debate que mantengo ahora con la sentencia en este punto no radica en la posibilidad de que aquello que expone puede producirse (como ha ocurrido en este caso concreto), sino de que tenga que ser siempre y necesariamente así.

Y en efecto, esta vez y en este ERE sí se ha producido una disociación entre el interés de la gran mayoría del sujeto legitimado para negociar, el comité intercentros, y el de los trabajadores afectados por el expediente, una vez que el personal de extinción quedó fuera de este conflicto, ... pero sus representantes (recuérdese, 11 sobre 13 en el comité, o dicho más claramente, mayoría absoluta) siguieron negociando un ERE que no les afectaba a ellos, o por decirlo con las propias palabras del TSJ, la decisión del ERE, el destino de los trabajadores de estructura, “no fue decidido por sus naturales órganos de representación legal sino por otro extraño a tal representación, en la que se habían integrado... dos representantes con sus capacidades completamente condicionadas cuando no anuladas”. La Sala reprocha, en apoyo fáctico de su argumentación jurídica, que las partes demandantes no informaran de cuál fue el ámbito funcional de las asambleas celebradas, ni tampoco de cuáles fueron los trabajadores consultados, una forma educada de criticar a la parte sindical por no aportar datos que pusieran de manifiesto cuál era la valoración de ERE sólo por parte de los sujetos directamente afectados, es decir el personal de estructura.

Tras todo este hilo argumental, sólo cabía esperar una decisión contraria a la conformidad a derecho del proceso negociador llevado a cabo, en el que por cierto hay datos interesantes sobre los presupuestos de la entidad y la minoración producida en la aportación de los presupuestos públicos, y que hubiera sido interesante analizar para ver si se producía una “insuficiencia presupuestaria sobrevenida” que justificara el ERE en una empresa del sector público, pero dado que no se entró en el fondo del litigio este debate no se llevó a cabo. Aquello que sí ha quedado claro a la Sala es que el sujeto negociador no cumplió con los requisitos requeridos por la normativa legal y reglamentaria, ya que se trató una representación por completo extraña al ámbito de trabajadores afectados por las medidas regulativas, por más que en aquella se integraran dos personas con capacidad de decisión inexistente en la práctica”, y por consiguiente, el proceso negociador no se produjo “con las condiciones de efectividad, participación y transparencia exigidas”, con lo que se declara la nulidad de la decisión empresarial”.

3. El recurso de casación interpuesto por GEACAM se formula al amparo de los arts. 207 d) y 207 e) de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social (“d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”). Al amparo del primero se alega “existencia de elementos probatorios contradictorios y falta de trascendencia en relación con el fallo de la resolución impugnada”, y sobre el segundo se argumenta “adecuación de la resolución que se impugna a lo dispuesto en los artículos 51 del ET y 4 del RD 801/2011”.

A) La Sala da debida respuesta a estas dos argumentaciones, previa desestimación de la alegación de inadmisibilidad del recurso formulada por CC OO que expone que la parte recurrente ha ingresado la tasa exigida por la [Ley 10/2012](#) (art. 2 f) para poder interponer el recurso pero que “la liquidación efectuada no resultada ajustada a la legalidad”, por lo que el incumplimiento de los arts. 6 y 7 de la citada norma, en relación con lo dispuesto en el art. 8, debería conducir a “la preceptiva preclusión del trámite procesal y la consiguiente terminación del procedimiento” (recuerdo que el art. 6 regula la base imponible de la tasa, el art. 7 trata sobre determinación de la cuota tributaria, y el art. 8 regula la autoliquidación y pago).

La Sala desestima la petición por quedar acreditado el ingreso de la tasa, dándose cumplimiento a lo dispuesto en el art. 8.2 de la norma a efectos de tramitación del recurso, “sin que sea función ni competencia de esta Sala el proceder a comprobar la corrección de la liquidación efectuada”. Visto “desde fuera” del litigio, sorprende la tesis de la inadmisibilidad del recurso, dado que la cuestión planteada forma parte de las funciones y competencias atribuidas a los secretarios judiciales por la Ley 10/2012, y además también me sorprende desde un punto de vista más de visión global del conflicto, dado que a mi parecer le interesaba a la parte ahora recurrida que el TS entrara a conocer de la competencia del comité intercentros para actuar como parte negociadora de un ERE cuando se cuestiona que represente a los trabajadores afectados, pero, en fin, dejo aquí estas dudas planteadas sólo a efectos de debate.

B) En el primer motivo del recurso (error en la valoración de la prueba), y con invocación de las actas de las elecciones sindicales llevadas a cabo en la empresa, la parte recurrente propone la adición a los hechos probados en la sentencia de instancia de uno nuevo, tercero según ella si bien con error observado por el alto tribunal que señala que se trataría del octavo, del siguiente tenor: “Que el Comité Intercentros se encuentra constituido por acuerdo de los Comités de Empresa de cada uno de los centros de trabajo de la misma, incorporándose en el mismo, en función de su representatividad, tres miembros que desempeñan su trabajo en la actividad de estructuras y asistencias técnicas”.

La Sala recuerda, con cita entre otras de su [primera sentencia sobre ERES tras la reforma laboral, de 20 de marzo](#), cuáles son los requisitos que deben concurrir para que pueda apreciarse la existencia del error: (“a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; 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, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia”). Pues bien, el recurso no cumple tales requisitos tal como se argumenta extensamente en el fundamento de derecho tercero, siendo irrelevante la adición propuesta. De la exposición de la Sala me quedo, por su mayor interés para mi análisis, con la tesis, que comparto, de que “la recurrente admite, al no combatirlo, el contenido del hecho probado segundo, en el cual se establece la representatividad del Comité Intercentros en el ámbito de los respectivos convenios colectivos de aplicación, hecho probado no sólo construido a partir de la prueba documental obrante en autos, sino también de la prueba de interrogatorio de partes practicada en el acto del juicio, correspondiendo la apreciación de la prueba al Órgano de instancia”.

C) Sobre el segundo motivo del recurso, y sin duda el de mayor interés a efectos doctrinales, la recurrente realiza un extenso alegato sobre la posibilidad de que la normativa vigente atribuya al comité intercentros actuar como representante de la parte trabajadora en un procedimiento de despido colectivo cuando el convenio colectivo aplicable así lo disponga, poniendo el acento en la regulación de dicho comité en el convenio sectorial de oficinas y despachos (subrayo el dato por las tesis de la sentencia de instancia y del alto tribunal), y las funciones atribuidas de representación y defensa de todos los trabajadores de la empresa “con independencia de que a efectos de sus condiciones laborales estén afectos al convenio de incendios o al de oficinas y despachos, no cabiendo parcializar –como parece entiende la sentencia recurrida- una representación legal que no se encuentra parcializada en la empresa, y romper, consiguientemente, la legitimación que los trabajadores han otorgado a los Comités de Empresa y éstos, por acuerdo unánime, a un Comité Intercentros nacido en su seno y con todas aquellas funciones de representación que exceden del ámbito de un único Comité de Empresa..”. La tesis de la recurrente es, en síntesis, que todos los trabajadores de la empresa están representados por el comité intercentros y que, por consiguiente, podía negociar en su nombre el ERE. Se olvida la recurrente de un “pequeño” detalle, o quizás no tan pequeño si nos atenemos a la sentencia de instancia, cuya argumentación reafirmará el TS, cual es la existencia de dos convenios colectivos aplicables, y en uno de ellos, justamente el que regula las relaciones de trabajo del personal afectado por el ERE, no existe tal figura representativa.

La Sala procede en primer lugar a recordar cuál es la normativa aplicable al litigio en razón de la fecha de iniciación del ERE, esto es el art. 51.2 de la [LET](#) (versión del RDL 3/2012 de 10 de febrero) y el art. 4.1 del [RD 801/2011 de 10 de junio](#). En su análisis de dicha normativa, la Sala pone de manifiesto a quién corresponde la representación de los trabajadores en un ERE y se fija en la redacción del art. 4.1 del RD 801/2011 que concedía la representación “de manera preferente” al comité intercentros en una negociación que afecte a diversos centros de trabajo de una empresa, siempre y cuando obviamente esté creado por convenio colectivo y “tuviera atribuida esta función”. Así ocurrió en la tramitación del ERE ahora objeto de análisis en vía de recurso de casación, ya que el citado comité estaba regulado en uno de los dos convenios sectoriales de aplicación a la plantilla, o más exactamente, y lo destaco por su importancia, a una parte de la plantilla “el personal de empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios” (art. 56.3), y habiéndose constituido en su momento, con miembros tanto del personal directamente afectado por el mismo, (once miembros) como por el restante personal de la empresa, de “estructura y asistencias técnicas” (dos miembros) cabe argumentar muy correctamente, tal como hizo la sentencia de instancia, que el citado comité podía intervenir en un período de consultas “que afectaba a la totalidad de los trabajadores”, un total de 2.291, de los que 420 pertenecían al segundo grupo citado.

Pero, y me remito a mi análisis de la sentencia de instancia, la situación cambia jurídicamente cuando de un ERE se pasa a dos, es decir, uno nuevo para el personal dedicado a la extinción de incendios, y el que ya se había iniciado afectará sólo al personal de estructura y asistencias técnicas, enfatizando aquí el TS, y lo he apuntado antes, que dicho ERE afecta a 420 trabajadores del total de los 2.291 de la empresa y que se rigen por un convenio, el XVI convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, “que no tiene prevista la existencia de un comité intercentros”.

Es en ese momento cuando la legitimación del comité intercentros para negociar todo aquello que afecta al personal incluido en el segundo ERE decae jurídicamente hablando, porque sólo dos de sus miembros forman parte de dicho colectivo, mientras que los once restantes pertenecen, y representan, a otro colectivo, mucho más numeroso, no afectados por este ERE, recordando la Sala que la sentencia de instancia recoge además con valor de hecho probado que los miembros del comité intercentros que formaban parte en representación del personal de estructuras y asistencias técnicas se integraron en el mismo “de manera informal, en virtud de mecanismos y con estabilidad desconocidos”.

Dada esta situación fáctica, derivada de los cambios producidos durante la negociación del primer ERE y la “desafectación” de una gran parte de los trabajadores de la plantilla, cuyo futuro pasaría a debatirse en un ERE diferenciado del primero, la repuesta jurídica ha de ser coherente, y lo es, con el marco normativo vigente (LET y LOLS en el plano sustantivo, LRJS en el ámbito procesal, y reiterada doctrina jurisprudencial): la negociación se llevó a cabo por un órgano que carecía de legitimación para ello por no existir correspondencia, a efectos jurídicos, entre quien interviene y negocia por una parte y los trabajadores afectados por otra, en cuanto que no tenían “la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo”.

En definitiva, la Sala hace suya la tesis de la sentencia de instancia (que ya he dicho con anterioridad que me pareció en su momento una sentencia muy sólida) y afirma que “el destino de los trabajadores de estructura no fue decidido por sus órganos naturales de representación legal sino por otro ajeno a tal representación en el que únicamente se habían integrado dos de sus representantes con sus capacidades condicionadas cuando no anuladas”.

### **5. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2013.**

1. El pasado viernes el gabinete de comunicación del Poder Judicial publicó una [nota de prensa](#) con el título “TS confirma la nulidad del despido colectivo de Prisa Corporativa: no cumplió los pactos de fin de huelga que estaban vigentes en el Grupo”. En dicha nota, a la que se adjunta el [texto de la sentencia de 30 de octubre](#), de la que ha sido ponente la magistrada Rosa Virolés, se explica que la Sala de lo Social del TS “halla que el despido colectivo decidido por la empresa en septiembre de 2012 vulneró dichos acuerdos, firmados el 20 de mayo de 2011 y el 14 de junio de 2011 entre el grupo de comunicación y los sindicatos UGT y CC.OO. En estos pactos mediados, ambas partes se comprometían a acometer cualquier proceso de reestructuración que afectara al volumen de empleo a través del diálogo y la negociación, con un módulo indemnizatorio de referencia de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades. Para este fin se creó una Comisión de seguimiento de los compromisos adquiridos que estaba vigente hasta el 31 de diciembre de 2012, sin perjuicio de que pactaran mantener su operatividad más allá de dicha fecha. Sin embargo, Prisa instó un despido colectivo en Prisa Corporativa dos meses antes, en septiembre de 2012”. Para el TS, y siempre según la nota de prensa, tales pactos “tienen la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.2 del [Real Decreto Ley de 04-03-1977](#); se trata de acuerdos que ostentan la naturaleza de acuerdos de desconvocatoria o fin de huelga, y como tales han de desplegar plena eficacia”.

La sentencia dictada por el alto tribunal es la quinta, por orden cronológico, en materia de expedientes de regulación de empleo con aplicación de la reforma laboral de 2012, y

ha obtenido, al igual que la sentencia dictada el 25 de noviembre en el [caso GEACAM](#) y que comenté en una entrada anterior, la unanimidad de los miembros de la Sala. De las siete sentencias de las que tengo conocimiento, cinco han merecido la unanimidad y dos cuentan con votos particulares (uno de cinco de sus miembros y otro de una magistrada en el [asunto CELSA ATLÁNTIC](#), y de cinco miembros en el asunto MAFECCO).

La sentencia, tal como ya he indicado, desestima el recurso de casación de la empresa y confirma la resolución recurrida, esto es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de enero de 2013. En los mismos términos de desestimación del recurso se había pronunciado el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, al defender que los pactos que pusieron fin al conflicto mencionado más arriba estaban vigentes y obligaban a las partes, considerando adecuada “la interpretación y valoración que hace la sentencia”, y rechazando también la alegación de incongruencia de la sentencia porque “se da respuesta a lo pretendido en la demanda, pues no hay causa legal que justifique la causa extintiva del modo realizado, al vulnerarse lo pactado”.

2. Tuve oportunidad de analizar la [sentencia del TSJ de Madrid](#) en una [anterior entrada del blog](#), y reproduzco ahora sus contenidos más relevantes antes de pasar al análisis jurídico de la sentencia del TS.

“La importancia de la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en el ERE presentado por la empresa Promotora de Informaciones SA (PRISA) de extinción de contratos de 24 trabajadores. radica en el reconocimiento del valor jurídico de los pactos de empresa y de su obligado respeto por parte de la empresa en el momento de aplicación del ERE y en concreto de las indemnizaciones a abonar a los trabajadores afectados, más cuantiosas en el pacto de empresa que en la decisión adoptada por la empresa en el ERE.

Las razones aducidas para la presentación del ERE fueron de índole económica y organizativa, y guardan relación con el “deterioro comercial y económico del Grupo PRISA” que afecta directamente a la empresa que ha presentado el ERE. En los hechos probados hay una excelente y exhaustiva descripción de todo el proceso negociador desde la comunicación por parte de la empresa del inicio del ERE el 3 de septiembre, la documentación presentada, las reuniones de las partes y la falta de acuerdo final. Dado el cuidado análisis de los problemas económicos alegados por la empresa, vinculados a los del grupo, no me resisto a reproducir un párrafo del hecho probado decimonoveno ... y que ... pone de manifiesto las diferencias abismales existentes entre el salario de los trabajadores y las retribuciones de los Consejeros Ejecutivos del Grupo, que en 2011 aumentaron más del 160 % con respecto a las de 2010. Dice la sentencia que “Algunos elementos retributivos de los consejeros han tenido incrementos por encima del 337 % (en el caso del bono de referencia para consejeros ejecutivos) (tres) de 4.056.860 en 2011 a 10.566.920 en 2012, estas cifras no incluyen las retribuciones por pertenencia a otros Consejos o alta dirección de sociedades del grupo (cifras obtenidas de página 25, 26, 9 y 10 de informes corporativos a CNMV de 2010, 2011 y 2012, respectivamente)”.

La empresa acordó el abono de la indemnización legalmente establecida, es decir 20 días de salario por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades. Este es el punto de fricción principal, ya que en 2011 se habían firmado acuerdos entre los sindicatos CC OO y UGT y la representación empresarial del grupo, en el marco de un proceso negociador de ajuste de las empresas del grupo a la nueva situación económica, y en concreto los suscritos el 20 de mayo y el 14 de junio en el que las partes acordaron en caso de extinciones contractuales, y entre otros contenidos, “establecer como módulo

indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades...”. Como cuestión formal que adquiere mucha importancia para la Sala, se destaca la creación el 14 de septiembre de una comisión paritaria de seguimiento de los acuerdos, disponiendo las partes que su funcionamiento durarán todo el tiempo de vigencia de aplicación del Plan del Acuerdo, “y en todo caso hasta el 31 de diciembre de 2012...” (hecho probado vigésimo quinto). En otras empresas del grupo, y tal como se recoge en el hecho vigésimo sexto, los ERES pactados fijaron una indemnización en los términos recogidos en los acuerdos de 20 de mayo y 14 de junio, es decir 45 días por año de servicio y un máximo de 42 mensualidades.

El núcleo del conflicto se centra en la validez de los acuerdos referenciado, adoptados según deja constancia el fundamento de derecho primero en el seno de un plan estratégico de futuro del grupo, “con vigencia, al menos hasta 2015”. Además, la parte demandante alega vulneración del art. 51.2 de la LET sobre incumplimiento de requisitos formales, falta de voluntad negociadora y existencia de mala fe por la empresa, cuestiones todas ellas que serán rechazadas en la sentencia, sin entrar a conocer de la alegación de inexistencia de causas económicas y organizativas planteadas también por los demandantes, en cuanto que el TSJ sólo se pronunciará sobre la vulneración de los acuerdos de 2011 y su efecto jurídico, rechazando la argumentación de la empresa de que el Acuerdo de 14 de junio y su aplicación al despido colectivo promovido el 3 de septiembre no era aplicable a la empresa ni se encontraba vigente.

La Sala, repito, procede al estudio de la posible infracción del artículo 51.2 de la LET, y del Reglamento 801/2011 (interpretado/modificado por la Orden ESS487/2012). De una forma un tanto confusa a mi parecer, ya que resulta complejo diferenciar el argumentario de la parte demandante con la decisión del TSJ, la sentencia afirma que los miembros de la comisión negociadora ad hoc no tienen la prioridad de permanencia en la empresa de la que disponen los representantes de los trabajadores ex art. 68 b) de la LET, que la comunicación a los representantes de los trabajadores no exige la expresión formal de la causa de despido, “porque las causas y motivos en el que el empresario ampara su decisión ya han sido puestas de manifiesto y analizadas en el período de consultas” (con una argumentación basada en una interpretación literal del art. 51.2 de la LET que no estoy precisamente seguro de que sea que corresponde a una interpretación de la norma basada en la utilización conjunta de los criterios fijados en el art. 3.1 del Código Civil, ni en los de la Directiva de 1998 de la UE), y que la documentación entregada durante el período de consultas se ajustó a la legalidad.

La sentencia acepta la tesis de la parte demandante sobre la validez y aplicación de los pactos objeto de litigio, poniendo de manifiesto que tienen la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo y que vinculan a todos los trabajadores y empresas incluidos en su ámbito de aplicación durante el período de vigencia, poniendo de manifiesto que los pactos estaba vigentes cuando se presentó el ERE, rechazando la argumentación de la empresa respecto a la pérdida de su vigencia, y también a su inaplicación por la alteración de las condiciones sobre las que se basó el acuerdo, es decir la cláusula “rebus sic stantibus”, ya que los propios pactos prevenían las adaptaciones necesarias en caso de alteración de las condiciones pactadas. Por ello, la Sala acuerda estimar en parte la demanda y fija que la indemnización a abonar a los trabajadores debe ser la de los acuerdos de 2011 y no la del ERE, sin que acepte la tesis de la parte demandante de que el incumplimiento del acuerdo signifique que la empresa haya actuado de mala fe y que ello implique la nulidad de las actuaciones.

En conclusión, se trata de una sentencia que desestima gran parte de los argumentos de la demandante en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de la normativa vigente, y que acepta sólo el incremento de la indemnización en cuanto que sigue vigente un pacto de empresa con el mismo valor jurídico que un convenio colectivo y que afecta obligatoriamente a todas las empresas del grupo”.

3. El alto tribunal debe resolver el recurso interpuesto por la empresa, en el que se alegan cinco motivos que a su juicio deberán llevar a la estimación de aquel, todos ellos desestimados en la sentencia.

A) En primer lugar, el recurso de casación se interpone al amparo del art. 207 c) de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (“Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”). La parte recurrente entiende que se han infringido los arts. 124.2 y 124.11 de la citada norma en relación con el art. 218 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), que versa sobre la exhaustividad y congruencia de las sentencias, y su motivación, “al haberse producido además en el pronunciamiento una incongruencia prohibida”, ya que a su parecer la sentencia se habría extralimitado en su pronunciamiento.

La Sala rechaza la argumentación ya que en la demanda se solicitaba la nulidad de los despidos por diversos motivos, y de forma subsidiaria la declaración de no ser ajustados a derecho. Uno de los argumentos era la falta de buena fe negociada, y justamente la sentencia de instancia, tras descartar la vulneración de derechos fundamentales alegada en la demanda, sí considera, como ya he expuesto, que se vulnera dicha buena fe negociada, “lo que le lleva a descartar la nulidad, pero a apreciar que el despido no es conforme de derecho”. No existe en modo alguno la incongruencia alegada en el recurso, argumentando la Sala como conclusión de su razonamiento anterior que “quien pide la nulidad del despido está pidiendo también la declaración de que la resolución extintiva no es ajustada a derecho, si la causa de nulidad alegada no se apreciará como susceptible de aquella declaración”.

B) En segundo término, se argumenta error en la valoración de la prueba por la sentencia de instancia (art. 207 LRJS: “d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”), haciendo referencia a varios hechos probados y solicitando la incorporación de uno nuevo. Todas las propuestas de revisión son rechazadas por la Sala al considerar que no aportan nada que pueda hacer cambiar jurídicamente hablando la valoración de instancia y que es ésta la que debe prosperar, ya que “sin perjuicio de que los documentos designados puedan ser interpretables, una vez lo ha hecho la Sala de instancia no cabe una nueva valoración en casación, al no ponerse de manifiesto expresa y concretamente error alguno en aquella valoración”, concluyendo que “no cabe, pues, sustituir el criterio objetivo e imparcial de la Sala de instancia por una valoración interesada y subjetiva de parte”.

C) El contenido doctrinal más relevante de la sentencia es el relativo al valor jurídico de los pactos de finalización de un conflicto, si bien justamente para evitar aceptar la tesis de la sentencia del TSJ de Madrid y obtener una resolución favorable en casación la recurrente alega que el acuerdo que se adoptó, y que queda explicado con anterioridad, no puso fin a un huelga y por consiguiente no podía tener eficacia de convenio



colectivo, para concluir lógicamente que el TSJ “no debería haber fallado en el sentido de que sea de aplicación la indemnización allí prevista”.

La tesis de la recurrente decaerá en cuanto que quedó debidamente acreditado que el acuerdo sí puso fin a un conflicto laboral y significó la desconvocatoria de la huelga. Por consiguiente, es de aplicación el art. 8.2 del [Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo](#) (“Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo”).

Sobre la naturaleza jurídica de tales acuerdos o pactos la Sala recuerda, con cita de su sentencia de 7 de febrero de 2011 que a su vez remite a muchas otras del mismo tribunal, y sin olvidar la importante e histórica [sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981](#), que aquella está plenamente consolidada y que por ello la interpretación de los acuerdos o pactos “debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos”.

Me sorprende que en fase de recurso, y lo mismo le ocurre a la Sala, que la recurrente alegue falta de representatividad de las secciones sindicales con las que se suscribió la desconvocatoria de la huelga. Además de ser una cuestión nueva no debatida en instancia, se trata una actuación que la Sala considera, muy correctamente a mi parecer, de “un proceder contrario a la buena fe procesal”, ya que supuesto que ello hubiera sido así efectivamente “no debió negociar con ellas en la forma que lo hizo un acuerdo que tenía indudable alcance general”.

D) El cuarto motivo del recurso se basa en el art. 207 e) de la LRJS (“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”), por entender la recurrente que el tribunal de instancia infringió los arts. 1281 y siguiente del [Código Civil](#) sobre interpretación de los contratos, tratando de demostrar, en términos semejantes a los del segundo motivo del recurso, que no se fijó un plazo de vigencia de los acuerdos como mínimo hasta el 31 de diciembre de 2012 (recuérdese que el ERE se formalizó justamente poco antes de la finalización de este plazo).

La Sala vuelve a reiterar los argumentos expuestos al responder al anterior motivo de recurso, ya que se trata de un acuerdo de fin de conflicto laboral cuya interpretación “debe ajustarse a las normas que regulan la interpretación de los convenios colectivos”. Con cita exhaustiva de la jurisprudencia de la Sala, defiende el amplio margen de interpretación que ha de concederse a los órganos jurisdiccionales de instancia sobre las pruebas prácticas, recordando también que dicha prevalencia interpretativa decae “cuando su conclusión interpretativa no sea ni racional ni lógica o ponga de manifiesto la infracción de alguna de las normas reguladoras de la exégesis contractual”, algo que en modo alguno ocurre en el caso enjuiciado, ya que la cuidada y detallada interpretación de los acuerdos que efectuó la sentencia del TSJ de Madrid “es racional y lógica, sin que se haya demostrado lo contrario”, por lo que ha de darse prevalencia a esta interpretación.

E) Por último, la recurrente, nuevamente con apoyo en el art. 207 e) de la LRJS alega infracción del art. 51.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, por considerar que ha

quedado debidamente acreditada la existencia de la causa económica, esto es la situación económica negativa de la empresa “por la existencia de pérdidas actuales en un volumen muy elevado y reiterado en el tiempo desde el año 2011”. Dado que el motivo del recurso no deja de ser, al parecer de la Sala y también del mío, de una variante del planteado en primer lugar, el TS reitera que se ha de partir de la vigencia de los acuerdos que pusieron fin al conflicto, con la fijación de una indemnización determinada (45 día de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades) que no se respetó en el ERE objeto del presente litigio y que por consiguiente convirtió en ilícita la decisión de la empresa, y de ahí que fuere innecesario, explica la Sala para ratificar la sentencia de instancia, “un análisis sobre la determinación de la concurrencia des causas económicas y organizativas alegadas, que en todo caso quedaba subordinado a la inaplicabilidad de los mismos (acuerdos)”.

## **6. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013.**

1. Se ha publicado en la [página web de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas](#), en el apartado dedicado a jurisprudencia 2013 del Tribunal Supremo, la sentencia dictada el 25 de noviembre por su Sala de lo Social, cuya síntesis es la siguiente: “Despido colectivo de hecho. Existe si en el período de 90 días las extinciones a iniciativa del empresario exceden de los umbrales del art. 51.11ª ET”. Hasta donde mi conocimiento alcanza, es la séptima sentencia dictada por el alto tribunal que resuelve un recurso de casación interpuesto contra sentencia de instancia, en este caso de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tras la entrada en vigor de la reforma laboral operada por el Real Decreto-Ley 3/2012, y continuada por la Ley 3/2012 y el Real Decreto-Ley 11/2013 (actualmente en fase de tramitación parlamentaria como proyecto de ley, habiendo superado, sin cambios de relevancia, la tramitación en el Congreso de los Diputados). El propósito de esta entrada es comentar los contenidos más destacados de la citada resolución judicial.

2. La [sentenciadictada el 25 de noviembre \(recurso núm. 52/2013\) por la Sala de lo Social del TS](#), de la que fue ponente el magistrado Aurelio Desdentado, resuelve, por unanimidad, el recurso de casación interpuesto por la empresa Cobra Instalaciones y Servicios SA contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de 27 de julio de 2012 en demanda de impugnación de despido colectivo por la Federación de Industria de Comisiones Obreras. Ya adelanto que el TS desestima el recurso interpuesto en impugnación de despido colectivo, y en los mismos términos se había manifestado el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe. En su momento, realicé en el blog un [breve comentario a la sentenciadictada el 27 de julio de 2012](#) por la AN, del que recupero ahora su contenido más destacado:

“La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN el 27 de julio versa sobre la existencia o no de un ERE, defendiendo la parte demandante que así es ya que la empresa (con más de 1.300 trabajadores en plantilla en centros de trabajo) despidió a más de 30 trabajadores, por vía disciplinaria u objetiva, en un período de 90 días anteriores a la fecha del último despido referenciado en la demanda, mientras que la parte demandada alegó como excepción procesal la inadecuación de procedimiento y argumentó que al tratarse de despidos disciplinarios y objetivos no quedaban subsumidos en el concepto de despido colectivo del artículo 51.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

Para resolver el conflicto la Sala acude a la normativa vigente, art. 51 LET, y en concreto al siguiente párrafo del apartado 1: “Para el cómputo del número de

extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco”. Con apoyo en la literalidad del propio texto y de la doctrina de sentencias de varios Tribunales Superiores de Justicia, la AN afirma que “parece evidente que los despidos por causas objetivas no son imputables a los trabajadores, siendo criterio reiterado y pacífico en la doctrina judicial que no lo son tampoco los despidos disciplinarios cuya improcedencia se reconoce directamente por la empresa o en conciliación judicial o extrajudicial”. Cabe señalar aquí que en los hechos probados de la sentencia se recoge que hubo, en el período de 90 días, 29 despidos objetivos y 5 despidos disciplinarios, habiendo reconocido la empresa la improcedencia de estos últimos. El hecho de que buena parte de los despidos no impugnaran ante el Juzgado la decisión empresarial no altera en modo alguno el razonamiento judicial anterior, poniendo la sentencia de manifiesto el distinto iter procesal de los despidos individuales y colectivos, y destacando que la acción para impugnar el despido colectivo “corresponde únicamente a los representantes legales o sindicales y sólo podía activarse en el momento en el que se superaron los umbrales legales para la concurrencia de despido colectivo”.

Este mismo razonamiento es el que sirve a la Sala (que creo que realiza una interpretación muy ajustada a derecho del artículo 51.1 de la LET y del artículo 124.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) para desestimar la alegación empresarial de excepción de cosa juzgada al amparo del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a los trabajadores que habían conciliado sus despidos en sede judicial o extrajudicial y rechazar que existieran las identidades exigidas por ese precepto, ya que el despido colectivo “no puede accionarse por los trabajadores afectados individualmente sino por sus representantes legales o sindicales... y la finalidad de la impugnación del despido colectivo es obtener una sentencia puramente declarativa con respecto al despido colectivo”.

3. Para poder analizar con mayor conocimiento de causa la resolución del TS es necesario en primer lugar reproducir parte del fallo de la sentencia de la AN, cuyo texto íntegro se recoge en el hecho probado tercero de la sentencia del alto tribunal. Tras estimar parcialmente la excepción alegada por la parte empresarial de inadecuación de procedimiento en aquello referido a la nulidad de los despidos individuales, desestimar la misma alegación respecto de la pretensión colectiva, y desestimar igualmente la alegación de cosa juzgada sostenida por la representación empresarial, la AN estima parcialmente la demanda y declara “la nulidad del despido colectivo, entendiéndose incluidos en el mismo todos los despidos producidos en los noventa días anteriores al 15-05-2012 por causas no imputables a los trabajadores y en consecuencia condenamos a la empresa C, SA a estar y pasar por dicha declaración, absolviéndole de los restantes pedimentos de la demanda”.

A) La Sala entra a resolver en primer lugar el motivo del recurso de casación (art. 207 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#)) en el que se alega “interpretación errónea” del art. 124 de dicha norma, en la redacción vigente en el momento en que se sustanció el conflicto, esto es el RDL 3/2012 de 10 de febrero. La parte recurrente alega que la AN erró en su interpretación y aplicación del art. 124 ya que la empresa “en ningún momento promovió un despido colectivo, ni se ha iniciado el preceptivo período de consultas”.

El razonamiento de la Sala para desestimar el motivo alegado por la parte empresarial es interesante no sólo desde la perspectiva concreta de resolución del caso enjuiciado, sino también desde el plano doctrinal en cuanto que se trata de la primera sentencia dictada en aplicación de la reforma laboral que debe pronunciarse sobre qué extinciones contractuales se computan a efectos de determinar si son de aplicación los umbrales del art. 51.1 de la [LET](#), o lo que es lo mismo si la empresa está obligada a instar un procedimiento de despido colectivo cuando extingue un determinado número de contratos, ya que si bien hay ya dos sentencias que se pronunciaron sobre esta cuestión, de 3 y 8 de julio de 2012, las mismas resolvieron litigios en los que aún no era de aplicación la reforma del mismo año. Recordemos que los citados umbrales son “a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”, y que para el cómputo de dicho número de extinciones contractuales, “se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco”.

La sentencia diferencia entre los despidos colectivos “de derecho”, es decir aquellos que se formalizan al amparo de la normativa vigente y con cumplimiento de la tramitación regulada al respecto (en el momento en que se adoptó la decisión empresarial que daría inicio al conflicto posterior, era el RDL 3/2012, en su nueva redacción del art. 51 de la LET, y el RD 801/2011 de 10 de junio), y los que la sentencia recurrida denomina “despido colectivo de hecho”, terminología que merece la aprobación de alto tribunal y que se concreta en una decisión empresarial que se adopta al margen del procedimiento legal y reglamentariamente establecido (el incumplimiento de la tramitación del período de consultas sería el ejemplo más significativo), o bien ocultando el carácter colectivo para evitar tener que acudir a las reglas del art. 51 de la LET. Al respecto, conviene recordar que el art. 51.1 de la LET ya prevé esta posibilidad de actuación irregular por parte de la empresa, considerándola contraria a derecho, o dicho con las propias palabras de la norma “Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”.

La Sala desestima la argucia o estrategia de la recurrente, consistente en negar la aplicación del art. 124 de la LRJS porque no hubo período de consultas, ya que un posible despido colectivo de hecho por no haberse tramitado la misma también es susceptible de impugnación por la vía del citado precepto. Repárese, en efecto, y coincido con la tesis del tribunal, que el art. 124.2 b) permite la impugnación del despido colectivo cuando “no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores..”, y que la sentencia que se dicte “declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores” (apartado 9 del art. 124 en la redacción del precepto dada por el RDL 3/2012, modificada después para convertirse en el número 11 por la Ley 3/2012, con la adición posterior de la palabra “únicamente” por el RDL 11/2013).

Una semejante argucia o estrategia empresarial, consistente en negar la existencia de un despido colectivo porque no ha existido “una decisión formalmente colectiva” es también rechazada con sólido argumento por la Sala, añadiendo por mi parte que la aceptación de una tesis como la defendida por la recurrente podría llevar, si no se entrara en el análisis del cumplimiento de la normativa por su parte, a una drástica reducción del número de despidos colectivos y a una actuación que pudiera ser constitutiva de fraude de ley en numerosas ocasiones si sólo bastara la manifestación empresarial de no querer ejecutar un despido colectivo, tesis rechazada también de forma clara por el art. 51 de la LET en los términos antes expuestos.

La Sala argumenta que la tesis empresarial debe someterse al respeto de la normativa vigente, es decir que debe analizarse si la decisión adoptada, bajo la apariencia de una actuación individual o plural (una o varias extinciones contractuales, ya sean por causas disciplinarias u objetivas), esconde en realidad un despido colectivo, y así lo expone la Sala al referirse al que denomina “despido colectivo tácito”, incluyendo dentro de esta terminología aquel que acaece cuando se procede al cierre de la empresa “sin ninguna decisión extintiva”, y también, y este es sobre el que versa el litigio resuelto en instancia y que ahora debe resolver el TS en casación, “el despido colectivo de hecho cuando se produce mediante decisiones extintivas individuales, pese a sobre pasar los umbrales del art. 51.1.1º del ET”.

En fin, también se rechaza con acierto por la Sala la alegación de la que la sentencia de instancia ha vulnerado el apartado 9 del art. 124 (insisto, en la redacción del RDL 3/2012) por haberse limitado a establecer “la nulidad de los despidos con efectos meramente declarativos”. La normativa entonces aplicable, que ciertamente fue objeto de debate en sede judicial (y recuerdo los interesantes debates suscitados en las jornadas catalanas de Derecho Social de este año), apuntaba al carácter declarativo y no de condena del pronunciamiento judicial en la impugnación colectiva (recuérdese, dicho sea incidentalmente, el cambio operado por el RDL 11/2013). Tras realizar un cuidadoso análisis del cambio operado por la reforma laboral con respecto al marco normativo anterior, que requería de autorización administrativa para la extinción de los contratos, y de poner de manifiesto los efectos que despliega la impugnación colectiva sobre las que pudieran plantearse con carácter individual, la Sala concluye que “no puede reprocharse al fallo de la sentencia impugnada que sea declarativo, pues legalmente tiene que serlo”.

B) El segundo motivo del recurso encuentra su apoyo en el art. 207 d) (“Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”), y pretende modificar el hecho probado cuarto de la sentencia, para precisar, como se recoge en el fundamento de derecho tercero de la sentencia del TS, “los trabajadores que han sido despedidos invocando causas objetivas y que han suscrito finiquitos y acuerdos de extinción, así como los que han impugnado el despido”. La desestimación del motivo radica en que no altera los términos ya expuestos en la sentencia de instancia ni se fundamenta de qué forma puede afectar a la decisión de la Sala, y en cualquier caso el motivo deviene intrascendente, tanto para la Sala como para el Ministerio Fiscal, porque aquello que realmente importa, y que será abordado al dar respuesta al tercer motivo del recurso, no es si existieron acuerdos transaccionales tras los despidos, sino que los ceses llevados a cabo por la empresa “serían computables a efectos de la existencia de un despido colectivo”.

C) Y en efecto, la Sala pasa a pronunciarse sobre la cuestión más arriba referenciada al desestimar el tercer motivo del recurso, en el que se alegaba vulneración de los arts. 49 y 51 de la LET en relación con varios preceptos del [Código Civil](#) como son los arts. 1815 (“La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción”), 1089 (“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”), 1254 (“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”), y 1255 (“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”), criticándose por la Sala de entrada el incumplimiento de requisitos formales, ya que la cita de todos esos preceptos se efectúa de forma acumulativa “y no se razona la infracción de cada uno de estos preceptos”, no procediéndose tampoco a mencionar el apartado correspondiente del art. 51 de la LET.

El debate jurídico se centra, como sitúa correctamente la Sala, en determinar si la extinciones a las que se ha seguido un acuerdo, judicial o extrajudicial, que reconoce su improcedencia y pone fin a la relación contractual, deben computarse o no a efectos de los umbrales del art. 51.1 de la LET, argumentándose por la parte recurrente que no cabría su consideración “por tratarse de extinciones de mutuo acuerdo (art. 49.1 a LET) o por dimisión (art. 49 1 d LET)”, tesis rechazada frontalmente por la Sala que argumenta con acierto que el art. 51.1, quinto párrafo, dispone justamente lo contrario al incluir en el cómputo las extinciones “en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador...”, en redacción sustancialmente idéntica al art. 1 de la Directiva CE 98/59 que se refiere a “los motivos no inherentes a la persona del trabajador” a efectos de determinar las causas de los despidos colectivos y los umbrales aplicables.

¿Cuál es la doctrina que siente la Sala? Se rechaza la vulneración de los preceptos referenciados del Código Civil, mereciendo especial atención a mi parecer la tesis de que la transacción, el pacto entre empresario y trabajador para dar por extinguido el contrato previo acuerdo judicial o extrajudicial, “no altera la naturaleza del acto del despido, pues sólo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial”. Tanto en los despidos disciplinarios como en los objetivos en los que, tras la decisión empresarial, se suscribieron acuerdos transaccionales entre las dos partes que reconocían la improcedencia y daban por extinguida la relación no se altera en absoluto el hecho de que se trata de una decisión empresarial por motivos no inherentes a la persona del trabajador y de ahí que deban computarse para la fijación de los umbrales que marcan la diferencia entre los despidos individuales o plurales y los despidos colectivos. En modo alguno existe el mutuo acuerdo o la dimisión alegada por la parte empresarial en su recurso, “pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente”.

En apoyo de esta tesis, la Sala procede a un somero repaso de anterior jurisprudencia recogida en varias sentencias del año 2008 en las que se defendió que para que existieran despidos colectivos era necesaria “la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” y no bastaba con que las extinciones superaran los umbrales numéricos del art. 51 de la LET, si bien inmediatamente recuerda que

dicha tesis fue revisada por la Sala en sus sentencias de 3 y 8 de julio de 2012, que ponen ya el acento en la existencia de un número de despidos que superen los citados umbrales y que se produzcan no sólo por las causas antes citadas sino por cualesquiera otros motivos “no inherentes a la persona del trabajador”.

En el [comentario](#) que efectué en su día de la segunda sentencia destacué su importancia, poniendo de manifiesto el impacto de la normativa UE y jurisprudencia del TJUE en la doctrina laboral del TS. Recupero un fragmento de mi análisis:

“En dicha sentencia el TS hubo de pronunciarse sobre el conflicto, en términos que quedan perfectamente delimitados en el fundamento jurídico tercero de su sentencia: frente a la tesis de la sentencia recurrida se encontraba la de la sentencia de contraste, y había que concretar cómo debía interpretarse y aplicarse el art. 51 de la LET y el siguiente párrafo del núm. 1: “Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco”. También hay que tomar en consideración el art. 1 de la Directiva 98/59 CE.

Las discrepancias entre las dos sentencias versaban sobre la necesidad o no de presentar un ERE por la empresa. Para la recurrida, la extinción de los contratos de obra o servicio celebrados en fraude de ley debía calificarse de improcedente y no nulo (“el cese no se basa formalmente en causa alguna de las que dan origen al despido colectivo”, ya que no se alegó causa económica, productiva u organizativa), mientras que para la sentencia recurrida había un despido nulo porque “superados los umbrales numéricos del art. 51 ET, el empresario debiera haber acudido al ERE y haber obtenido autorización administrativa para extinguir los contratos”.

Destaca en la sentencia, a mi parecer, el amplio análisis, y utilización, de la Directiva de 1998 relativa a despidos colectivos, algo que demuestra la importancia de la normativa internacional y de la UE para interpretar las normas laborales en materia de ERES. La Sala se interroga sobre aquello que califica de “apariencia” de divergencia entre ambas normas respecto al elemento causal de los despidos colectivos, por considerar que la española es más restrictiva que la europea ya que sólo incluye a efectos del cómputo “por causas económicas, productivas u organizativas”, pero concluye que hay otros elementos que priman en la adopción de la decisión de la tesis más amplia para determinar el número de trabajadoras afectados, es decir el art. 1 de la Directiva y que conceptúa como despidos colectivos aquellos “efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”.

El TS realiza un amplio análisis de la normativa de la UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de despidos colectivos para llegar a la conclusión de que “la primacía del Derecho comunitario influye en la normativa nacional”, por lo que no puede limitarse el concepto de despido colectivo a los supuestos enumerados en el art. 51 de la LET, con apoyo expreso en la importante sentencia del TJUE 2004/376 de 12 de octubre. Es decir, la Sala se pronuncia en contra del criterio formalista y utiliza una interpretación integradora de la normativa europea con la española que lleva a garantizar de la mejor manera posible los derechos de los trabajadores afectados por un ERE, no aceptando que la mera referencia, en la comunicación de la extinción del contrato, a que la causa es la finalización de la obra o

servicio, y no una de índole económica, organizativa o productiva, sea suficiente para “expulsar” del cómputo numérico a efectos del ERE a tales extinciones.

La Sala de lo Social del TS, nuevamente con un amplio apoyo de la jurisprudencia del TJUE, argumenta que el ERE no sólo responde a intereses empresariales para mejorar la situación de la empresa, sino que también incluye la defensa de los intereses de los trabajadores afectados para atenuar, en la medida de lo posible, el impacto de la decisión empresarial en el período de consultas, incluso sustituyendo la decisión extintiva por otra de carácter suspensivo u otras medidas de ajuste organizativo en el seno de la empresa.

Tal argumentación, en la que se incluye la obligación por parte de los Estados miembros de la UE de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar los objetivos perseguidos por una norma (en este caso concreto, la protección de los trabajadores despedidos) lleva al TS a concluir que no se trata de una opción empresarial el determinar si las extinciones contractuales, como en el caso enjuiciado, han de llevarse a cabo por la vía de extinciones individuales por finalización contractual (tesis de la sentencia recurrida) o por la vía del ERE (tesis de la sentencia de contraste), con su impacto indudable sobre la menor o mayor cuantía de la indemnización a percibir por el trabajador, sino que esa decisión jurídica queda condicionada por el hecho de que se trate de una extinción simplemente no imputable al trabajador”.

Volviendo a la sentencia de 25 de noviembre, el TS confirma que los despidos disciplinarios reconocidos por la empresa como improcedentes son computables para determinar si hay o no un despido colectivo, al igual que los despidos objetivos (supongo que producidos al amparo del art. 52 c de la LET) de los que también se reconoció su improcedencia en acuerdo judicial o extrajudicial. La Sala, de forma didáctica y pedagógica, recuerda al recurrente, aunque a buen seguro que la parte ya debía tener conocimiento de ello, que la normativa sobre despidos colectivos no es disponible por las partes para utilizarla a su antojo y optar según le interese por acudir a la vía de los despidos individuales y plurales o a la colectiva. Se trata de reglas de obligado cumplimiento, pues el procedimiento de despido colectivo “que contiene garantías que han de vincularse con el orden público laboral, no es disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el mencionado procedimiento”.

Por último, cabe decir que la Sala sienta doctrina, en el fundamento jurídico quinto, sobre las extinciones que quedan extramuros de la aplicación del art. 51 de la LET, considerando como tales los despidos disciplinarios (si no se recurrieran, o en este caso si se declara la procedencia del despido, añadido yo ahora), y las extinciones de contratos de duración determinada “que se produzcan por cumplimiento del término” (es decir, no incluye las extinciones *ante tempus* y que motivaron la sentencia de 8 de julio de 2012). No obstante, dejo constancia aquí, y ya me referí a ella en una anterior entrada del blog, de una muy interesante cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, a cuyo frente se encuentra el magistrado Joan Agustí, en la que justamente se cuestiona que esas extinciones por vencimiento del término queden excluidas del cómputo numérico para determinar la existencia del despido colectivo, por entender que de ser así se limitaría considerablemente el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores. Habrá que estar atentos al TJUE.

## **7. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2013.**



1. Es objeto de comentario en esta entrada del blog la [sentencia dictada el 25 de noviembre por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#), de la que fue ponente el magistrado José Luis Gilolmo, que resuelve el recurso de casación interpuesto por el sindicato gallego CIG y el comité de empresa de MAFECCO contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de noviembre de 2012. La sentencia desestima el recurso, tal como planteaba el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, y cuenta con un trabajado y bien argumentado voto particular suscrito por el magistrado Fernando Salinas y al que se adhieren dos magistrados y dos magistradas, en el que no se discrepa sobre la decisión adoptada sino “sobre la inexistencia de grupo empresarial, al entender que sobre este extremo no se tenía que haber resuelto”.

[Puede consultarse el texto de la sentencia en la página web de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas, en el apartado dedicado a la jurisprudencia del TS durante 2013](#), cuya síntesis es la siguiente: “Despido colectivo. Causas económicas. El período de consultas se inicia vigente el RDL 3/12 pero los despidos se ejecutan de modo diferido y vigente la ley 3/12. El período de consultas se celebra conforme a la buena fe, la empresa afectada aporta la documentación oportuna y quedan acreditadas las causas económicas: la medida empresarial resulta ajustada a derecho. Se confirma la sentencia recurrida que así lo acordó. Voto particular”.

2. En una [entrada anterior del blog](#) tuve oportunidad de examinar con atención la sentencia dictada por el TSJ gallego, y reproduzco ahora sus contenidos más relevantes.

“La sentencia desestima la demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega (CIGA) y el comité de empresa contra la empresa MAFECCO, posteriormente ampliada a otras empresas por considerar la existencia de un grupo. La argumentación de la parte demandante se sustentaba en cuatro puntos: inexistencia de la causa económica alegada, que encubriría una causa productiva; vulneración de las reglas relativas a la documentación a entregar en el período de consultas y a la obligación de negociar de buena fe; presión al Comité durante la negociación del ERE, algo que constituiría “abuso de derecho, fraude y coacción”, crítica jurídica que no se recoge en el informe de la ITSS, en el que se afirma que, además de darse las causas económicas, “no se constata que haya existido dolo, coacción o abuso de derecho”; en fin, vulneración de “derechos fundamentales y libertades públicas” en la selección de los trabajadores, tesis que no fue aceptada por el Ministerio Fiscal.

La extinción planteada inicialmente afectaba a 42 trabajadores sobre una plantilla de 78, y el argumento era esencialmente de índole productiva a mi entender si nos atenemos a la literalidad de lo recogido en el Plan de Viabilidad presentado por la empresa y del que se deja debida constancia en el hecho probado primero: ““Para poder lograr la adecuada reducción de costes es necesario reducir la capacidad productiva del taller propio, es decir, pasar de una estructura fundamentalmente fabril, como es la que posee en la actualidad, para pasar a otra en la que, sin renunciar totalmente al proceso de fabricación, se potencie la intermediación y distribución. Así pues, es necesario reducir la plantilla en todas las secciones directamente relacionadas con la producción (excluyendo por tanto las secciones de administración, facturación y diseño) así como otras indirectamente afectadas por la misma, aunque manteniendo un núcleo reducido de trabajadores en los que prime su productividad y polivalencia”. No será esta la tesis de la sentencia, que declarará probada la existencia de causa económica.

La sentencia recoge de forma muy detallada todo el desarrollo del período de consultas; en concreto, me interesa destacar que consta que la oferta empresarial fue rechazada por 3 votos contra 2 por la representación laboral, y que “todas las actas han sido firmadas por los comparecientes, no constando protesta en relación a su contenido”.

Frente a la tesis de la parte demandante de que se había producido de hecho un cambio organizativo y productivo, y que la empresa no había probado dicha causa productiva y se había escudado en razones económicas, la Sala admitió la tesis de la empresa a partir de remitirse a la aceptación de los llamado despidos pluricausales, con cita de una muy lejana sentencia de la propia Sala de 2 de febrero de 2001 que mantiene un concepto amplísimo de causa de despido, de tal manera que cualquier causa alegada puede tener relación con razones económicas, y de ahí que con los datos de la memoria económica aceptara la existencia de una situación de pérdidas desde 2003.

La Sala, no sólo responde a la demanda sino que construye o realiza un análisis doctrinal de la reforma laboral para tratar de justificar su decisión final, y en esta ocasión, y con apoyo en una determinada manera de entender una sentencia de la AN de 15 de octubre, justifica que la extinción tiene razón de ser porque los puestos de trabajo que van a extinguirse “ya no son necesarios” (las comillas son mías) para la empresa al cambiar su estructura fabril por otra en la que se potencia la intermediación y distribución (creo que esta sentencia puede gustar a muchas empresas que actúan de la misma manera desde hace tiempo para reducir costes de personal).

La sentencia se acoge en especial a una frase de la citada sentencia de la AN sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, “puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de los contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada” para justificar la decisión de la empresa, con causa “económica” (yo diría, ya lo he señalado, que es claramente productiva y por razones económicas). En la sentencia se encuentra una frase que refleja claramente la aceptación de la tesis empresarial: “la producción propia no es rentable, por lo que sin desaparecer se trata de potenciar otras actividades existentes de la empresa”.

El fundamento jurídico tercero es un análisis doctrinal del concepto de buena fe en la negociación, para concluir que no se ha producido una vulneración del mismo por la parte empresarial, acudiendo la Sala a la normativa internacional (Convenio nº 158 de la OIT) y europea (Directiva 98/59) para tratar de defender su tesis, con referencia previa a lejanas sentencias del TS de 1998 y 2001, en las que se afirma que la buena fe “implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones” y que impone un deber de coherencia, “exigiendo a las partes ser consecuentes con sus propias posiciones y no alterarlas sustancialmente de un día para otro”.

La prolija explicación previa del contenido del período de consultas le sirve a la Sala como justificación de la existencia de un verdadero esfuerzo negociador por parte de la empresa y que esta no hizo de aquel un mero formalismo, ya que se cruzaron propuestas y contrapuestas, con independencia de que las negociaciones no llegaran a buen fin, y aquí la Sala enlaza de manera peculiar a mi entender el período negociador con la decisión final de la representación laboral, argumentando que se estuvo en presencia de una “negociación real” (algo que creo que sí se refleja en las actas) por el hecho de que “dos de los cinco miembros del Comité de Empresa votaron a favor del acuerdo”. Puede ser que sí, puede ser que no, como en La Parrala, que los miembros del Comité que votaron a favor del acuerdo estuvieran convencidos de la bondad de las propuestas empresariales, pero eso no significa automáticamente que la negociación “fuera real”,

porque con este mismo argumento el hecho de que un número superior de miembros del Comité manifestara su desacuerdo con la tesis empresarial podría significar justamente lo contrario.

En el fundamento jurídico cuarto, nuevamente la Sala se acoge a lo recogido en las actas sobre las dificultades económicas de la empresa para argumentar que no ha existido presión alguna sobre el Comité para que alcanzara un acuerdo, y que al ser patentes estas dificultades nunca han podido implicar una coacción. En fin, respecto a la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical por haber seleccionado entre el personal a personas afiliadas a un sindicato también se desestima la demanda, dado que no ha quedado probado que la disponibilidad del crédito horario sindical hubiera significado un perjuicio a la hora de la puntuación final de cada trabajador de acuerdo a los criterios utilizados por la empresa.

De especial interés es el impacto que la aceptación de la tesis empresarial de cambio de modelo productivo va a tener sobre la aceptación de la extinción y la no aceptación de la tesis de discriminación empresarial por razón de la categoría profesional de los trabajadores afectados, ya que el hecho de que se deje de primar la producción fabril justificará el despido de 28 personas (un 65 % del total) con las categorías de auxiliar y especialista, y por ende el despido de trabajadores de secciones en las que “prácticamente todo el personal ostenta tal categoría”. Por último, la Sala no considera probada la existencia de un grupo de empresas, después de una amplia cita de jurisprudencia del TS, aunque visto “desde fuera” sorprende que la sociedad dominante del grupo empresarial mercantil posea un 99,97 % de las acciones de la empresa demandada y no haya relación, o al menos según la Sala “ni ha quedado acreditada la unidad de dirección, ni la confusión patrimonial o de plantillas”, algo que no me queda tan claro después de leer las referencias contenidas más adelante en el mismo párrafo, aun cuando la Sala cierra su argumentación con la referencia al informe de la ITSS y afirma que “en todo caso, los datos que se reflejan en el Informe de la Inspección de Trabajo tampoco puede identificarse con una confusión de plantillas”. Las mismas dudas que acabo de manifestar al comentar la sentencia de instancia aparecen en el voto particular de la sentencia del TS al que me referiré más adelante.

3. Hay dos cuestiones planteadas en el recurso de casación: la primera, la no conformidad a derecho de los despidos efectuados por causas económicas por una de las empresas demandadas; la segunda, la existencia de un grupo empresarial a efectos laborales y las consecuencias que ello implicaría para los trabajadores despedidos caso de ser aceptada esta tesis. Se trata de un recurso cuya valoración es ya de entrada poco positiva por parte de la Sala al tener “5 páginas escasas de extensión”, que se ampara en el artículo 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción (“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”).

La Sala, en el fundamento de derecho segundo, pasa revista a su consolidada jurisprudencia sobre cómo debe plantearse el recurso cuando se alega una infracción jurídica, de tal manera que no basta con la cita del precepto o preceptos alegados, “sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia”. A continuación, argumenta que el recurso contiene diversas manifestaciones críticas con la sentencia pero no ofrece un relato

alternativo de los hechos ni argumentación suficiente para llegar a la conclusión de que se ha vulnerado la normativa aplicable, por lo que se critica la defectuosa técnica jurídica del recurso, ya que, señala el informe del Ministerio Fiscal, “se alega la infracción de normas del ordenamiento jurídico, pero se hace sin poner de forma concreta y clara la infracción que se denuncia”, así como también que se alegue vulneración de la jurisprudencia y sólo se citen sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia, como la del [TSJ de Madrid de 22 de junio de 2012](#) (recurso núm. 20/2012), aunque la referencia al art. 51 de la LET en el escrito de recurso permite a la Sala entrar a conocer de las alegaciones efectuadas (muchas de las cuales ya ha quedado recogidas en mi comentario a la sentencia de instancia), rechazándose a partir de los hechos probados que no se haya negociado durante el período de consultas y que la empresa haya actuado de mala fe durante el mismo. La Sala acoge plenamente la tesis de la sentencia de instancia de la existencia de causas económicas (“importantes pérdidas”) que justifican el ERE y que los cambios o modificaciones en la estructura productiva, sobre los que insistió mucho la parte demandante en la instancia, “no son la causa de los despidos”, sino “el mecanismo o remedio para superar la clara situación de pérdidas”.

Los recurrentes alegaron también la vulneración del art. 51.10 de la LET, al incumplir la empresa la obligación de presentar un plan de recolocación externa que debe ser llevado a cabo por una empresa autorizada al efecto, pero la crítica decae por afectar el despido a menos del mínimo de 50 trabajadores que la ley requiere para que exista tal obligación empresarial. Es cierto que la empresa aportó al período de consultas un plan de acompañamiento social y una propuesta de programa de recolocación, para probablemente tratar de atenuar el coste social de los despidos, si bien condicionada su puesta en marcha a la existencia de un previo acuerdo con los representantes de los trabajadores. La Sala acoge la tesis defendida en la impugnación empresarial del recurso conforme a la cual dicho documento no era de obligada presentación “en el momento de iniciación del período de consultas”, como tampoco lo es con el marco normativo vigente del RD 1483/2012.

Por fin, y está será la parte más interesante, y polémica de la sentencia, la Sala aborda la alegación de los recurrentes, que aportan en su apoyo diversas sentencias de TSJ, de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y de ahí que la demanda en instancia se dirigiera contra varias empresas, ya que existiría a su parecer “una realidad de empresas aparentes”, “una suerte de confusión de plantillas”, “caja única y confusión patrimonial y unidad de dirección”. La Sala acepta la existencia, no cuestionada, de un grupo mercantil pero rechaza la del grupo laboral con repaso de algunas de sus sentencias y con cita expresa de la [segunda sentencia dictada en procedimiento de impugnación dedespido colectivo tras la reformalaboral de 2012, el 27 de mayo de este año](#), desestima la alegación y hace suya la tesis de la sentencia ahora impugnada de no haber quedado acreditado “el más mínimo indicio de fraude, unidad de dirección, apariencia empresarial o confusión de plantillas o patrimonios entre las sociedades que lo conforman”.

Sí es cierto que una de las empresas del grupo (Mafecco grupo empresarial SL) posee el 99,7 % del capital de la empresa MAFECCO en la que prestan servicios los trabajadores despedidos, si bien inmediatamente el TS destaca la diversidad de la actividad productiva de ambos, en cuando que de los hechos probados de la sentencia de instancia se acredita que la primera se dedica a “adquisición y enajenación de acciones y participaciones y financiar a las empresas participadas, así como el arrendamiento y

venta de toda clase de construcciones”, mientras que la segunda centra su actividad en “diseño, confección y distribución de prendas de vestir para señora”.

Por su interés para el estudio del caso hay que prestar especial atención al decimo cuarto párrafo del fundamento de derecho segundo de esta sentencia, en el que se descarta que el dato de la participación económica, “por llamativo que pueda parecer”, pueda llevar a declarar la existencia de un grupo a efectos laborales, al haber quedado descartado que la empresa MAFECCO actuara de forma fraudulenta, de tal manera, afirma la Sala, que “Dicha participación económica, que siempre se produce de forma absoluta (100%), y con normalidad, en las sociedades unipersonales, no tiene efectos ni para provocar por si misma una extensión de la responsabilidad, ni para atribuir una posición empresarial plural a las sociedades del grupo. Aquí no consta, no ya la confusión de plantillas, que suele ser uno de los elementos adicionales más frecuentes para extender la responsabilidad con efectos laborales a otros integrantes del grupo (pues no figura trabajador alguno que –sucesiva o simultáneamente- preste o haya prestado servicios indiferenciadamente para cualquier otra de las sociedades que lo conforman), sino ninguno de los otros factores adicionales que pudieran conducir a ese mismo resultado”. Esta tesis se refuerza y enfatiza en el párrafo siguiente del fundamento de derecho segundo, rechazando la tesis de que pudiera haber caja única, identificada como reprochable “confusión de patrimonios” a efectos de responsabilidades laborales, por el hecho de que una de las empresas del grupo posea “la práctica totalidad (99,97 %) del capital de la empresa en la que trabajan los despedidos. Para la Sala, y se apunta aquí una tesis que se hará valer más recientemente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 10 de diciembre, no bastaría con la existencia de esa confusión de patrimonios para declarar la existencia de un grupo laboral, sino que sería necesario que concurrieran otros elementos que permitieran apreciar “lo que se ha dado en llamar promiscuidad en la gestión económica”, no habiendo quedado acreditado que existieran esos elementos para la Sala, por lo que procede a la desestimación de esta última alegación y en definitiva de todo el recurso.

4. Como ya ha indicado con anterioridad, el voto particular gira sobre el debate acerca de la existencia o no de un grupo empresarial a efectos laborales, sobre el que la sentencia se ha pronunciado en sentido negativo, defendiéndose por los magistrados y magistradas que lo han suscrito que la Sala no debía haber entrado, en el caso concreto enjuiciado, a pronunciarse sobre dicha cuestión.

El voto particular se sustenta en la premisa de que la desestimación del recurso podía basarse, como así ha sido parcialmente, en la inexistencia de vulneración de la normativa o jurisprudencia por la sentencia de instancia, y en concreto, y refiriéndose a la alegación sobre la existencia del grupo empresarial por “los esenciales defectos procesales advertidos en la formulación del referido motivo (y dado que tampoco se había intentando por la parte recurrente integrar los hechos declarados probados de la sentencia de instancia sobre tal extremo)”. Esta sería ya la tesis que cabe deducir del apartado 1 del fundamento jurídico segundo y que hubiera bastado para desestimar el recurso, pero la Sala no se detiene aquí, sino que entra a resolver sobre el fondo en el apartado 4 del citado fundamento jurídico, de forma “incongruente” a juicio de los defensores del voto particular.

A partir de esta tesis de incongruencia de la decisión de la mayoría entrando a resolver sobre la pretendida existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, desestimada con los argumentos más arriba expuestos, se formulan en el voto una serie de

“reflexiones” sobre quién debe considerarse que es el auténtico empresario en casos como el que nos ocupa, pero sin que se entre directamente en el mismo. Con una exquisita elegancia jurídica, y a veces tengo la sensación de que estamos más ante unos juegos florales que no ante una sentencia, el voto expone en primer término que “Para no incurrir en el que entiendo vicio procesal cometido en la sentencia de casación, no se va a argumentar en este voto sobre la posible responsabilidad solidaria, junto con la directa empleadora, de al menos alguna de las sociedades codemandadas, aunque no llegaran a constituir grupo empresarial a los efectos jurídico-laborales”.

Dicho en otros términos, el voto trata de aportar su doctrina, al igual que lo ha hecho la sentencia, sobre quién debería ser considerado empresario real en un caso como el enjuiciado, dando por sentado que se trata de una importante cuestión jurídica, y efectivamente así es a mi parecer, que se planteará en nuevas sentencias (dicho sea incidentalmente, el debate aquí suscitado me recuerda el habido en la [sentencia dictada el 20 de septiembre en el caso CELSAATLANTIC](#) y las fuertes polémicas entre la sentencia y el voto particular tanto sobre los hechos probados de la sentencia de instancia como sobre los criterios de valoración de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Se trataría de determinar, pues, y se destaca en letra negrita en el voto, “quien sea el verdadero empresario de los trabajadores afectados por el despido colectivo”, partiendo de los conceptos de trabajador y empresario recogidos en los arts. 1 y 2 de la LET, así como también del relativo a cómo determinar la existencia de un contrato de trabajo, previsto en el art. 8 de la misma norma.

¿A dónde quiere llegar el voto particular en esta “reflexión” general que se parece mucho al supuesto abordado en la sentencia? Pues a determinar a favor de quién redundan los beneficios del trabajo prestado y por lo que debería asumir la condición de empleador real. El voto destaca, y otras vez con letra negrita, que “puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquéllas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa”. En tales casos no hay confusión de plantillas, pero el trabajador puede prestar sus servicios “a favor de todos los integrantes de una empresa troceada o dividida en partes”, encontrándonos ante un supuesto en el que un trabajador está contratado por una empresa pero realiza su actividad “de modo simultáneo e indiferenciado a favor de los integrantes de la única empresa real, lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de dirección y organización que, como definitorios de la relación laboral, enuncia el citado art. 1.1 ET”.

Podríamos estar en definitiva, concluye esta peculiar, y muy interesante “reflexión general”, ante un supuesto de interposición laboral, con un empresario aparente y otro real, con independencia de la existencia o no de un grupo de empresas, de tal manera que la resolución del caso “quizá podría haber sido otra distinta” si se hubieran adoptado las medidas necesarias para determinar quien podría ser el auténtico empresario. No son juegos florales ciertamente, aunque haya hecho mención anteriormente a la elegancia del voto particular, sino que detrás hay un importante debate jurídico sobre el concepto de empleador real, algo que sin duda podrá volver a suscitarse, y esta vez de forma mucho más correcta que en el actual caso, en sentencias posteriores que deban dictarse por el alto tribunal.

## **8. Sentencia del TS de 26 de diciembre de 2013.**

1. La [Revista Jurisdicción Social de Jueces para la Democracia](#), dirigida por el magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Miquel Àngel Falguera, ha publicado en su número de enero de este año, “recién salido del horno”, la octava sentencia (al menos hasta donde mi conocimiento alcanza) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de procedimiento de despido colectivo y con aplicación de la normativa vigente a partir de la reforma laboral del actual gobierno, primero el [Real Decreto-Ley 3/2012](#) y después la [Ley 3/2012](#), con las posteriores modificaciones operadas por el [RDL 11/2013](#) (sin olvidar, obviamente, el desarrollo reglamentario por [Real Decreto 1483/2012](#)). La síntesis oficial de dicha sentencia es la siguiente: “Despido colectivo de la Sociedad SODERCAN. Existencia de acuerdo en el periodo de consultas. Ejercicio de la acción por la empresa para declarar ajustada a derecho la decisión extintiva. Entrada en el proceso como intervinientes litisconsociales de determinados trabajadores. Inadecuación del procedimiento colectivo del art. 124 de la [LRJS](#) cuando no hay ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo”. Por su parte, el titular de la Revista es el siguiente: “El TS pone límites a la acción de jactancia en despidos colectivos, limitándola a aquellos supuestos en los que concurra oposición al despido”. Los orígenes de la acción de jactancia se encuentran en la ley 46, título II, partida tercera de la [ley de Partidas de Alfonso X el Sabio](#).

Se trata de la sentencia de 26 de diciembre de 2013, de la que ha sido ponente el magistrado Aurelio Desdentado y que cuenta con un voto particular de la magistrada Lourdes Arastey. El objeto de esta entrada es el de realizar un comentario sobre dicha sentencia, no sin antes agradecer a la Revista Jurisdicción Social, y obviamente y de forma muy especial a su director Miquel Àngel Falguera, que ponga a disposición de todas las personas interesadas sentencias de indudable interés e importancia, y que lo haga con bastante antelación en más de una ocasión a la publicación de dichas resoluciones judiciales en la base de datos del CENDOJ. Cuando redacto esta entrada aún no está publicada en la página web de JpD el número de la revista de enero de 2014, pero a buen seguro que lo estará a partir de la próxima semana.

2. En definitiva, se trata de la primera sentencia en la que el TS debe pronunciarse sobre la autodemanda empresarial incorporada a la normativa procesal laboral por la modificación introducida por la Ley 3/2012 en el art. 124.3 de la Ley 36/2011, ya que el RDL 3/2012 no contenía modificación alguna en este punto concreto. Tal como recuerda el presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, Rubén Tamames, en su artículo [“Los imprecisos contornos de unanovedad procesal. La demanda promovida por el empresario en el proceso de despido colectivo \(art. 124.3 de la Ley Reguladora Social\)”](#), dicha modificación normativa encuentra su razón de ser en “la enmienda número 626, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, al texto del Proyecto de Ley resultante del RDL 3/2012”. En mi comentario a las enmiendas presentadas por el grupo popular del Congreso de los Diputados al proyecto de ley resultante de la tramitación parlamentaria del RDL 3/2012 manifesté que “se atribuye al sujeto empleador la posibilidad de impugnar su propia decisión cuando no lo haya hecho la autoridad laboral o los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, supongo que al objeto de obtener una resolución que surta efecto de cosa juzgada sobre hipotéticas acciones de demandas individuales por parte de los trabajadores contra dicha decisión empresarial”. No pude decir nada más sobre la enmienda ya que la justificación del grupo popular, aunque utilizar aquí la palabra justificación daña a quienes deseen hacer un buen uso de la misma y de lo que supone, fue pura y simplemente que se trataba de “una mejora técnica”, y nada más porque no se debatió sobre esta enmienda

en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados que conoció del proyecto de ley con competencia legislativa plena.

Dicho art. 124.3 dispone lo siguiente: “Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 o por la Autoridad Laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de esta Ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores, y la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta ley”.

3. La pregunta que nos debemos hacer antes de analizar los contenidos más destacados de la sentencia del TS es la siguiente: ¿se ha utilizado en muchas ocasiones la vía abierta para la parte empresarial por el art. 124.3 de la LRJS? La respuesta es que su utilización ha sido muy escasa. He consultado en mi blog los comentarios que he ido efectuando a las sentencias dictadas por la AN y los TSJ y aquí está un resumen de aquellas en la que se ha sido objeto de debate, con la mención de que justamente la primera que se dictó fue la sentencia del TSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 y de la que ha conocido el TS en recurso de casación, si bien dejo mi explicación para el final al objeto de enlazarla con el análisis de la sentencia del TS.

A) La [sentencia del TSJ de Extremadura de 25 de octubre de 2012](#) fue la segunda en pronunciarse en un conflicto en el que la parte demandante era la propia empresa que presentó el ERE. Se trataba de una empresa que ocupaba a 19 trabajadores, con un delegado de personal como representante de todos ellos al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LET. Según los hechos declarados probados, la empresa comunicó a dicho delegado el inicio del período de consultas del ERE el 3 de agosto, cumpliendo con todos los requisitos legales previstos en la normativa legal y reglamentaria de información a la autoridad administrativa laboral, y tres días más tarde, ambas partes suscribieron un “acta de inicio y fin del período de consultas del expediente del despido colectivo”.

Con respecto a dicho acuerdo, el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social constató la no existencia de dolo, coacción, abuso de derecho o fraude de ley en el acuerdo alcanzado entre las partes, “sino tan sólo no prolongar la situación de agonía económica que atraviesa (la empresa)”, finalidad permitida por la ley según el TSJ, con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Supremo (fundamento jurídico tercero).

La sentencia centra su atención en el cumplimiento por parte de la empresa de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LET, es decir en la existencia de causa que justifique el ERE, en concreto la causa económica. Pues bien, la empresa, del sector de industrias cárnicas, acredita pérdidas en año 2011 y declara pérdidas en el primer semestre de 2012, hasta poco antes de presentar el ERE, aún cuando tuvo beneficios en 2009 y 2010, y justifica el ERE por la imposibilidad de mantener la vida de la empresa tanto por las pérdidas económicas acreditadas como por la crisis económica general y del sector en particular. La Sala se acoge a la redacción literal del precepto, y a la interpretación que el TS realizó en su momento sobre la justificación del despido objetivo por causas económicas en la sentencia de 29 de septiembre de 2008 (que remite a una anterior de 14 de junio de 1996), doctrina que considera “perfectamente aplicable



al despido colectivo”, para aceptar la argumentación empresarial de pérdidas económicas actuales y previstas, añadiendo por su parte que la situación de la empresa “no es fácil que mejore ante la situación general de crisis económica, que es particularmente aguda en el sector de la actividad a la que se dedica la empresa”, con mención añadida a las deudas ya contraídas, recogidas en el antecedente tercero como hecho probado, “que han ido aumentando también en esos tres años anteriores”.

La Sala también considera que se han cumplido por parte de la empresa los requisitos formales del ERE (art. 51.2 LET), y efectivamente no parece, al menos formalmente, que haya habido incumplimientos, apoyándose también en el informe de la ITSS al que me he referido con anterioridad. Cuestión distinta es cómo se valore del acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores en una única reunión celebrada sólo tres días más tardes de la entrega de la documentación, y el grado de conocimiento que tiene dicha representación para llegar tan rápidamente a dicho acuerdo, pero en este caso nos hemos de ajustar a aquello que dice el informe de la ITSS.

B) La [sentencia de 6 de marzo de la AN](#) versa sobre la demanda presentada por la empresa Securitas Seguridad España SA, solicitando que se declarara conforme a derecho su despido colectivo. Las partes demandadas, los sindicatos USO, UGT, CC OO y CSI-F, admitieron expresamente los hechos recogidos en la demanda y solicitaron una sentencia ajustada a derecho. O dicho de otra forma, la Sala conoció de un conflicto sin conflictividad, una demanda formalmente dirigida contra unos demandados, si bien estos estaban de acuerdo con la demandante. No deja de ser un ejemplo claro de lo que acabo de decir, que en los antecedentes de hecho, y al referirse la sentencia a las manifestaciones del sindicato UGT demandado en el juicio, se exponga que este “admitió los hechos de la demanda y solicitó una sentencia ajustada a derecho, puesto que la empresa demandada cumplió el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET y acreditó la concurrencia de causas, destacando, en cualquier caso, que hubo negociación efectiva, puesto que se redujeron los despidos de 660 a 330 trabajadores y se mejoraron significativamente las indemnizaciones, que pasaron de 20 a 33 días por año”. En este enlace de la Federación de trabajadores de seguridad privada Uso Canarias pueden leerse todas las actas del período de consulta y los acuerdos adoptados.

El período de consultas se llevó a cabo por la empresa con las secciones sindicales de los cuatro sindicatos antes citados, que sumaban más del 85 % del total de representantes, y que al amparo de la normativa vigente adoptaron la decisión de ser ellas quienes asumieran la representación de los trabajadores en el proceso negociador del ERE. Queda constancia en los hechos probados de toda la documentación presentada por la empresa y de la celebración de varias reuniones durante el período de consultas, que concluyeron con acuerdo suscrito el 3 de diciembre. Igualmente, y a efectos formales, queda también debida constancia de que el acuerdo no fue impugnado ni por la comisión negociadora ni por la autoridad laboral, o dicho de otra forma, la Sala constató el respeto a los plazos previstos por el artículo 124.3 de la LRJS, es decir la interposición de la demanda por la parte empresarial una vez transcurrido el plazo de caducidad para su presentación por la representación de los trabajadores, o en el supuesto de no haberla presentado de oficio la autoridad administrativa laboral (art. 148 b LRJS). Por fin, en el hecho probado undécimo se explica con mucha claridad el “deterioro de la actividad empresarial”, basado en el descenso continuado de ingresos, el incremento constante de costes salariales y la rotación negativa de la cartera de clientes, y recuerdo una vez más que no hubo discrepancia sobre la parte demandante y demandadas respecto a estos hechos, o por decirlo con las palabras de la sentencia

(fundamento jurídico segundo) se trató de “hechos no controvertidos... que fueron reconocidos de contrario”.

La sentencia estimó la demanda y declaró “justificado el despido colectivo decidido por dicha mercantil”, y condenando a las demandadas “a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos”. Con rigurosidad formal y tras constatar que no se había impugnado el ERE por otros sujetos legitimados para ello, tal como he apuntado con anterioridad, explica que se respetaron por parte de la empresa las obligaciones que establece el art. 51 de la LET y los arts. 4 y 5 del RD 1483/2012; es decir, hubo período de consultas con representantes de los trabajadores, propuestas y contrapropuestas en esa fase, y suscripción final de un acuerdo “fructífero” ya que se redujo el número de despedidos y se incrementó el montante económico de las indemnizaciones, y de ahí que la Sala considere que la empresa demandada “cumplió escrupulosamente el período de consultas exigido por el art. 51.2 ET”.

En la misma línea de aceptación de la tesis empresarial, la Sala consideró probadas las razones económicas aducidas para presentar el ERE, y las razones organizativas para su presentación que guardan relación, lógica consecuencia de lo anterior, con una plantilla “muy superior a la necesidad de demanda empresarial”, concluyendo que existe tal causa “al ser impensable que una empresa, cuyo volumen de negocio e ingresos se ha reducido geométricamente en un contexto recesivo, mantenga la totalidad de su plantilla, planificara para períodos expansivos”.

C) También es de interés la [sentencia dictada por el TSJ de Canarias el 31 de julio de 2013](#), de la que fue ponente el magistrado Humberto Guadalupe. La parte demandante es el Patronato del Parador de Turismo de la Isla de Fuerteventura, y como parte demandada la representante de los trabajadores y el Cabildo Insular.

El conflicto encuentra su origen en la decisión del Patronato, de 8 de febrero, de iniciar la tramitación de un procedimiento de despido colectivo que afectaría a la totalidad de la plantilla. La razón aducida fue la importante reducción operada en el Presupuesto 2013 del Cabildo como aportación al Patronato, que quedó en 100.000 euros, un 76,24 % menos que el presupuesto de 2012. La tramitación del período de consultas finalizó sin acuerdo, y en los hechos probados de la sentencia se recogen de forma detallada las propuestas de las partes durante la negociación. Igualmente es destacable el contenido del hecho probado vigésimo séptimo, en el que se afirma que “Durante los años 2008 a 2012 la gestión del Parador ha sido altamente deficitaria, de tal forma que el Cabildo ha tenido que aportar año tras año en torno a un 60% de la totalidad de los derechos económicos, equilibrando así los desfases económicos en la gestión del Hotel (informe de la intervención citado).

La petición de la demandante (autodemanda) se concreta la pretensión de que se declare a derecho el despido colectivo que afectó a toda la plantilla. La representación de los trabajadores, que no hizo uso de la posibilidad jurídica ofrecida por el mismo art. 124 LRJS de impugnar la decisión vía interposición de la correspondiente demanda, sí se opone ahora a la petición empresarial (hasta donde mi conocimiento alcanza de las sentencias en las que se ha presentado una autodemanda empresarial es la primera en que no hubo acuerdo previo con la representación de los trabajadores), con alegación de incumplimiento de requisitos formales.

a) El Cabildo alegó falta de legitimación pasiva, al no tratarse de trabajadores del mismo. La Sala rechaza este planteamiento, aunque lo haga al final de la sentencia y

después de entrar en el examen de las alegaciones de forma y de fondo de la parte empresarial autodemanda, por entender que, efectivamente, no tiene responsabilidad en los despidos, “pero en todo caso tiene legitimación "ad procesum" pues la parte afectada le imputa responsabilidad, y de prosperar tal planteamiento estaría afectada por el pronunciamiento de la sentencia, lo que obliga a llamarla a la litis sin perjuicio de absolverla a la vista de los razonamientos antes expuestos”.

b) La Sala rechaza la alegación de falta de buena fe negocial por parte empresarial y de incumplimiento de entrega de documentación obligatoria, ya que a su parecer ha quedado debidamente probado que ha existido un auténtico período de consultas y se ha entregado la documentación a que estaba obligada la empresa, poniéndola a disposición de la parte trabajadora para que pudiera desarrollarse correctamente la negociación durante el período de consultas.

Igualmente, se desestima la petición de nulidad por entender la parte trabajadora que la negociación debió llevarse a cabo con el Cabildo por ser el personal despedido trabajadores del mismo, siendo además la cuestión planteada en la demanda y no durante el período de negociación. Ante el planteamiento de una posible única empresa esta tesis es desmontada por la Sala que razona tanto que la parte demandada “no ha hecho prueba alguna de entidad para acreditar que existe la confusión patrimonial y de plantilla que permitirían afirmar la existencia de grupo empresarial patológica”, como que no hay ningún dato que permita afirmar que los trabajadores del Parador lo son también del Cabildo, por lo que “La relación que existe entre Cabildo y Patronato es la que resulta del hecho de ser este un organismo autónomo de aquél que debe fiscalizarlo por imposición de la Ley. No hay más datos que permitan afirmar que los trabajadores del Patronato lo son también del Cabildo, lo que, además, excluye el propio art. 19 de los Estatutos de aquél cuando dispone: "La prestación de servicios laborales en el Patronato no generará derecho alguno para la adquisición de la condición de funcionario del Cabildo ni de personal laboral fijo del mismo..". No hay pues confusión de plantilla, perteneciendo los trabajadores al Patronato al serlo del Parador, donde prestan sus servicios ininterrumpidos desde hace como mínimo 22 años el trabajador con menos antigüedad y 43 años el que tiene más antigüedad”.

c) En cuanto a las alegaciones de fondo, que el Parador “nunca funcionó como Hotel Escuela, pese a ser ese el objeto según los Estatutos”, la Sala considera que este argumento no tiene ninguna relevancia para resolver el litigio, ya que aquello que importa es la existencia o no de causa económica, afirmando de forma crítica hacia la parte demandada que desde 1999 “nadie ha cuestionado el funcionamiento ni la finalidad de dicho Parador, y los primeros que no lo han cuestionado son los trabajadores, ni sus representantes que han conocido desde siempre los problemas económicos del Parador, que resultaba de la baja ocupación del mismo”.

La Sala es del parecer, y aquí aparece nuevamente la importancia de la normativa sobre estabilidad presupuestaria que como continuación de los problemas económicos de los años anteriores, “en el año 2013, la gestión económica sigue siendo deficitaria, y a ello se añade que el Cabildo, en el marco de la Ley de estabilidad presupuestaria prácticamente suprime su aportación lo que hace inviable la empresa que ya lo era pero que sobrevivía a base de las aportaciones anuales del Cabildo”. Por consiguiente, estima debidamente probada la existencia de la causa económica alegada para proceder a los despidos.

D) La [sentencia dictada el 20 de diciembre de 2013 por la AN](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, es la primera, de las que tengo conocimiento, en que se desestima la pretensión de la parte empresarial autodemandante, esto es que se reconozca que la decisión de extinción de los contratos de trabajo fue ajustada a derecho. Otro interés añadido del caso radica en las discrepancias claramente existentes entre los demandados, todos los trabajadores de la empresa, ya que diez manifestaron su oposición a la demanda y siete se allanaron a la misma.

Prestemos atención en primer lugar a los antecedentes de hecho. La demanda se interpone el 24 de septiembre y va dirigida contra diecisiete trabajadores y el FOGASA, siendo la razón de ir dirigida contra todos los trabajadores y no contra una representación unitaria o sindical el que todos ellos participaron en la negociación durante el período de consultas. La autodemandante solicita que la Sala dicte sentencia con declaración de que el despido colectivo del personal de la plantilla fue ajustado a derecho. En el acto del juicio, celebrado el 19 de diciembre y previo intento fallido de conciliación, la empresa argumentó que se había negociado con todos los trabajadores porque estos “se negaron a elegir representantes ad hoc”, y que fue imposible el acuerdo con ellos aunque no pusieran en cuestión la concurrencia de las causas económicas y productivas alegadas por la empresa.

Por la parte demandada, como ya he dicho, siete trabajadores se allanaron a la demanda, mientras que otros diez manifestaron su oposición a la misma y expusieron que se había incumplido la normativa reguladora de la representación de los trabajadores en un procedimiento de despido colectivo, con cita de los arts. 51.2 y 41.4 de la LET y arts. 1 y 2 de la Directiva UE de 1998 sobre despidos colectivos, considerando que el cumplimiento de estas reglas era “de orden público”. Negaron también la existencia de una situación económica negativa de la empresa y explicaron que un ERTE anterior presentado por la empresa había sido anulado por varias sentencias de juzgados de lo social de Albacete (queda recogido este dato en el hecho probado segundo).

En cuanto a los hechos probados, y por lo que interesa a mi explicación, es necesario dejar constancia en primer lugar de la inexistencia de representantes unitarios; en segundo término, del inicio de tramitación de un procedimiento de despido colectivo el 19 de julio, con comunicación remitida por la empresa a todos los trabajadores en la que “se les invitó a participar en un período de consultas, que se llevaría a cabo desde el 22-07 al 5-08-2013”, adjuntando a cada carta la documentación económica necesaria para poder justificar su propuesta; en tercer lugar, es importante destacar que en la primera reunión celebrada entre la dirección de la empresa y todos los trabajadores, esta les informa de la posibilidad de elegir una comisión representativa ad hoc, siendo rechazada esta posibilidad por todos ellos, quedando constancia en el hecho probado quinto de que la empresa nos les informó “de las consecuencia de la falta de elección de representantes”; en las posteriores tres reuniones participaron todos los trabajadores (salvo uno por razones familiares), junto con una asesora del sindicato FECOMA-CCOO en la segunda reunión. La última propuesta de la empresa durante el período de consultas fue rechazada por nueve votos en contra y ocho a favor.

El debate jurídico se centra, como puede fácilmente comprenderse tras esta síntesis que he efectuado de los antecedentes y hechos probados, en determinar si se ha cumplido la normativa reguladora de la representación de los trabajadores, y en caso de no haberse cumplido qué consecuencias puede tener sobre los despidos llevados a cabo por la empresa.

La Sala, en el fundamento jurídico tercero, recuerda cuál es la normativa aplicable al respecto, en la que se insiste en la referencia a “la representación de los trabajadores”: art. 51.2 de la LET (en relación con el art. 2 de la Directiva 1998/59/CE), art. 41.4 de la misma norma (designación de representantes cuando no existan en la empresa o centro de trabajo) y, en estrecha relación con el anterior precepto, art. 26.3 del RD 1483/2012. Importa aquí recordar, y así lo hace también la sentencia, que debe haber representación (sindical, unitaria o ad hoc) en todo procedimiento de despido colectivo, que la no designación de representantes ad hoc cuando no hubiere representantes sindicales o unitarios, una vez transcurrido el período de cinco días desde el inicio del período de consultas, no supone su paralización, y que la empresa es la que debe informar a los trabajadores de la posibilidad de elegir a sus representantes y también de que, en caso de no hacerlo, esta circunstancia “no impedirá la continuación del procedimiento”.

Dada la claridad de los textos normativos referenciados, y de la insistencia de todos ellos en referirse a la presencia de una “representación de los trabajadores” (terminología también utilizada en la Directiva de la UE), la Sala concluye, con pleno acierto a mi parecer, que “que los trabajadores, afectados por el despido, no pueden disponer de ese requisito, ni están legitimados para negociar directamente el período de consultas, porque la Directiva 1998/59/CE, así como los arts. 51.2 y 41.4 ET, que la trasponen a nuestro ordenamiento, dejan perfectamente claro que la negociación del período de consultas debe realizarse con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados”.

Es decir, la negociación estuvo viciada desde su inicio por no existir representación de la parte trabajadora, no siendo aceptable la decisión de los trabajadores de querer participar todos conjuntamente en el proceso negociador, porque esa decisión no estaba en la esfera de su poder de disposición, ya que, vuelve a insistir la Sala, “la negociación del período de consultas de los despidos colectivos está regulada legal y reglamentariamente de modo preciso para que se negocie con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados directamente”. A este argumento cabe añadir, y también me parece muy relevante, el incumplimiento empresarial de informar a los trabajadores sobre las consecuencias de su decisión, pues le correspondía sólo a ella, y no a la representación sindical que participó en una fase del proceso negociador, esa obligación. Por decirlo con las propias palabras de la sentencia, la tramitación del período de consultas no se ajustó a lo dispuesto en el art. 51.2 de la LET, “sin que dicha conclusión pueda enervarse, porque acudiera a las reuniones una asesora de CCOO, porque dicho sindicato no negoció como tal el período de consultas, ni le competía informar a los trabajadores sobre las consecuencias jurídicas de no proceder a elegir la comisión ad hoc, en tanto que dicha obligación correspondía exclusivamente a la empresa”.

La consecuencia de tal incumplimiento lleva a desestimar la petición de la autodemanda, ya que el art. 124.11 de la LRJS dispone que “Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida”, y dado que se ha infringido el art. 51.2 de la LET no puede accederse a la petición formulada en la demanda. El allanamiento de varios de los demandados no puede servir en esta ocasión para dar satisfacción a la petición de la demandante, recordando la Sala que el art. 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita que así sea salvo que el allanamiento “se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y

seguirá el proceso adelante”, y dada la indisponibilidad del requisito de los criterios para determinar la representación de los trabajadores en el período de consultas, este se configura (ex art. 51.2 LET y 26.3 RD 1483/2012) “de orden público, por lo que la negociación del período de consultas seguido con los trabajadores afectados, se produjo en fraude de ley”.

D) Entro ya en el comentario de la [sentencia dictada el 26 de septiembre de 2012 por el TSJ de Cantabria](#), asunto SODERCAN, con petición empresarial aceptada de que su ERE se considerara ajustado a derecho, ya que se estimó la demanda y se declaró “ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por la empresa, previo acuerdo con los legales representantes de los trabajadores, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración”.

La sentencia tiene particular interés por una cuestión de índole procesal. Se trata de determinar, y lo hace en sentido afirmativo, la admisión como demandados de algunos trabajadores afectados por el ERE. La Sala entiende que se trata de una demanda formulada por la empresa, tras acuerdo en el período de consultas con la representación de los trabajadores y que la medida no ha sido impugnada por los no firmantes. Con una interpretación ciertamente bastante amplia a mi parecer del artículo 17.1 de la LRJS, y trayendo a colación el art. 13 de la LEC se considera que los trabajadores que han solicitado personarse en la causa “son terceros para los que no está expresamente prevista una intervención principal, pero que sin embargo ostentan un interés legítimo en relación al mismo, en los términos del art. 17.1 LRJS”. Ciertamente, de acogerse esta tesis por otros tribunales, se posibilitaría que trabajadores afectados por el ERE puedan personarse y ser reconocidos como terceros en el proceso, algo que a buen seguro se puede producir en todos aquellos supuestos en los que exista acuerdo entre empresa y representación del personal.

La sentencia afirma que los trabajadores personados tienen un interés legítimo, porque la sentencia que se dicta en este proceso va a producir efecto de cosa juzgada en las impugnaciones individuales, “lo que puede provocar una efectiva indefensión material, desde la perspectiva de la eventual falta de contradicción”, pero no resuelve la duda, a mi parecer, de cómo cohonstar la existencia de un proceso de carácter colectivo en el que deben participar sujetos colectivos con la posibilidad de participación de sujetos individuales.

Por lo demás, la Sala considera debidamente probado y acreditado tanto el cumplimiento de los requisitos de forma como las razones económicas (disminución importante de la aportación presupuestaria del gobierno cántabro) alegadas por la empresa, aunque se echa en falta alguna referencia a la Directiva de 1998 de la UE. Para la Sala no hay grupo de empresas a efectos laborales, ya que del conjunto de las pruebas prácticas sólo observa elementos indiciarios atenuados de unidad de dirección, “sin que se observe ningún elemento más, como confusión patrimonial o plantilla única de trabajadores”. Sobre la normativa aplicable, y la posibilidad de presentar ERES para el personal al servicio de las AA PP, la Sala realiza un examen de las resoluciones judiciales anteriores a la reforma de 2012, destacando que iban referidas a la AA PP en sentido estricto y que quedaban al margen, por ejemplo, “las sociedades mercantiles de mayoritaria participación pública”, pero que ahora hay que estar a la nueva redacción de la disposición adicional segunda de la reforma laboral, entendiéndose por la Sala que la concreta delimitación del sector público “ha de adecuarse a lo dispuesto en el art. 2.1 y 2 de la ...Ley de Contratos del Sector Público”.

Respecto a la calificación de la decisión extintiva, interesa destacar, con independencia de la aceptación de la tesis de la empresa, que la reforma laboral (se cita el RDL 3/2012, pero la misma definición se encuentra en la Ley 3/2012) “deja subsistente únicamente la acreditación de la causa alegada, pero suprime cualquier referencia a la viabilidad empresarial o a la capacidad para mantener el volumen de empleo, así como a la conexión funcional”, y de la documentación aportada por la empresa la Sala concluye que la situación económica negativa ha quedado acreditada, no considerando de interés para el supuesto planteado que se hayan reducido las pérdidas económicas en el ejercicio económico de 2011 con respecto al de años anteriores.

En fin, donde se comprueba con toda claridad el impacto de la reforma laboral en el sector público, no sólo de la normativa laboral sino de los Reales Decretos-Leyes sobre ajustes económicos en el mismo, es la afirmación de la Sala de que la medida adoptada por la empresa, además de cooperar a la mejora de la situación económica negativa, “se inserta en el marco de los compromisos adoptados por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, que incluyen un plan de reducción y redimensionamiento del sector público empresarial, en el que se evidencia la necesidad de realizar procesos de reducción de plantillas a fin de lograr una significativa cifra de ahorro y que, en concreto,, para la entidad SODERCAN, contemplaban la necesidad de conseguir un ahorro en costes de personal, de 1.370.000 euros.

4. Paso al comentario de la [sentencia del TS de 26 de diciembre de 2013](#), que da debida respuesta a dos recursos de casación interpuestos por trabajadores de SODERCAN que habían intervenido en calidad de demandados, tras haber sido aceptada su personación en el proceso instado ante el TSJ cántabro.

A) En el fundamento segundo de la sentencia de instancia se recuerda que el art. 124.3 de la LRJS no regula la participación de los trabajadores afectados por los despidos en el proceso instado por la parte empresarial, pero admite, como ya he indicado, su intervención al amparo del art. 13 de la LEC, que versa sobre la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, y que dispone en su número 1 que “Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos”, por entender el TSJ cántabro que dicho precepto es supletoriamente de aplicación al proceso laboral. Por consiguiente, y este es el punto concreto del razonamiento jurídico de la Sala que deseo resaltar, ya que será rechazado por el TS, “debe entenderse que los mismos, tienen la condición de terceros, no originariamente demandados, ya que han solicitado una intervención voluntaria en el proceso y consta que, en este concreto supuesto, ostentan un interés legítimo, pues la sentencia que se dicte, va a producir efecto de cosa juzgada en las impugnaciones individuales, lo que puede provocar una efectiva indefensión material, desde la perspectiva de la eventual falta de contradicción”. La Sala enfatiza también, frente a la alegación empresarial de “la falta de capacidad para intervenir, de los trabajadores individualmente considerados”, ya que los mismos “ostentan un interés legítimo, en términos del art. 17 LRJS y como tales, están legitimados pasivamente, en este concreto supuesto, en el que, reiteramos, no ha existido impugnación por parte de la representación legal de los trabajadores, ni de la sindical, siendo la empresa la que, al amparo del apartado tercero del art. 124 LRJS, ha solicitado que se declare judicialmente que la decisión extintiva adoptada, es ajustada a derecho”.

Sobre la aceptación de los trabajadores, individualmente considerados, en el proceso de despido colectivo instado por SODERCAN, recuerdo ahora la valoración positiva que efectuó el [responsable del sector de empresas públicas de la Federación de Servicios a la Ciudadanía \(FSC\) de Comisiones Obreras, Carmelo Renedo](#), para quien la decisión del TSJC "no solo es importante" para el devenir de este proceso judicial, sino sobre todo porque "marca unas directrices jurídicas claras para evitar en lo sucesivo que los trabajadores no puedan defenderse individualmente en los procesos pendientes aún de resolver contra los ERE presentados en diferentes empresas públicas del Gobierno de Cantabria", concluyendo que "'aunque el expediente de extinción de empleo se cerró con acuerdo, si los representantes legales no presentan impugnaciones colectivas deberían aceptarse las personaciones individuales para evitar así que se produzca una situación efectiva de indefensión material". No es esta en modo alguno la tesis del TS, como se verá a continuación.

A los efectos de mi explicación, no me detengo en el examen de los contenidos de los dos recursos de casación presentados ya que el TS no va a entrar en ellos. La cuestión relevante es la impugnación del recurso por la empresa, y más concretamente su reiteración de la tesis de no tener capacidad los recurrentes, ahora para recurrir la sentencia y antes, como defendió en instancia, para intervenir en el proceso por no poder, a su parecer, personarse a título individual. Es justamente esta cuestión la nuclear sobre la que va a girar toda la fundamentación jurídica del TS, cuestión calificada de "esencial" en el fundamento jurídico segundo, acudiendo la Sala a recordar una lejana sentencia de 19 de abril de 2005 para argumentar que "la Sala tiene que entrar de oficio a pronunciarse sobre todas las implicaciones de esta cuestión al estar en juego los principios de audiencia y contradicción y el derecho a la defensa de los trabajadores afectados".

B) Para entender mejor el litigio planteado no es ocioso, ni mucho menos, recordar que el procedimiento de despido colectivo instado por SODERCAN finalizó con acuerdo tras el obligado período de consultas, estando constituida la parte trabajadora de la comisión negociadora por cinco miembros, tres de UGT y dos de CC OO, siendo uno de los miembros del último sindicato citado el único que se opuso al acuerdo. La demanda se dirigió contra el comité de empresa y contra los cuatro miembros de la comisión que suscribieron el acuerdo, y en el acto del juicio "no hay constancia de que el comité actúe como tal", en cuanto que la representación de dos de sus miembros estuvo a cargo de un letrado y la de los tres restantes miembros a cargo de otro distinto, y siendo el único miembro del comité que se opuso al acuerdo el que ha recurrido la sentencia de instancia (además, repito, de los trabajadores a los que se aceptó su personación como terceros no demandados originariamente).

C) El TS marca claramente de entrada las reglas del juego y avanza de forma muy expresiva cuál va a ser la respuesta que dará a los recursos presentados y a la impugnación de la parte recurrida: no se puede accionar por la vía del proceso de despido colectivo cuando se trata de trabajadores que no son integrantes de la representación de los trabajadores y que no han participado, consiguientemente, en el período de consultas; o por decirlo de otra forma no hay un conflicto colectivo del que pueda conocer el Tribunal y existen problemas sobre la falta de legitimación activa y pasiva de las partes ahora recurrente y recurrida que le llevan a declarar, sin entrar, repito, en el conocimiento de los motivos de casación alegados por los recurrentes, que la vía procesal seguida en estas actuaciones, la fijada por el art. 124.3 de la LRJS es inadecuada jurídicamente hablando, por lo que anula la sentencia de instancia y advierte



a las partes “que resulten legitimadas para ello”, que “en su caso pueden ejercitar sus pretensiones y resistencias a través de la modalidad de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas ante el Juzgado de lo Social que resulte competente”. Si nos vamos al análisis del art. 124 de la LRJS, y a las reglas de legitimación activa y pasiva en el proceso de despido colectivo por lo que respecta a la parte trabajadora, el núm. 1 permite la impugnación de la decisión empresarial “por los representantes legales de los trabajadores”, y también “por los representantes sindicales”, siempre y cuando estos últimos tengan “implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”, mientras que el núm. 3, relativo a la auodemanda empresarial, reconoce la legitimación pasiva de “los representantes legales de los trabajadores”; de ahí que el TS afirme, con criterio que comparto, que estamos en presencia de una modalidad procesal, la del art. 124.3, que no es sino una variante del proceso colectivo, y que en estos “no es posible la entrada de trabajadores individuales”, criterio que “se ha mantenido de forma uniforme por la jurisprudencia y la doctrina científica”, trayendo a colación en apoyo de su tesis varias sentencias de la propia Sala en las que se insiste que un proceso de conflicto colectivo “sólo pueden figurar como demandantes o demandados sujetos colectivos”.

Especialmente interesante resulta el apoyo de la tesis del TS en la [sentencia núm. 12/2009 de 12 de enero](#), del Tribunal Constitucional, de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> Emilia Casas, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, y en la que debe conocerse del recurso de amparo de un trabajador individual que entendió que se vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva por habersele negado el derecho a ser parte en un proceso de conflicto colectivo, considerando que hubiera debido poder ser parte ya que era objeto de impugnación la convocatoria de una plaza en la que participaba. El TC pasa revista a la modalidad procesal de conflicto colectivo, entonces regulada en el art. 1511 de la Ley de Procedimiento Laboral y también a la doctrina jurisprudencial del TS para recordar los dos elementos, uno de carácter subjetivo y otro de tipo objetivo, que van a definir “las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo”, es decir la afectación a un grupo genérico de trabajadores y la existencia de un interés general, concretando que “el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores”, por lo que, como ocurrió en el caso concreto enjuiciado, el interés controvertido “no será el individual de cada integrante del grupo, sino el del grupo mismo, indiferentemente considerado”.

Para el TC, en tesis que se mantiene perfectamente válida a mi parecer en la LRJS, tomando en consideración tanto la regulación legal (de 2009, es decir la LPL) como la interpretación jurisprudencial constante, “no cabe duda... de que (en el proceso de conflicto colectivo).. sólo pueden figurar como demandantes o demandados sujetos colectivos o de dimensión colectiva, incluyéndose al empresario...”, “pero no los trabajadores”, añadirá pedagógicamente el TS en su sentencia de 26 de diciembre. Para el TC, la exclusión de la legitimación activa o pasiva de los trabajadores individuales deriva “...de la propia naturaleza colectiva de los intereses sobre los que versa el procedimiento y es compatible con la tutela del interés individual a través del proceso ordinario...”, por lo que si la pretensión formulada hubiera excedido del ámbito material del procedimiento (y justamente es esto lo que ocurrirá en el asunto SODERCAN) la consecuencia, razona acertadamente el TC, “no podría ser nunca la de imponer una ampliación de la legitimación pasiva contraria al objeto y naturaleza del

procedimiento de referencia, sino la de declarar, en su caso, la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo”. No hay en definitiva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando se deniega a un trabajador individualmente considerado la personación en un proceso de conflicto colectivo (siendo el del despido colectivo una variante del general) ya que puede accionar ante los juzgados y tribunales por otras vías jurisdiccionales de defensa “en atención a las propias exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva”, que es justamente lo que podrán hacer en su caso los trabajadores recurrentes en casación contra la sentencia del TSJ de Cantabria, por tener la vía abierta por el art. 124. 13 de la LRJS para la presentación de demanda por extinción por causas objetivas del contrato de trabajo.

Por concluir esta referencia a la sentencia del TC, que hace suya el TS (al mismo tiempo que el TC fundamenta buena parte de su argumentación en la jurisprudencia del alto tribunal), no hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva “por el mero hecho de que se le haya negado legitimación para intervenir en un procedimiento en el que, por definición, los únicos sujetos legitimados han de ser necesariamente sujetos colectivos, quedando en todo caso abierta la vía del procedimiento ordinario -que no consta que haya intentado- para la tutela de sus derechos e intereses legítimos”.

D) La contundencia jurídica, bien fundamentada y argumentada, de la sentencia va de la mano con una preocupación argumentada a medio camino entre el dato jurídico y el dato social, y que posiblemente la Sala haya querido poner de manifiesto en la primera sentencia que dicta sobre el art. 124.3 de la LRJS, un procedimiento de despido colectivo en el que ciertamente puede no haber contradicción al no oponerse, en su caso, a la autodemanda empresarial la representación legal de los trabajadores, y en efecto así ha ocurrido en alguna sentencia de instancia que he explicado con anterioridad; la Sala manifiesta su preocupación por la posibilidad que, de aceptarse la tesis de la sentencia de instancia, se correría el riesgo de convertir el procedimiento del art. 124 en “procesos plurales masivos”, con riesgo de “desestabilización del proceso”, ya que los trabajadores individualmente considerados “tendrían la posibilidad de cuestionar no sólo su despido, sino también todos los despidos acordados”. La Sala es muy crítica con esta posibilidad y con el hecho de que permitir la personación en los términos de la Sala de instancia provoca “crisis procesales”, exponiendo además dos argumentos que tocan la línea de flotación de la sentencia del TSJ cántabro, ya que la demanda no se dirigió contra los trabajadores individualmente, “sino que su entrada en el proceso se produce espontáneamente” (o más exactamente tras su petición formulada ante la Sala de instancia), y además no podría entrar en juego el art. 19 de la LRJS relativo a la representación común, ya que los trabajadores “... no son demandantes y no han sido demandados, por lo que en principio no pueden ni siquiera organizarse como grupo por la vía del art. 19 LRJS”.

Entiendo que en la sentencia del TS hay una velada (o quizás no tan velada) crítica a la variante de procedimiento de despido colectivo creada por el art. 124.3 de la LRJS, ya que cuando la parte demandada se allane a la demanda o no manifieste oposición expresa no existirá contradicción y además la sentencia que estime la demanda, lo dice con claridad el art. 124.3 “tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta ley”. No sé si eran conscientes los redactores de la enmienda del grupo popular que finalmente se convirtió en ley de la posibilidad de recibir una crítica como la que manifestó inicialmente el TSJ de Cantabria y ahora reitera el TS, con independencia de que los pronunciamientos jurídicos sean diferentes, esto es que la inexistencia de

contradicción y los efectos de la sentencia provoca una situación “extraordinariamente grave, pues se vulnerarían los principios esenciales del proceso... y se crearía para los trabajadores afectados una situación de indefensión”. La diferencia entre el TSJ cántabro y el TS es que el primero pretende salvar dicha situación por la vía de aceptar la personación en el proceso de los trabajadores individuales, mientras que el TS entiende que, además de no tener cobertura en términos de legitimación pasiva, manifiesta que la gravedad de la situación no puede resolverse sin que los trabajadores tengan un completo conocimiento de todo el proceso, y la norma no prevé tal hipótesis ya que sólo contempla que se les notifique la sentencia (art. 124.9 LRJS), por lo que “no hay una garantía plena de que los trabajadores conozcan la existencia del proceso y, desde luego, no conocerán si en el mismo hay o no un sujeto colectivo que se oponga efectivamente a la pretensión de la empresa”.

E) Ya he indicado con anterioridad que el TS rechaza la utilización que hace el TSJ cántabro del art. 13 de la LEC para aceptar la personación de los trabajadores individualmente considerados y que está basada en la disposición final cuarta (“En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil”), y justamente el rechazo deriva de que sí está prevista en la LRJS qué sujetos tienen legitimación activa y pasiva en un proceso de despido colectivo, variante insisto del de conflicto colectivo, o dicho en otros términos cuando el legislador ha regulado una “legitimación colectiva cerrada, como se desprende de los números 1 y 3 del art. 124 LRJS”. Por consiguiente, la posibilidad de acudir a esta modalidad procesal queda vedada para los trabajadores individualmente considerados, y frente a la tesis de la empresa recurrida, en su escrito de impugnación del recurso, relativa a la existencia de impugnaciones individuales que justificarían su interés en una solución general, la Sala argumenta con buen criterio a mi parecer que “esas reclamaciones no pueden justificar una acción colectiva que dejaría al margen a los verdaderos afectados por el conflicto, y la simplificación y la coordinación que se buscan se pueden lograr por medio de la acumulación, sin el coste tan alto que supondría admitir un proceso sin auténtica contradicción o con una entrada masiva de los trabajadores afectados”. Hay, en suma, un desajuste jurídico que impide entrar a conocer del fondo del litigio, ya que el interés real de la pretensión ejercitada por los trabajadores, “el logro de un pronunciamiento sobre la procedencia del despido que se imponga a las reclamaciones individuales frente a éste” no puede accionarse a través de la modalidad procesal elegida, “la modalidad colectiva del art. 124 de la LRJS en la forma especial del número 3 de este artículo”.

F) En el fundamento jurídico tercero se insiste en la argumentación desarrollada en los dos anteriores y me suscita algún comentario, y duda, adicional. Sigue exponiendo la Sala, con buen y razonable criterio, que no puede admitirse la existencia de un proceso de impugnación colectiva del despido “si no existe un sujeto colectivo que se oponga al despido y que esté en condiciones de hacerlo efectivamente en el proceso”. Si no se diera ese requisito de presencia de un sujeto colectivo legitimado pasivamente en el proceso y que además, enfatizo yo ahora, se oponga a la pretensión de la parte demandante de reconocimiento de la conformidad a derecho de su decisión de extinción colectiva de contratos, no existiría en efecto contradicción y aquellos trabajadores que estuvieran disconformes con la decisión adoptada deberían inevitablemente estar a expensas de un litigio en el que no han participado y cuya sentencia tendrá la consideración de cosa juzgada en los hipotéticos litigios individuales que se susciten, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 124.3 y 124.13 b) de la LRJS, más importante aún el último apartado citado del art. 124 a partir de la reforma operada por el RDL 11/2013,

en cuanto que dispone que “La sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores”. O lo que es lo mismo, el art. 124.3 LRJS posibilita, al menos formalmente, que se produzca un litigio sin contradicción real, algo que obviamente es contrario a la propia esencia y noción del proceso.

La cuestión que plantea la Sala tiene, creo, indudable trascendencia, ya que lleva a pensar que sólo podrá acudir a la vía del art. 124.3 LRJS en autodemanda empresarial cuando el período de consultas ha finalizado sin acuerdo, ya que como afirma el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe el comité que suscribió el acuerdo durante el período de consultas no puede impugnar el despido (la autodemanda empresarial) “salvo que combata el propio acuerdo por vicios del consentimiento”, algo que lógicamente se puede producir en muy contadas ocasiones. Si hay acuerdo y no hay contradicción, no hay conflicto jurídico y no hay contradicción entre las partes, y eso es lo que ocurrió por ejemplo en la sentencia del TSJ de Extremadura de 25 de septiembre de 2012 o la sentencia de 6 de marzo de 2013 dictada por la AN, en la que como ya he explicado con anterioridad “la Sala conoció de un conflicto sin conflictividad, una demanda formalmente dirigida contra unos demandados, si bien estos están de acuerdo con la demandante..”.

Hay una tesis de la Sala que sí plantea a mi parecer alguna duda conceptual y versa sobre la relación del art. 124.3 (proceso especial de autodemanda empresarial) con el resto del art. 124 que regula el proceso de despido colectivo. La parte empresarial, alegó, en su impugnación, que había cumplido con las obligaciones formales impuesta por la norma, en cuanto que demandó a un sujeto colectivo, el comité de empresa, y a los sujetos individuales que integran el mismo, dando así cumplimiento a su parecer a lo dispuesto en el art. 124.4 (“En caso de que el período de consultas regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los firmantes del mismo”), pero la Sala entiende que el apartado 4 recién citado “se refiere a la modalidad ordinaria del art. 124 de la LRJS; no a la modalidad de su nº 3”.

Creo que donde pone el acento la Sala, a la vista de cómo se desarrollaron los acontecimientos, es en la inexistencia en este caso concreto, y en cualquier otro que pudiera suscitarse en los mismos términos, de un sujeto colectivo (comité de empresa) que se oponga a la demanda, partiendo de los hechos probados en la sentencia de instancia y haber constatado que el citado comité no compareció como tal para oponerse a la demanda, insistiendo, a mayor abundamiento, en que “en todo caso la legitimación ha de referirse a un sujeto colectivo, no a personas físicas cualquiera que sea su relación con el periodo de consultas o con el acuerdo en el mismo”. La imposibilidad de comparecer pasivamente el comité de empresa en el proceso, en cuanto que llegó a un acuerdo con la empresa en el período de consultas, es la tesis defendida por el TS y que lleva inevitablemente a concluir que la parte empresarial carecerá de acción para iniciar un proceso por despido en forma de autodemanda empresarial cuando el sujeto que puede estar pasivamente legitimado ex art. 124.3 LRJS (y para cuya legitimación pasiva en principio el citado precepto no establece ningún requisito expreso en punto a haberse producido un desacuerdo durante el período de consultas) haya manifestado su acuerdo con la decisión empresarial.

La Sala afirma que los miembros de la comisión negociadora que han firmado el acuerdo “no son sujetos colectivos, ni tendrían legitimación”. A efectos dialécticos destaco que hubo coincidencia entre los miembros del comité de empresa (5 representantes de 72 trabajadores de la plantilla en el momento en que se inició el ERE) y de la comisión negociadora (aunque jurídicamente se trate en efecto de dos supuestos jurídicamente distintos, y de ahí que la Sala argumente que en el segundo caso no estamos en presencia de un sujeto colectivo y que, por consiguiente, los miembros que la integran no tienen legitimación para participar en un proceso de despido colectivo a título individual). También quiero destacar, a la búsqueda de un acercamiento entre la fría realidad del mundo jurídico y la mucho más caliente y compleja realidad de las relaciones laborales en los centros de trabajo, que poco después de la suscripción del acuerdo del ERE, el [comité de empresa de SODERCAN emitió un comunicado, el 29 de mayo](#), en el que manifestaba que “no ha estado de acuerdo desde el principio con el despido colectivo presentado por la Dirección para el 43% de la plantilla, ni con la justificación del mismo”, pese al acuerdo final suscrito en coincidencia con la fecha límite del período de negociación “para salvaguardar el mayor número de empleos”.

4. Por su parte, el voto particular formulado por la magistrada Lourdes Arastey no cuestiona la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, que implica, tal como exponer dicho voto, “rechazar la demanda de la empresa en base a la falta de acción de la misma por tratar de lograr una sentencia que confirme el acuerdo adoptado en el periodo de consultas y que, con arreglo al art. 124.3 LRJS, se dirige contra la representación legal de los trabajadores que firmó dicho acuerdo”. Donde radica el desacuerdo es en la tesis de la mayoría que lleva a desestimar la demanda por inadecuación de procedimiento, cuando al parecer de la magistrada nos encontramos en un supuesto de “falta de legitimación ad causam”, en cuanto que la pretensión de la demanda era (por cierto, añado yo ahora, como en todos los litigios que se han suscitado hasta el presente cuando se ha acudido al art. 124.3 de la LRJS y presentado una autodemanda empresarial) que se reconociera que los despidos habían sido ajustados a derecho, cuando esa pretensión (al igual que ha sucedido en algunos otros supuestos de los que han debido conocer los TSJ y la AN) “era algo ya reconocida por dicha parte social al suscribir el acuerdo”.

Coincide la magistrada, y así lo afirma en el voto, que la vía del art. 124.3 es la que ha abierto el legislador de la reforma laboral para obtener una tutela judicial de una decisión empresarial que no ha sido impugnada por la representación legal de los trabajadores, pero entiende que carece de acción “cuando lo pedido ha sido ya reconocido por la parte a la que se demanda”. A mi parecer, la tesis del voto particular insiste en un punto que he analizado con anterioridad (sin entrar ahora en si se trata de inadecuación de procedimiento o de carencia de acción), esto es que el art. 124.3 puede quedar limitado a aquellos supuestos en los que la decisión empresarial ha sido adoptada tras finalizar el período de consultas sin acuerdo. En definitiva, el interesante debate procesal que plantea el voto particular no afecta a mi entender al fondo del litigio suscitado y a la resolución de la mayoría, sino a cuándo puede utilizar una empresa la vía del art. 124.3 de la LRJS, sin que en ningún caso, y la tesis de la mayoría también es recogida en el voto, se impida que cuando un trabajador plantee a título individual una demanda “la empresa pueda defenderse en el modo que a su derecho convenga”.

5. Concluyo mi comentario de la sentencia del TS de 26 de diciembre de 2013, y del repaso que he realizado de las sentencias dictadas por la AN y los TSJ en litigios planteados por la parte empresarial en proceso de despido colectivo, reiterando que el

TS ha descafeinado en gran medida el art. 124.3 de la LRJS y la finalidad perseguida por el legislador, y lo ha hecho con precisión procesal en cuanto que considera que no puede haber proceso si no hay contradicción, y esta no existe si hay acuerdo en el período de consultas y además no pueden intervenir los trabajadores a título individual. Parece, pues, que sólo podría plantearse una acción de jactancia cuando se haya desarrollado debidamente en tiempo y forma el período de consultas y este haya finalizado sin acuerdo, estando además únicamente legitimados como sujetos pasivos los representantes legales de los trabajadores. En definitiva, una sentencia muy interesante y que introduce nuevos elementos de reflexión sobre la necesidad de que el legislador sea consciente, cuando legisla, no sólo de aquello que pretende sino también de que vía legales hay para conseguirlo y qué medios son necesarios para alcanzarlo.

Buena lectura de la sentencia.

## **9. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013.**

1. El CENDOJ ha publicado hoy la [sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 dediciembre de 2013](#), de la que fue ponente el magistrado Luís Fernando de Castro. Se trata, hasta donde mi conocimiento alcanza, de la novena sentencia dictada en resolución de recurso de casación interpuesto contra sentencia de instancia dictada en procedimiento de despido colectivo. El resumen de la sentencia es el siguiente: “Despido colectivo. Es conforme a derecho el llevado a cabo por una agrupación de interés económico con cuantiosas pérdidas, sin que los socios de la misma debieran haber participado en el procedimiento de extinción, aunque de ellos hubiera partido la decisión de cerrar la AIE y la extinción colectiva, cuando no media elemento adicional alguno que permita sostener otra responsabilidad que la solidaria de los socios por las deudas de la AIE legalmente prevista en la Ley 12/1991”. La sentencia se pronuncia en idéntico sentido que el Informe emitido por el Ministerio Fiscal.

La sentencia ha sido publicada con [una nota de prensa](#) que dice lo siguiente: “La Sala Social del Tribunal Supremo ha declarado ajustados a derecho los despidos colectivos efectuados por Gestió de Centres de Sanitat i Salut de Catalunya, AIE (Gesclinic), confirmando así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La Sala ha rechazado el recurso presentado por los delegados de personal de Gesclinic y de Quinta de Salud la Alianza, Mutualidad de Previsión Social (QSA), que solicitaban que se condenara solidariamente a ambas empresas por constituir un grupo de empresas patológico, y en su caso, al fondo de Garantía Salarial, en virtud de su responsabilidad subsidiaria, de acuerdo con lo establecido en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia señala que Gesclinic es una Agrupación de Interés Económico con cuantiosas pérdidas. La facultad de disolverla corresponde a los socios que la crean, pues corresponden solidariamente con sus deudas. Asimismo, niega que tengan que participar en el procedimiento de extinción aunque lo hayan decidido salvo que haya un elemento adicional que permita vislumbrar el uso fraudulento de la personalidad jurídica o el uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los trabajadores”. A título de anécdota, he visto publicada en primer lugar la sentencia, y la nota de prensa, en la [sede electrónica del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña](#), y poco después ya la he encontrado publicada en la sede del Tribunal Supremo.

2. Tuve oportunidad de efectuar un [comentario de la sentencia dictada por el TSJ de 26 de junio de 2012](#) con ocasión de mis primeros análisis de la doctrina judicial en materia de despidos colectivos tras la (entonces) reciente reforma laboral. Reproduzco aquí, ya que creo que sigue teniendo interés, su contenido:

“La sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de junio y número de recurso 8/2012, siendo ponente el magistrado Miquel Àngel Falguera, desestima todas las alegaciones de la demanda interpuesta por los representantes de los trabajadores, entendiendo que no se ha incumplido la obligación de negociar por parte de la empresa (aún cuando el período de consultas finalizó antes del plazo máximo previsto), que no existe un grupo de empresas, con confusión de plantillas, a efectos laborales, y que ha quedado debidamente acreditada la causa económica alegada, así como también la causa productiva basada (traduzco del catalán) “en una reestructuración interna, debida a la delicada situación del grupo, que comporta en definitiva, la desaparición de la actividad instrumental que realizaba...”, basada en la difícil situación económica en que se encuentra el sector sanitario.

El mayor interés de la sentencia radica a mi parecer no en su fallo sino en el análisis teórico que realiza de las obligaciones de las partes, señaladamente de la empresarial, en el período de consultas, y de qué debe entenderse por grupo de empresas a efectos laborales, y estoy casi seguro que buena parte de esa argumentación será utilizada en posteriores sentencias que la Sala de lo Social del TSJ deba dictar ante demandas contras ERES.

En primer lugar, se efectúa un muy cuidado análisis de qué significa el principio de buena fe en la relación individual de trabajo, y de cómo este ha de reforzarse en el seno del derecho colectivo, en el marco de la negociación colectiva—con expresa mención a la inclusión del período de consultas en el procedimiento de ERE—afirmando que “es aún más exigible que en el ámbito estrictamente contractual, en la medida en que su resultado tanto un contrato como, en su caso, una posible norma y que no concurre con tanta intensidad la nota de la dependencia”, y sosteniendo que si se hubiera producido el incumplimiento de la buena fe contractual ello “debería efectivamente comportar la nulidad de la decisión empresarial”. Dicho esto, la sentencia manifiesta (y aquí es obligado por mi parte el recuerdo a uno de los maestros del Derecho del Trabajo, D. Manuel Alonso Olea) que la obligación de negociar de buena fe no significa obligación de alcanzar un acuerdo, y que en el caso concreto enjuiciado la empresa demandada ha formulado varias propuestas en el período de consultas, de lo que la Sala deduce que las mismas “pueden ser, lógicamente, del desagrado de los representantes de los trabajadores, pero en ningún caso se puede extraer la existencia del mínimo indicio de mala fe para no llegar a alcanzar un acuerdo”.

Sobre la interesante cuestión jurídica del no agotamiento del período de consultas la Sala recuerda el importante cambio operado en el artículo 51.2 de la LET, de tal manera que el plazo marcado (de 30 o 15 días, según la empresa tenga 50 o menos trabajadores) es un período máximo y no mínimo, “por lo que no existe ninguna infracción normativa si las partes consideran que no es posible un acuerdo antes de finalizar dicho plazo”, y la Sala considera que la parte trabajadora no se opuso a la decisión empresarial (nuevamente cobran importancia las actas del período de consultas para fundamentar la decisión judicial).

En segundo término, la sentencia analiza cuidadosamente la posible existencia (que sí se da a juicio de la parte demandante) de un grupo de empresas a efectos laborales, con

una revisión de la doctrina jurisprudencial del TS sobre aquellos indicios que pueden llevar a concluir en su existencia, como son un funcionamiento unitario, la confusión de plantillas, creación de empresas aparentes, confusión de patrimonios y apariencia externa de unidad. Con remisión a la primera sentencia dictada por la Sala tras la reforma laboral, de 23 de mayo (primera también en toda España) se pone de manifiesto, y lo destaco por su importancia formal y consecuencias de fondo, que la existencia de un grupo de empresas “patológico” debería comportar la declaración de nulidad de los despidos, “ya que en este supuesto la consecuencia sería la existencia de una empresa única, que lógicamente comportaría que los interlocutores del período de consultas no hubieran sido los adecuados”.

Tras ese estudio, la Sala concluye que sí estamos en presencia de un grupo de empresas mercantil pero no con efectos laborales ya que no ha quedado probada la existencia de indicios en tal sentido y como los ha definido el TS, y por consiguiente concluye que no se da el supuesto que hubiera significado la nulidad de los despidos, cual es el de “la concurrencia de una empresa única, formalmente y artificiosa con apariencia exterior de varias mercantiles diferenciadas”. En especial, destaca el análisis de la posible confusión de plantillas y el llamado traspaso del personal entre empresas del mismo grupo, para concluir, tras el análisis normativo y jurisprudencial, que el “simple traspaso de personal entre empresas del grupo—reiteramos, sin concurrencia de prácticas ilícitas acreditadas – es una práctica que se adecúa a la legalidad, sin que se pueda desprender de ella la existencia de una confusión de plantillas”.

3. El recurso de casación se interpone por la representación procesal de los delegados de personal de Gestió de centres de sanitat i salut de Catalunya AIE (Gesclínic) y Quinta de Salud La Alianza, mutualidad de previsión social (QSA). Tal como se recuerda en el fundamento de derecho primero, con remisión a los muy extensos y detallados hechos probados de la sentencia de instancia, Gesclinic es una AIE que se constituyó en marzo de 2008 “por el Grupo de Empresas liderado por la codemandada «QSA», y cuya función era la de prestar servicios en materia de actividad administrativa, laboral, informática y fiscal para las diferentes empresas del Grupo”.

A) El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del apartado d) del art. 207 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (“Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”). La parte recurrente propone una nueva redacción del hecho probado sexto de la sentencia de instancia, con fundamento en pruebas testificales y periciales, y en el informe emitido preceptivamente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su momento y en el que se afirmaba, con respecto a la relación entre Gesclinic y la QSA que “formalmente se trata de una empresa individual independiente pero en realidad era un simple apéndice del grupo y que trabajaba exclusivamente para el grupo”.

La sentencia desestima la pretensión de la recurrente tras recordar cuáles son los requisitos necesarios para que pueda prosperar una revisión fáctica y la obligada referencia a que sólo puede basarse en prueba documental, si bien en su rechazo no excluye, con abundante cita de sentencias de la propia Sala, la conveniencia de efectuar ciertas precisiones a dicha regla general, como por ejemplo la posibilidad de valorar la prueba testifical en cuanto que pueda ofrecer “un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas, o la posibilidad de incorporar una revisión cuando no



determina el cambio de sentido de la parte dispositiva sino que refuerza el fallo, siempre y cuando “no sea irrelevante a los efectos resolutorios y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos cumplidos”, en el bien entendido, subraya la Sala, que la revisión ha de cumplir “el requisito de tener indubitado soporte documental”.

El rechazo de la tesis de la recurrente se debe tanto a considerar la Sala que una parte de la propuesta de modificación no aporta nada nuevo a los hechos probados que se pretende modificar, como a la fundamentación en pruebas no validas a efectos del recurso de casación, y con respecto al valor del Informe de la ITSS se añade, y considero importante destacarlo, que aunque el mismo es de “singular valor probatorio”, no es “en absoluto excluyente de la valoración judicial de la prueba y con mayor motivo tampoco medio hábil para revisar la conclusión fáctica de la sentencia..”, y por si ello no fuera suficiente la Sala añade que dicho Informe “en todo caso se revelaría intrascendente para la resolución del caso...”.

B) Dado que el núcleo duro de la sentencia de instancia se basó en la alegación de las demandantes de la existencia de un grupo de empresas patológico, tesis rechazada con muy cuidada argumentación por el TSJ de Cataluña tal como he explicado con anterioridad, era lógico pensar que otro motivo del recurso sería el contemplado en la letra e) del art. 207 de la [LRJS](#), esto es “Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”. Y en efecto así fue, argumentando nuevamente la ahora recurrente (fundamento de derecho tercero) la existencia de un grupo de empresas patológico, “basándose en que concurren no sólo la apariencia de unidad externa y unidad de dirección, sino también los elementos de confusión de patrimonio y de plantillas”.

La sentencia, de marcado carácter doctrinal junto con la resolución del caso concreto, desestimaré igualmente el recurso en este punto, tras efectuar una “ordenación o reconstrucción” de aquello que califica de “complejo entramado societario de autos”, tras realizar una moderada, pero clara (¿era necesaria?) crítica a la sentencia de instancia al afirmar que “algunas referencia de hecho que constan en la (sentencia) recurrida no tienen la deseable precisión”.

Como he dicho, la sentencia tiene una parte de su contenido marcadamente doctrinal, cual es el estudio de la figura jurídica de la Asociación de Interés Económico (AIE) y la explicación detallada de su regulación por la [Ley 12/1991 de 29 de abril](#), en cuyo preámbulo, y lo destaco ahora por el interés que tiene para la resolución del litigio, se explica que “constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. El contenido auxiliar de la Agrupación sigue el criterio amplio que esta figura ha tenido en la Europa Comunitaria, y consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquéllos que no se oponga a esa limitación. Se trata, por tanto, de un instrumento de los socios agrupados, con toda la amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros..”. A continuación la sentencia procede a recordar, y reiterar, la jurisprudencia de la Sala con respecto al grupo de empresas, y en concreto a cuando debe predicarse la existencia a efectos laborales, es decir qué requisitos o presupuestos deben darse, siguiendo en gran medida la [sentencia de 27 de mayo de 2013 y que mereció ya atención detallada por mi parte en una anterior entrada del blog](#).

En cualquier caso, y por el interés que la sentencia ahora comentada dedica a los llamados “elementos adicionales” que determinan la responsabilidad del grupo a efectos laborales, justamente para rechazar los argumentos de las recurrentes que pregonaban su existencia, vale la pena reproducir qué dice la Sala: “1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

La Sala, repito, rechaza, todas las argumentaciones de las recurrentes en atención a las características jurídicas que presiden la actuación de una AIE, poniendo de manifiesto que la unidad de dirección, la dirección unitaria, “es consustancial a la AIE”, ya que tiene una “caracterización instrumental al servicio de los socios”, y la “correlativa dirección por los mismos o por Administradores por ellos nombrados”. Con respecto a la argumentación de que la decisión de extinguir Gesclinic fue adoptada por la QSA, la Sala recuerda la interpretación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE respecto al art. 2 de la [Directiva 98/59](#), no atribuyendo la condición de empleador a la empresa matriz de un grupo de empresas, “aún para el caso de que la decisión extintiva fuera adoptada por aquella”. Respecto a la posible confusión patrimonial y de plantillas, acude a la doctrina de la Sala respecto a la licitud de los fenómenos denominados “de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo”, siempre y cuando respondan a razones técnicas y organizativas “derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas” y se establezcan las garantías necesarias para el trabajador. Para la Sala, hay que tomar en consideración con carácter general en estos casos el cumplimiento del art. 43 de la LET sobre cesión de trabajadores y los requisitos requeridos para ello, si bien concreta que en el caso ahora enjuiciado “no se plantea cuestión alguna derivable del art. 43 ET, sino la legalidad de un cese colectivo llevado a cabo por una empresa -AIE- con personalidad jurídica propia”.

Una de las causas de disolución de la AIE, la que se ha dado en el supuesto concreto, es la decisión adoptada por “acuerdo unánime de los socios” (art. 18.1). Los socios han de responder en los siguientes términos, ex art. 5. 1: “Los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla.2. La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico”. Pero dicha responsabilidad no afecta al marco jurídico de la disolución, ya que para el TS estos socios “no se encuentran en el ámbito económico/productivo de justificación de la medida, en orden -precisamente- a la aplicación de los Reglamentos correspondientes a los despidos colectivos que traigan causa en su decisión disolutiva de la AIE”. Para la Sala, que se apoya tanto en la normativa estatal como en la comunitaria de la que encuentra su origen, esto es el [Reglamento CEE 2137/85](#), es justamente la regulación propia y específica de las causas de disolución de la AIE la que permite no aplicar “la ordinaria doctrina sobre los grupos de empresas y los procedimientos de despido colectivo..”.

En conclusión, la Sala desestima el recurso porque la aplicación de la normativa reguladora de la AIE lleva a esta a tener una personalidad jurídica independiente, y de los hechos probados de la sentencia de instancia, no modificados al rechazarse la revisión pretendida, no hay dato alguno que permita suponer que estemos, de manera contraria a derecho, “ante una realidad empresarial única formada “conjuntamente por

ella y por los socios integrantes [al margen de su consideración instrumental como «sociedad órgano»], o que permita vislumbrar la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, o el uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los trabajadores..”. Y todo ello, añade a modo de obiter dicta la Sala para manifestar su acuerdo con el fallo de la sentencia de instancia respecto a la existencia de causa económica justificadora de los despidos, se une al hecho de que todos los socios miembros del grupo QSA “también han acreditado una situación económica negativa que mal podría enervar la procedencia de los despidos por causas económicas de que tratamos; lo que se indica al objeto de resaltar la justicia material del supuesto que enjuicamos”.

Buena lectura de la sentencia.

## **10. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 y 26 de noviembre, y 9 de diciembre de 2013.**

1. Un nuevo repaso a la base de datos del CENDOJ permite tener acceso a tres sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y a una de la Audiencia Nacional que no habían sido objeto de comentario en anteriores entradas del blog.

Califico las cuatro sentencias de menor importancia, dado que se plantean cuestiones procesales en unos casos (sin entrar en el conflicto propiamente dicho), y en otros simplemente se reitera doctrina ya sentada por el TS en anteriores sentencias dictadas con ocasión de la resolución de recursos de casación interpuestos en procedimiento de despidos colectivos. Es público que el TS ha de pronunciarse próximamente sobre conflictos de indudable relevancia jurídica y social, como es por ejemplo el caso de TeleMadrid, por lo que habrá que seguir atentos en especial a las resoluciones que dicte el alto tribunal.

2. La petición de la lectura de las sentencias comentadas suele ir acompañada por mi parte de recomendaciones de lectura de otros documentos (monografías, artículos, ponencias, comunicaciones, etc.) cuando he tenido acceso a los mismos y he comprobado antes su interés (criterio ciertamente subjetivo pero que creo que puedo hacer valer por mi experiencia profesional). Así es también en esta entrada, y lo hago del estudio realizado por el magistrado especial del orden social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sr. Carlos Hugo Preciado, dedicado a la “[Aplicación judicial del despido colectivo 2012-2013](#) (actualizado 20/09/2013), con un análisis de indudable interés sobre 127 sentencias en materia de despidos colectivos dictadas por el TS, AN y TSJ. Me consta que el Sr. Preciado está actualizando este documento, por lo que habrá que seguir estando muy atentos a sus aportaciones y verlas publicadas en las redes sociales.

3. Me refiero en primer lugar a la [sentencia dictada por el TS el 9 de diciembre de 2013](#), de la que fue ponente el magistrado Jesús Souto, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León el 29 de noviembre de 2012, acogiendo la misma tesis que la defendida por el Ministerio Fiscal.

La sentencia del TSJ de Castilla y León mereció especial atención por mi parte en una [anterior entrada del blog](#), que ahora recupero para conocimiento del conflicto que ha llegado al TS y de cuáles fueron los argumentos del TSJ para desestimar la demanda.

“La sentencia tiene interés por tratarse de despidos en una fundación empresarial del sector público autonómico castellano-leonés, desestimando la Sala la demanda presentada por los representantes de los trabajadores (miembros del Comité de Empresa y un delegado de personal) contra la decisión de la Fundación para la Enseñanza de las Artes de extinguir 22 contratos por razones económicas y organizativas. Es una sentencia muy trabajada y argumentada, con la que se podrá coincidir más o menos en su resolución, pero sin duda la Sala ha dedicado especial atención y cuidado al análisis del supuesto enjuiciado, que hasta donde mi conocimiento alcanza es el primer ERE del que debe conocer tras la reforma laboral.

El TSJ de la comunidad castellano-leonesa realiza un seguimiento minucioso del período de consultas, siendo de especial interés la referencia contenida en el hecho probado octavo, con referencia a la cuarta reunión, ya que consta en el acta de la misma que “ambas partes consideran, en todo caso, que se está produciendo negociación de buena fe”. Con respecto al Informe de la Inspección de Trabajo sólo se recoge su conclusión de que “se acredita que el período consultivo desarrollado cumplió suficientemente, a juicio del actuante, los parámetros establecidos al efecto en el art. 51.2 Estatuto de los trabajadores y 11 del RD 801/2011”.

La sentencia aborda cuestiones formales importantes, planteadas por la parte demandante, y a las que la Sala debe dar debida respuesta. En primer lugar, la falta de competencia del presidente de la Fundación para adoptar la decisión de extinguir los contratos, ya que correspondería según los estatutos al Patronato. La Sala salva la aparente falta de fundamentación (algo más que aparente a mi parecer tras la lectura de los estatutos) por la vía de considerar que las decisiones del presidente pueden ser ratificadas, como así fue, a posteriori por el Patronato, considerando la Sala que esa actuación corrigió cualquier posible hipótesis de irregularidad formal en la primera, sin que quedara probada la existencia de abuso de derecho alguno por parte empresarial, siendo cierto además “que la representación real, y no meramente institucional de la Fundación es otorgada, sin duda alguna, a este último (el Presidente) en virtud de las atribuciones reconocidas en el artículo 16”. Con independencia de las dudas que pudiera haber sobre la actuación abusiva, esta no podría implicar la nulidad de la decisión empresarial, y así lo recuerda la sentencia, ya que esta sólo se dará por incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 51.2 y 51.7 de la LET, que no recogen el abuso de derecho entre las cláusulas.

Hay algo que me parece especialmente digno de destacar tras la lectura de la sentencia, y es la importancia de saber negociar, y decir “aquello que se debe decir”, “protestar cuando se debe protestar” y no más, algo muy fácil ciertamente de poner por escrito en un artículo como el que estoy redactando ahora pero mucho más complicado durante la dinámica negociadora. He tenido la sensación en algunos momentos de la lectura que la Sala le pide a la parte demandante un esfuerzo adicional al que la normativa le obliga para tratar de demostrar sus tesis, y que aquello que no alegó durante el período de consultas no podrá hacerlo durante el trámite de la demanda y posterior celebración del acto de juicio.

Vayamos a ejemplos concretos: con respecto a la falta de facultades legales para negociar de quienes actuaron por la parte empresarial, básicamente el director financiero, la Sala desestima la argumentación acudiendo al acta de la reunión en la que ambas partes se reconocieron como sujetos legitimados para negociar por medio de las personas presentes en la comisión negociadora, enfatizando la Sala que no se realizó

objeción alguna “por parte de la representación de los trabajadores, como ahora se indica, en relación con la posible legitimación de la persona que compareció a negociar en nombre de la Fundación y que continuó acudiendo hasta en tres ocasiones más”, recordando que las actuaciones del director financiero fueron convenientemente convalidadas por ratificación posterior del Patronato, y con un argumento de “costumbre empresarial” que puede ser aceptado a mi parecer a efectos de cualquier proceso negociador pero que no es óbice para que pueda dejar de someterse al cumplimiento de la normativa legal sobre la disponibilidad de facultades para negociar, ya que en tal caso cualquier actuación empresarial sería válida conforme a su costumbre de actuación. Me refiero a la manifestación de la Sala, tras suscitar la posible hipótesis de falta de apoderamiento del negociador de la empresa, que “no es menos cierto que ... ya intervino en anteriores ocasiones en nombre y representación de la Fundación, llevando a cabo actuaciones incardinables en el ámbito de las relaciones laborales, o incluso de negociación con la propia representación legal de los trabajadores que ahora niega su legitimación”. Vuelve la Sala a insistir que la hipotética irregularidad ahora alegada no supondría la nulidad de las actuaciones por no preverlo el art. 51 de la LET.

Respecto a la alegación de falta de buena fe en la negociación, la Sala se remite de manera exhaustiva al contenido de las actas del período de consultas para negar su existencia, aún cuando hubiera modificaciones finales con respecto al presupuesto finalmente aprobado para la Fundación en los presupuestos generales autonómicos para 2012, dado que estos fueron aprobados después de la presentación del ERE. El diccionario de la Real Academia Española de la lengua parece que ocupa un lugar de privilegio en las últimas resoluciones judiciales sobre ERES, y en esta la Sala se detiene en el significado de la palabra negociar, para concluir, algo lógico por otra parte y que no necesita del apoyo de la RAE, que negociar no comporta “la aceptación de la postura contraria sin cortapisas, por entender que esta última es la mejor o más adecuada a los intereses de ambas partes”.

La cuidada argumentación de la Sala para concluir que no hubo mala fe empresarial se cierra con una afirmación importante y como “aviso para navegantes” es decir para futuros negociadores en ERES, que me permito sintetizar diciendo que sí aceptas en las actas que la negociación se realiza de buena fe deberás después atenerte a las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de tal manifestación; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia: “No obstante todo lo anterior, no es dable invocar en este momento la mala fe de la empleadora, pues como bien indicaron las partes en el acta de la cuarta reunión, ambas se reconocieron sin reserva alguna la negociación de buena fe, por mucho que las posturas mantenidas por una y otra parte se encontraran distanciadas. De todo ello hemos de concluir que cumplió la Fundación y ajustó su actuación a la legalidad prevista, en cuanto a la buena fe en el periodo consultivo...”.

En fin, otras cuestiones abordadas en la sentencia se refieren a la inexistencia de aportar plan de acompañamiento social, que ha desaparecido tras la reforma laboral y ha quedado sustituido por la obligación de presentar un plan de recolocación cuando el despido afecte a más de cincuenta trabajadores, no siendo necesario a mi parecer, pero parece que eso pueda ser de utilidad a la Sala para reforzar su argumentación, acudir a que “nada indicó la Inspección de Trabajo en su informe referido a su preceptiva aportación..”. Igualmente, se declaran probadas las causas económicas y productivas, aplicando la normativa general a la Fundación, ya que se trata de una entidad de sector público pero no encuadrable dentro del concepto de Administración Pública del artículo 3.2 de la Ley de contratos del sector público y al que es aplicable una normativa

específica según lo dispuesto en el Real Decreto 1483/2012, no aplicable en todo caso en el momento de tramitación del ERE, y apoyando la Sala su tesis sobre la existencia de la primera también en la existencia de un aplazamiento, concedido, del pago de cuotas a la Seguridad Social durante un período de dos meses, “y que no constituye sino un dato más demostrativo de la difícil coyuntura económica de la fundación”. Respecto a la alegación de nulidad de la decisión de inclusión de un representante de los trabajadores en el ERE, la Sala recuerda que se trata de una situación jurídica cuyo cauce de resolución es la demanda individual ante el correspondiente juzgado de lo social, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 124.11 de la LRJS”.

[Regreso a la sentencia del TS.](#) El recurso de casación denuncia error en la apreciación de la prueba, y se interpone (hecho probado quinto) “amparado en lo dispuesto en los artículos 205 y 206 de la Ley de Procedimiento Laboral” (sic). Básicamente el recurso se centra en la alegación de la falta de competencia del Presidente de la Fundación para adoptar la decisión extintiva, la participación en la negociación de personas que carecían de facultades para ello, y la valoración del informe pericial. Se trata pues de cuestiones a las que me he referido en mi comentario a la sentencia de instancia.

La Sala desestimará el recurso tras criticar la falta de cumplimiento por su parte de lo dispuesto en la normativa procesal, la Ley 36/2011, y no tener en consideración la ya muy consolidada jurisprudencia del TS sobre los presupuestos que deben concurrir en el recurso para que pueda proceder la revisión fáctica. En términos de titular periodístico, podría decirse que “un recurso mal presentado lleva a su desestimación”, y en el plano jurídico es la Sala quien expone con claridad que el recurso no cumple los criterios legales que hubieran podido llevar a su no admisión en trámite anterior, por lo que “constituye en el actual momento procesal causa de desestimación”. Llega a tal conclusión la Sala tras constatar que el recurso alega error en la apreciación de la prueba pero en ningún momento lo justifica de acuerdo con lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, esto es “documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. Difícilmente, por no decir que imposible, será la aceptación de un recurso que alega error en la apreciación de la prueba cuando, tal como razona el Tribunal en el fundamento de derecho segundo, “no se precisa el apartado del relato histórico de la (sentencia) recurrida cuya redacción se estima incorrecta o errónea, no se precisan los documentos de los que puede desprenderse el supuesto error, al margen de su cita genérica, ni se propone una redacción alternativa a la que se impugna”.

4. Las dos restantes sentencias dictadas por el TS reiteran, como ya he indicado doctrina sentada en sentencias anteriores, y en ambas se encuentra una afirmación que resume fielmente su contenido: “la doctrina de mérito es de aplicación por razones de homogeneidad y seguridad jurídica, al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación”.

A) La [sentencia dictada el 19 de noviembre](#), de la que fue ponente la magistrada Milagros Calvo, desestima el recurso de casación interpuesto contra la [sentencia dictada por el TSJ de Madrid el 17 de diciembre de 2012](#), que estimó la demanda y declaró la nulidad de la decisión extintiva de la empresa y la readmisión de los trabajadores en sus puestos de trabajo.

La sentencia de instancia apreció la nulidad por entender que se había producido una falta de entrega de documentación por la parte empresarial durante el período de consultas que había impedido que este se desarrollara de forma eficaz y con posibilidad

de cumplir los objetivos de minimizar o reducir los efectos del despido. El recurso de casación se interpuso al amparo del apartado e) del art. 124 de la LRJS, es decir “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”. En definitiva, y tal como se recoge tanto en los hechos probados de instancia como en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia del TS, las divergencias entre las partes versaron sobre la documentación que debía aportar la empresa en el momento que se inició la tramitación del procedimiento de despido colectivo, que tuvo lugar el 26 de junio. Cabe aquí recordar que la sentencia del TSJ consideró que gran parte de la documentación presentada se ajustaba plenamente a las obligaciones impuestas por la normativa entonces vigente, pero no ocurrió así al no presentarse las cuentas de la sociedad del año 2012 debidamente firmadas por el administrador, habiéndose únicamente aportado “un cuadro comparativo de los años 2010, 2011 y 2012”, algo que no era acorde a las obligaciones impuestas por el art. 51 de la LET y el RD 801/2011 entonces vigente en todo aquello que no se opusiera a la ley.

Llegados a este punto, y debiendo resolver la Sala un conflicto en el que se debate sobre las consecuencias jurídicas de la falta de documentación, hay una remisión directa a la sentencia de 27 de mayo, dictada también en resolución de un conflicto derivado de un procedimiento de despido colectivo iniciado durante la vigencia del RDL 3/2012 y anterior por tanto a la entrada en vigor de la Ley 3/2012. La sentencia ahora comentada reproduce literalmente buena parte de aquella, más concretamente en los apartados relativos a la obligación de cumplir escrupulosamente con los deberes de información por la parte empresarial, concluyendo que su incumplimiento priva de contenido al período de consultas, para exponer que dado que estamos ante un caso semejante, en el que se conoce de un procedimiento al que es de aplicación el RDL 3/2012 y en el que se debate sobre cuál es la información que debe proporcionarse por la empresa, “la doctrina de mérito (es decir de la sentencia anterior) es de aplicación por razones de homogeneidad y seguridad jurídica, al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación”.

5. Trato ahora la [sentencia dictada por el TS el 26 de noviembre](#), de la que fue ponente la magistrada Milagros Calvo. La Sala no resuelve en este caso un recurso de casación contra sentencia de instancia dictada en procedimiento de despido colectivo, sino que debe dar respuesta a un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid el 24 de septiembre de 2012, en recurso de suplicación contra sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid de 23 de diciembre de 2011.

El núcleo duro del conflicto gira sobre qué extinciones deben computarse a efectos de la obligación empresarial de acudir a un procedimiento de despido colectivo cuando supere los umbrales fijados en el art. 51.1 de la LET. En el caso enjuiciado, se trataba de una empresa de 37 trabajadores, habiéndose producido durante el mes de julio el despido de ocho trabajadores por causas objetivas y de tres por causas disciplinarias, que fueron reconocidos con posterioridad como improcedentes por la empresa.

El debate jurídico se centra, pues, en qué debe entenderse por “motivos no inherentes a la persona del trabajador”, y aquí la sentencia se remite a la dictada poco antes por la Sala en un supuesto en el que el fondo del litigio era sustancialmente idéntico, la de 25 de noviembre (de la que fue ponente el magistrado Aurelio Desdentado), que estima

computable los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes, así como también los producidos por causas objetivas y para los que se reconoció también su improcedencia. De ahí que al tratarse el supuesto de la sentencia recurrida de un caso que guarda “patente analogía” con el resuelto por la sentencia de 25 de noviembre, su doctrina es de aplicación a este caso “atendiendo a razones de homogeneidad y seguridad jurídicas, al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación”. Por el interés que puede tener para esta sentencia ahora comentada, reproduzco un fragmento de mi comentario a la sentencia de 25 de noviembre:

“El TS confirma que los despidos disciplinarios reconocidos por la empresa como improcedentes son computables para determinar si hay o no un despido colectivo, al igual que los despidos objetivos (supongo que producidos al amparo del art. 52 c de la LET) de los que también se reconoció su improcedencia en acuerdo judicial o extrajudicial. La Sala, de forma didáctica y pedagógica, recuerda al recurrente, aunque a buen seguro que la parte ya debía tener conocimiento de ello, que la normativa sobre despidos colectivos no es disponible por las partes para utilizarla a su antojo y optar según le interese por acudir a la vía de los despidos individuales y plurales o a la colectiva. Se trata de reglas de obligado cumplimiento, pues el procedimiento de despido colectivo “que contiene garantías que han de vincularse con el orden público laboral, no es disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el mencionado procedimiento”.

Por último, cabe decir que la Sala sienta doctrina, en el fundamento jurídico quinto, sobre las extinciones que quedan extramuros de la aplicación del art. 51 de la LET, considerando como tales los despidos disciplinarios (si no se recurrieran, o en este caso si se declara la procedencia del despido, añadido yo ahora), y las extinciones de contratos de duración determinada “que se produzcan por cumplimiento del término” (es decir, no incluye las extinciones *ante tempus* y que motivaron la sentencia de 8 de julio de 2012). No obstante, dejo constancia aquí, y ya me referí a ella en una anterior entrada del blog, de una muy interesante cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, a cuyo frente se encuentra el magistrado Joan Agustí, en la que justamente se cuestiona que esas extinciones por vencimiento del término queden excluidas del cómputo numérico para determinar la existencia del despido colectivo, por entender que de ser así se limitaría considerablemente el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores. Habrá que estar atentos al TJUE”.

## **11. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014.**

1. Es objeto de comentario en esta entrada del blog la reciente sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 18 de febrero, de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas, que desestima el recurso de casación interpuesto por las dos empresas condenadas por la [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de diciembre de 2012](#). La sentencia del alto tribunal me ha sido facilitada por la profesora, y buena amiga, Carolina Martínez Moreno, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo, a quien agradezco desde aquí su amabilidad. Hasta el momento de redactar este texto no he encontrado publicada la sentencia en la base de datos del CENDOJ



2. La sentencia de instancia fue objeto de un breve comentario en una [entradaanterior](#), que ahora reproduzco para un mejor conocimiento del litigio.

“En la sentencia de 18 de diciembre de 2012 (Recurso núm. 526/2012), la parte demandante es el comité de empresa y las demandadas las empresas Curbimetal SA, Curbiperfil SA y Carlos Bayo SL, así como varias personas físicas (Nota: de las que en la sentencia del TS, fundamento de derecho primero, se explica que sus relaciones con las empresas derivaba de “estar unidas por relaciones familiares y socios, y/o apoderados o administradores societarios”), la Administración Concursal de Curbimetal SA y el Fondo de Garantía Salarial. En la demanda interpuesta el 10 de agosto se solicita la condena solidaria a todas las empresas y personas físicas codemandadas, y versa sobre el incumplimiento del período de consultas y la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales. Queda constancia en los hechos probados de que dos empresas (Curbimetal y Curbiperfil) comparten domicilio social e instalaciones, y que “participan del mismo proceso productivo, en el que intervienen indiferenciadamente los trabajadores de una y otra plantilla”. Tras celebrarse el período de consultas y no alcanzarse acuerdo, la empresa procedió a la extinción de 38 contratos.

La Sala aborda en primer lugar, por la incidencia que puede tener para la resolución del litigio, la alegación de existir un grupo de empresas a efectos laborales, concluyendo, a partir de los hechos probados, en su existencia entre las dos empresas antes mencionadas, en aplicación de la doctrina del TS del “levantamiento del velo”, pero no para otra codemandada con la que sólo existen relaciones societarias de naturaleza mercantil, ni tampoco es de aplicación la responsabilidad solidaria a las personas codemandadas en su única condición de administradores societarios.

En el fundamento de derecho tercero se recoge con toda claridad esta realidad de grupo laboral: “Ambas sociedades se caracterizan, tanto en su organización interna como en su configuración exterior, por una actuación y comportamiento unitarios conforme a las directrices trazadas por su común administrador único, compartiendo actividad industrial, sede social y centro de trabajo, donde se atiende indiferenciadamente al ciclo productivo por los trabajadores de las dos plantillas y se factura de forma indistinta. Son significativos a este respecto los intercambios de material entre las dos sociedades, todo lo cual pone de relieve esa unidad de imputación jurídica que postula la demanda”.

A continuación, la Sala procede al examen del cumplimiento, o no, de los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el período de consultas, concluyendo, tras haber quedado acreditada la existencia del grupo laboral, que la parte trabajadora no pudo disponer de toda la información debida y adecuada para negociar debidamente durante el período de consultas, por lo que se produjo una vulneración del deber de buena fe por parte empresarial. La Sala concede especial importancia a la prueba testifical practicada ex art. 97.2 LRJS, algunos de ellos ciertamente afectados por el ERE pero de los que se ha tenido en cuenta “su intervención directa y conocimiento personal de los hechos (por desarrollar su actividad profesional en los departamentos de la empresa de contabilidad, pedidos, facturación y expediciones)”. Por consiguiente, declara la nulidad de la decisión empresarial, condenando solidariamente a las sociedades codemandadas Curbimetal SA y Curbiperfil SL “a estar y pasar por tal declaración”, y absuelve a los codemandados Carlos Bayo SL y las personas físicas”.

3. La sentencia del TS de 18 de febrero de 2014 reproduce los hechos probados en la sentencia de instancia y en sus fundamentos de derecho, en concreto el primero, resalta que la declaración de nulidad de la sentencia se debió a que el TSJ consideró probado

que durante el período de consultas del procedimiento de despido colectivo instado por las sociedades integrantes del grupo laboral “no habían suministrado a los representantes de los trabajadores los elementos de juicio suficientes para formar un criterio exacto sobre la única opción extintiva efectuada de un número fijo de contratos y, además, por no haber respetado el deber recíproco de la buena fe”, basándose esencialmente en las pruebas referenciadas en mi comentario de la sentencia de instancia, y concluyendo que el deber recíproco de buena fe que se regula en el art. 20.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores no se había respetado por la empresa.

A) El recurso de casación interpuesto por las dos empresas condenadas se sustenta en el apartado e) del art. 207 de la [LRJS](#), es decir alegándose como motivo del recurso la “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”. No se cuestiona la existencia del grupo laboral, reconocido por la sentencia de instancia, y sólo se suscita la vulneración del art. 51.1 de la LET por considerar existentes las causas que llevaron a instar los despidos colectivos.

Por la parte recurrida, en trámite de impugnación, se opone a la admisión del recurso por considerar que no se fundamenta la presunta infracción del art. 51 de la [LET](#), y más cuando la argumentación se basa en la petición de reconsideración de pruebas testificales que no pueden ser revisadas en casación. De forma adicional, y esta es la parte más interesante a efectos jurídicos de la impugnación, la parte recurrida pide la adición de un nuevo hecho probado a la sentencia de instancia, argumentando que su petición encuentra apoyo jurídico en el art. 211.1 de la LRJS (“El escrito de impugnación deberá presentarse acompañado de tantas copias como sean las demás partes para su traslado a las mismas. En el mismo se desarrollarán por separado los distintos motivos de impugnación, correlativos a los de casación formulados de contrario y las causas de inadmisión que estime concurrentes, así como, en su caso, otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados por ésta, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante, observando análogos requisitos que los exigidos para la formalización del recurso”), calificando su alegación de “motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida”.

Por el Ministerio Fiscal se solicita tanto la desestimación del recurso de casación como de la petición de adición por la parte recurrida; la primera, porque carece de viabilidad jurídica la pretensión del recurso al no haberse solicitado la modificación de los hechos probados de la sentencia de instancia; la segunda, por vulneración del derecho de defensa de las personas que pudieran verse afectadas por tal petición, aduciendo que “para que hubiera prosperado (la petición) se tendría que haber formulado recurso, en su caso, contra la sentencia de instancia por parte del citado Comité”.

B) La Sala entra primero a resolver, y desestimar, la petición del comité de empresa de añadir un hecho nuevo a los de la sentencia de instancia cuya consecuencia hubiera sido, de ser aceptado, la consideración de una de las personas físicas como integrante del grupo laboral, y de tal forma se extendería al mismo la condena solidaria pronunciada contra las dos empresas (la parte recurrida alegó en su planteamiento, para sustentar su tesis, los arts. 12 y 51 de la LET y los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil). La Sala acepta la tesis del Ministerio Fiscal y entiende que la aceptación de la modificación propuesta significaría vulnerar el art. 24 CE ya que el principio procesal de la

“reformatio in peius” “forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y sin necesidad en este caso, dada la manifiesta inadecuación de la referida pretensión formulada en la impugnación, de dar traslado a las otras partes e incluso a la persona física cuya condena se insta..”.

La tesis planteada por el comité de empresa le da oportunidad a la Sala para explicar de forma jurídicamente muy detallada su negativa, que tiene además anclaje en la interpretación del art. 197 de la LRJS efectuada con anterioridad por la propia Sala al resolver un recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal ([sentencia de 15 de octubre de 2013](#), de la que fue ponente ma magistrada María Luisa Segoviano) que versó en síntesis sobre el contenido admisible en un escrito de impugnación (en aquel caso concreto se trataba de un recurso de suplicación, pero el caso es perfectamente extrapolable al recurso de casación). La Sala reproduce extensamente el contenido de su anterior sentencia, para concluir que en el escrito “únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida. En modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada”, argumentando que “la naturaleza del escrito de impugnación que, aún con toda la amplitud que le da el precepto, no es un recurso de suplicación, por lo que nunca puede alcanzar a revocar la sentencia recurrida por la otra parte”, y que respecto al art. 197.1 (traslado a las otras partes del recurso de suplicación, que encuentra su referencia en el de casación en el art. 211), “la jurisprudencia constitucional inspiradora de la reforma del precepto, tal y como resulta de la exposición de motivos—de la LRJS-- , admite la posibilidad de revisar los hechos probados y aducir nuevos fundamentos jurídicos en el escrito de impugnación, pero siempre limitados a la inadmisión o desestimación del recurso, no a la revocación de la sentencia impugnada”.

Por su interés, reproduzco el fragmento de la exposición de motivos de la LRJS en que asienta su tesis el TS. “Las principales novedades en este ámbito, comprenden, en primer lugar, el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento; en segundo lugar, la regulación de un trámite de impugnación eventual de la sentencia por parte de la recurrida, cuando pretenda alegar otros fundamentos distintos de los aplicados por la recurrente, para el caso de que estos últimos no sean convincentes para el tribunal que conoce del recurso, con posibilidad de alegaciones de la recurrente al respecto, de nuevo de acuerdo con criterios de la doctrina constitucional..”.

En efecto, la reforma procesal laboral operada por la Ley 36/2011 se basó en jurisprudencia constitucional, y la sentencia se refiere la [STC 91/2010 de 15 de noviembre](#) y la [4/2006 de 16 de enero](#), pero en cualquier caso no llega a posibilitar que el escrito de impugnación se convierta en un recurso contra la sentencia. La Sala contrapone la regulación procesal laboral contenida en los arts. 197.1 – recurso de suplicación—y 211.1 – recurso de casación, a la del recurso de apelación regulado en el art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que a su parecer “viene a posibilitar prácticamente que en dicho escrito impugnatorio se realice una verdadera impugnación de la resolución apelada en lo que le resulta desfavorable.

Ahora bien, a fin y efecto de operar con el principio de economía procesal, y en cuanto que la decisión de la Sala no genera indefensión alguna a las partes afectadas, esta ha

considerado innecesaria la aplicación estricta del art. 211.3 de la LRJS, que hubiera obligado a retrotraer las actuaciones a instancia para que el TSJ diera traslado del escrito de impugnación a las partes demandadas y a quienes se pedía su condena. Por consiguiente, el “rechazo de plano efectuado de la pretensión” y la inexistencia de indefensión para las demandadas lleva a la Sala a seguir con el análisis del fondo del conflicto, y en definitiva a valorar si concurren o no las causas aducidas para los despidos, en el bien entendido que la Sala entrará a conocer del fondo tras realizar una muy dura crítica a los errores técnicos del recurso, en cuanto que no se ajusta a lo dispuesto en el art. 210 de la LRJS, exponiendo de forma clara y contundente que “solo de una manera flexible es dable entender que se cumple de forma mínima suficiente la exigencia legal de fundamentación, dado que en cuanto al fondo pretenden las recurrentes que se considere que concurren en el despido colectivo efectuado las causas económicas y productivas que se contienen en tal precepto estatutario para que la decisión empresarial sea declarada ajustada a derecho, por lo que al no concurrir la carencia “manifiesta” de los requisitos exigidos procede desestimar tal motivo de impugnación”.

B) La desestimación se sustenta en primer lugar en que no se impugna la nulidad del despido, sino que el recurso sólo se centra en el análisis de la posible concurrencia de causas para el mismo, por lo que es imposible entrar a valorar la justificación o no de la decisión extintiva si antes no se ha combatido en el recurso la nulidad decretada por la sentencia de instancia. Los tribunales resuelven un litigio previo cumplimiento por parte del recurrente de los requisitos procesales en relación con el marco sustantivo, algo que no se ha producido en esta ocasión. Añádase a lo anterior, tal como pone de manifiesto la Sala, que el recurso no se ha planteado por error en la apreciación de la prueba, y de ahí que se mantengan inalterados los hechos probados de instancia, planteando la Sala la hipótesis, supongo que obtenida a partir de un análisis detallado de los hechos probados, de que la alegación pudiera basarse en las pruebas testificales y periciales, siendo así que estas “no pueden ser esgrimidas en casación ordinaria para intentar demostrar la equivocación del juzgador”.

Desde el plano social y no sólo jurídico, el interés de la sentencia radica en la respuesta de la Sala al intento de la recurrente de desvirtuar la importancia de un hecho probado, no modificado, en instancia, cual es que una parte de la facturación empresarial no se efectuara de forma legal, es decir se realizara “en B”, por considerar que esta parte de facturación “fue una conducta de trascendencia mínima en relación con el volumen total de facturación de la empresa”.

La Sala sigue recordando pedagógicamente al recurrente que el motivo del recurso hubiera debido ser, para poder entrar en su valoración, el de error en la apreciación de la prueba y no el de infracción de normas del ordenamiento jurídico. Y ahora llega el contenido más relevante de la sentencia a mi parecer (que ha merecido algún comentario periodístico que sólo ha prestado atención a este punto, cuando como estoy tratando de explicar la sentencia es más compleja e interesante): ¿se cumplió o no por la empresa que inició el procedimiento de despido colectivo el art. 51 de la LET y el [RD 1483/2012](#) respecto a la información obligatoria a presentar durante el período de consultas? La respuesta es negativa justamente porque ha quedado probado que la representación trabajadora no dispuso de la información económica sobre facturación “en B”, aquella de la que no quedaba constancia en la contabilidad oficial de la empresa tal como quedó probado en instancia y reitera ahora el TS, por lo que no pudo llevarse a cabo una negociación de forma eficaz para alcanzar un acuerdo en cuanto que la

empresa faltó a su obligación de negociar de buena fe “con vistas a la consecución de un acuerdo”.

La discusión jurídica que puede generar esta sentencia se centrará sin duda en las manifestaciones contenidas en el apartado d) del fundamento de derecho quinto. En primer lugar, repárese en que la parte empresarial recurrente defiende su derecho a instar un procedimiento de despido colectivo con independencia de que una parte de su facturación fuera no oficial, ya que en cualquier caso, se alega, el despido se produciría porque “las ventas o ingresos se reducen significativamente”. La tesis de ese posible despido cuando concurren las circunstancias reseñadas (es decir sin cuestionarse a efectos estrictamente laborales en punto a la extinción – o añadido yo ahora de suspensión de contratos y reducción de jornada -- ) es aceptada por la Sala siempre y cuando todos los datos económicos salgan a la luz pública y se pongan a disposición de la representación trabajadora durante el período de consultas, luz pública que implica por consiguiente que también tengan conocimiento de esa realidad económica no oficial y contraria a derecho la autoridad administrativa laboral competente y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Es decir, la Sala enfatiza la importancia del desarrollo completo, ordenado y eficaz del período de consultas, en cuanto que las partes estarían en igualdad de condiciones para alcanzar o no un acuerdo, y también el órgano judicial dispondría de toda la información necesaria, en el supuesto de impugnación de la decisión empresarial, para decidir “sobre la idoneidad, adecuación y proporcionalidad de la medida propuesta”... eso sí, advierte también pedagógicamente la Sala y lanzando un claro mensaje a los autores de la vulneración jurídica, “sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales procedentes”, o dicho de otra forma que en caso de infringir las normas se atengan a todas las consecuencias que se deriven en los distintos órdenes jurisdiccionales implicados. La “ficción contable” acaecida en el litigio enjuiciado, con la ocultación de datos “trascendentes” que han impedido una negociación con datos objetivos sobre la mesa, lleva en definitiva a la Sala a la desestimación del recurso, ya que dicha ocultación al acreedor tributario “no comporta que los restantes acreedores, y menos los trabajadores, tengan que someterse a la ficción de unas cuentas cuya certeza y realidad ha quedado desvirtuada”.

Buena lectura de la sentencia.

## **12. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014.**

### **I. Introducción.**

Tuve acceso el jueves a la [sentencia dictada el 17 de febrero por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#), de la que ha sido ponente el magistrado Luis Fernando de Castro, que estima, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, el recurso de casación interpuesto por la Unión General de Trabajadores contra la [sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía \(sede Granada\) dictada el 21 de febrero de 2013](#) en proceso de despido colectivo. El TS declara la nulidad de los despidos efectuados con efecto de 1 de octubre de 2012 y el derecho de los (12) trabajadores despedidos a reincorporarse a sus puestos de trabajo, con condena solidaria de todos los codemandados en la instancia, que fueron la Consejería de innovación, ciencia y empleo de la Junta de Andalucía, el Consorcio de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Sierra Morena, el Servicio Andaluz de Empleo, y los siguientes ayuntamientos en los que prestaban sus servicios los

despedidos: Andújar, Arjona, Arjonilla, Cazailla, Escañuela, Espeluy, La Higuera, Lopera, Marmolejo, Porcuna y Villanueva de la Reina.

Con rapidez digna de elogio, y supongo que también por el indudable éxito que supone para la central sindical recurrente, la sentencia ha sido ya publicada en la [página web de la sección sindical de la Federación de Servicios Públicode la UGT de Andújar](#), en la que se puede leer que “los tres (Alpes) que prestaban sus servicios en el Ayuntamiento de Andújar volverán a sus respectivos puestos de trabajo”, por lo que todas las personas interesadas tienen acceso a la misma, y el comentario que voy a realizar de la misma me permitirá detenerme en aquellos aspectos que considero más destacados, que ya adelanto que son sustancialmente dos: el primero, de carácter general y doctrinalmente importante, cual es la incorporación del fraude de ley en la decisión empresarial de despedir como causa merecedora de la declaración de nulidad, aun cuando no esté recogida de manera en el art. 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#); el segundo, la traslación de la doctrina general sentada en esta sentencia al caso concreto, revocando la tesis de instancia de inexistencia de fraude, por entender que ha quedado debidamente probado que sí se produjo y que la actuación administrativa impugnada constituyó una clara desviación de poder, vedada por el ordenamiento jurídico administrativo.

En las redes sociales ya hemos tenido un primer debate sobre esta resolución, así como sobre las sentencias dictadas por el TSJ autonómico con anterioridad, y varias de las personas afectadas por los despidos colectivos me han animado a exponer mi punto de vista sobre la sentencia del TS, algo que acepto gustosamente si con ello contribuyo al debate sobre la mejor y más correcta aplicación de la normativa aprobada por la reforma laboral de 2012 desde la perspectiva de protección, constitucional y legal, de los derechos de las personas afectadas. Dicho sea incidentalmente, no hay votos particulares en la sentencia.

Antes de seguir con el comentario conviene efectuar una importante precisión jurídica: la [sentencia de 17 de febrero](#) es la primera de la que he tenido conocimiento sobre los recursos interpuestos contra varias sentencias que desestimaron despidos colectivos producidos en distintos consorcios, por lo que sin duda se habrán dictado ya, y notificado, otras sentencias que aún no he podido consultar y que habrán debido resolver las circunstancias particulares que se hayan producido en cada caso concreto enjuiciado en instancia por el TSJ. No obstante, y hasta donde mi conocimiento alcanza como pondré de manifiesto a continuación, la argumentación de prácticamente todas la sentencias dictadas por el TSJ de Andalucía en los despidos colectivos efectuados por los Consorcios, desde la primera de 12 de febrero de 2012, ha sido sustancialmente idéntica, con alegación de inexistencia de fraude de ley y de existencia de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo tribunal autonómico que impedía la subrogación del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) en los derechos y obligaciones de los trabajadores de los consorcios, sentencia que fue anulada por el TS en diciembre del pasado año (siguiendo la línea de anteriores sentencias). Si de la lectura de las sentencias que dicte el TS hay cambios o novedades importantes, jurídicamente hablando con respecto a la actual, así lo explicaré en el blog, pero de momento permítanme que presuma, iuris tantum, que la doctrina de la sentencia

comentada en esta entrada será semejante a las de las restantes resoluciones judiciales ya dictadas o que se dicten.

## **II. La doctrina de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía.**

La sentencia del TSJ autonómico de 21 de febrero no mereció un comentario concreto y específico en mi blog en el momento de dictarse, pero si lo merecieron otras dos sentencias de la Sala de lo Social autonómica con idéntico contenido y que por ello recupero ahora para que los lectores y lectoras del blog conozcan el parecer que me mereció en su momento la doctrina del TSJ, así como también para que tengan acceso a una parte de la información sobre los hechos probados que, por supuesto, se encuentra íntegramente recogida en la sentencia del TS.

“1. Sin prisas, y con bastante tranquilidad, el TSJ de Andalucía ha ido publicando en el CENDOJ las sentencias dictadas durante febrero y marzo de este año con ocasión de los expedientes de regulación de empleo presentados por los consorcios andaluces de unidades territoriales de empleo y desarrollo local y tecnológico (UTEDLT) para extinguir, por insuficiencia presupuestaria sobrevenida, los contratos de trabajo de los agentes locales de promoción de empleo (ALPES). Y digo que con bastante tranquilidad porque no ha sido hasta fechas bien recientes cuando se ha podido acceder a las mismas

Tuve conocimiento de la [sentencia dictada el 12 de febrero por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía \(sede Granada\)](#) por la publicación de un buen resumen de la misma en algunos medios de comunicación, habiendo obtenido la información a través del [Diario Ideal](#) que publicaba la noticia con el siguiente titular: “El TSJA avala las razones de la Junta para presentar el ERE que afectó a los agentes locales de empleo de Granada. Se trata de la primera sentencia dictada en Andalucía sobre el conflicto colectivo, que afecta en la Comunidad a los 95 consorcios”. La sentencia fue muy criticada por el que fuera presidente del comité de empresa de los consorcios granadinos, Javier Jiménez, quien afirmaba, siempre según la noticia del diario, que no se habían tenido en cuenta por el TSJ “las “muchas irregularidades” alegadas por la parte trabajadora, y que la sentencia “parece hecha al dictado de la Junta de Andalucía”. No obstante, no he podido leerla hasta fechas muy recientes, una vez que ya había tenido acceso a otras sentencias dictada por la sede de Sevilla del TSJ.

En efecto, la primera sentencia que leí con detenimiento para acercarme a la problemática de los ERES afectantes a los consorcios y a sus trabajadores fue la de [7 de marzo \(Res. 805/2013\)](#), en la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el Comité de Empresa del Consorcio UTEDLT de Aljarafe. Con prácticamente idéntico contenido en las argumentaciones jurídicas de la Sala, se han dictado también otras varias sentencias que han afectado a los restantes consorcios de la provincia, en fecha 7 de marzo ([Res. 806/2013](#), [Res. 796/2013](#), [Res. 795/2013](#)), 14 de marzo ([Res. 885/2013](#)), y 20 de marzo ([Res. 943/2013](#)).

2. Tomo como punto de referencia para mi explicación de aquello que puede afectar a todas las resoluciones judiciales la [sentencia dictada por el TSJ de Andalucía de 12 de febrero](#), de la que fue ponente el magistrado Fernando Oliet. La primera nota común de

las citadas resoluciones se concentra en el hecho de la extinción de contratos de trabajos de los trabajadores de los consorcios como consecuencia de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida para financiar los costes económicos derivada de la sustancial reducción de la partida presupuestaria estatal de las políticas activas de empleo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012, publicada en el BOE de 30 de junio.

En el hecho probado decimocuarto de la sentencia, se expone que la partida presupuestaria propuesta para todos los consorcios andaluces en 2012 (incluidos los compromisos de carácter plurianual ya adquiridos de 2011) es de 8.976.714,78 euros, mientras que “lo asignado a la Comunidad Autónoma de Andalucía por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 24 de mayo de 2.012 es de 1.107.767 euros”. La partida presupuestaria asignada por la Junta para cubrir los gastos de los consorcios en 2012 (Resolución de 24 de noviembre de 2011), cubría el período de 1 de julio de 2011 a 30 de junio de 2012, si bien constan resoluciones por las que se autorizaba partida presupuestaria para subvencionar gastos de personal de algunos consorcios durante el período comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2.012. También queda constancia, una vez extinguidos los contratos de trabajo, de la concesión de subvenciones excepcionales (Resolución de 11 de diciembre de 2012) a los diferentes consorcios, por importe de 5.846.298,62 euros, destinados a “cubrir los gastos de su personal derivados de las indemnizaciones por extinción de los contratos laborales del personal de los consorcios”.

En segundo término, estamos en presencia de entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, un total de 95 en todo el territorio andaluz, promovidas y participadas por la Consejería de Empleo a través del Servicio Andaluz de Empleo y por las entidades locales. Según consta en los Estatutos de tales Consorcios, sus funciones son “-Información y asesoramiento general sobre los programas y servicios de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo. -Promoción de proyectos en las zonas de influencia de los Consorcios. -Prospección y estudio de las necesidades de la zona, dirigido a la creación de puestos de trabajo. -Análisis del entorno socioeconómico periódico, para poder diseñar nuevas políticas de desarrollo local y de empleo. -Promoción del autoempleo, con servicio de atención personalizada. -Creación de empresas. -Dinamización y mejora de la competitividad de las Pymes en el territorio, teniendo presente las nuevas condiciones económicas en un entorno globalizado”.

La financiación de los consorcios se realizaba (vid hecho probado séptimo) con recursos propios de la Junta, de la UE en virtud del programa operativo Fondo Social Europeo para Andalucía 2007-2013, y recursos que provenían de otras AA.PP (MEySS) con carácter finalista, siendo justamente cubiertos a través de esta última vía los gastos de personal de los ALPES.

En fin, al margen de la tramitación de los ERES según las características de cada consorcio y su ámbito territorial, es cierto que se celebró una reunión que incluyó a todos los afectados en el territorio autonómico, celebrada el 11 de septiembre, con participación de los presidentes de los consorcios de cada provincia, del Director General de calidad de los servicios y programas para el empleo de la Junta, y por representantes (unitarios, sindicales y designados ad hoc) de los trabajadores de los consorcios de las ocho provincias.



3. Paso ahora al examen de los contenidos más concretos, aunque sin duda en más de una ocasión tendrán interés común para el mejor entendimiento del conflicto general, de las dos sentencias antes referenciadas.

A) En la [sentencia del TSJ de 12 de febrero](#) se plantean diferentes cuestiones que pueden afectar a la validez del ERE, tanto de forma como de fondo, en el bien entendido, como ya he indicado, que todas ellas serán desestimadas. Una primera alegación de la parte demandada versa sobre la necesidad de comparecencia en juicio, como sujetos legitimados pasivos, de los ayuntamientos participantes en los consorcios, dado que ellos eran los principales beneficiarios de la actividad de tales consorcios y que incluso podían suscitarse dudas de quien era el empresario real de los trabajadores afectados. La tesis es rechazada por la Sala por entender que la demanda se dirige contra corporaciones de derecho público (los consorcios) que según la normativa aplicable “tienen personalidad jurídica e independiente de las entidades que la conforman”, con independencia de que el SAE y las entidades locales formen parte de las mismas y estén presentes en su consejo rector.

En segundo término, se debate sobre quién debe adoptar la decisión de extinguir los contratos (algo ya suscitado en otros ERES del sector público de los que me he ocupado en otras entradas del blog), si debe ser el consejo rector del consorcio o puede serlo su presidente (como ocurrió en el litigio ahora examinado), no aceptando la tesis de la parte demandante por considerar la Sala que de los Estatutos de los consorcios “no se desprende que la facultad de decidir la tenga el Consejo Rector y no el Presidente”.

Una cuestión de mucha importancia, y que no está aun cerrada jurídicamente (hasta donde mi conocimiento alcanza) al estar pendiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, es la relativa a la previsión de subrogación del SAE en las relaciones jurídicas de los consorcios, una vez disueltos o extinguidos, y por consiguiente de la integración del personal de estos en su seno. Dicha previsión estaba recogida en la [Ley 1/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía](#), desarrollada por el [Decreto 96/2011 de 19 de abril](#). La argumentación de la parte demandante es sintetizada por la Sala de la siguiente manera: “El motivo que precede se puede sintetizar indicando que la parte demandante, entiende que antes de la extinción de los contratos de trabajo del personal que prestaba sus servicios en los Consorcios, en base a la normativa que se esgrime, existía la obligación del Servicio Andaluz de Salud, de haberse subrogado en los derechos y obligaciones de aquellos trabajadores”. Supongo que la referencia a la “Salud” es un lapsus de la sentencia y que debería decir “Empleo”.

La Sala desestima la petición basándose en el hecho de que la previsión de subrogación (disposición adicional 2ª del Decreto 96/2011) fue declarada no conforme a derecho por sentencia del TSJ (C-A) de 15 de diciembre de 2011, así como también porque la subrogación corresponde ponerla en práctica por el Consejo Rector del consorcio y no por el SAE, y “no existiendo la disolución de los indicados consorcios, no concurre el básico y esencial requisitos para que se pueda producir la indicada subrogación”.

Habrà que estar atentos a la sentencia del TS para saber cómo puede acabar este litigio, en el bien entendido que no debemos olvidar la [sentencia dictada por la misma Sala C-A del TSJ de 14 de marzo](#) que, tomando en consideración la sentencia del TS (C-A) de 21 de enero de 2013, acoge el recurso presentado por la Junta contra el auto del juzgado C-A núm. 3 de Sevilla de 9 de de noviembre de 2012 por el que se acordó “suspender la

ejecutividad de las reglas 3ª y 4ª del protocolo de integración de personas en el Servicio Andaluz de Empleo publicado en BOJA nº 84 de 30.04.2011”.

Sobre los defectos alegados en la tramitación del período de consultas, éstos versan sobre el desconocimiento de la representación de todos los trabajadores de los consorcios ostentada por el Comité de Empresa, la incorrecta composición de la comisión negociadora, el no agotamiento del período máximo de negociación (30 días), la falta de buena fe negocial por parte de la empresa al mantener su posición inicial durante todo el período, “lo que a juicio de la parte actora evidencia que la negociación no ha existido”, y la no comunicación al comité de la decisión empresarial de extinción de los contratos en los términos a que está obligada la empresa por la normativa vigente. En fin, como cuestión también alegada, pero que a mi parecer requiere del planteamiento de conflictos individuales de cada afectado, se pone de manifiesto que no se entregó a los trabajadores despedidos la indemnización debida según los arts. 52 y 53 de la [LET](#).

No tengo muy claro, tras leer el fundamento de derecho cuarto, que la Sala responda a todas las alegaciones de la parte demandante, pero en cualquier caso dejo constancia de su desestimación por entender que la entidad empleadora actuó correctamente al presentar un ERE para cada consorcio, con personalidad jurídica propia, aún cuando después aceptara la negociación con el citado comité y también con una representación ad hoc del consorcio en el que no había representación del personal (algo que no hubiera sido jurídicamente posible, y así se ha encargado de recordarlo en varias ocasiones la AN, si la representación la hubieran ostentado secciones sindicales, ya que asumen la de todos los trabajadores). Por otra parte, la Sala entiende que sí se ha aportado por la empresa toda la documentación económica que acredita la irregularidad presupuestaria sobrevenida como consecuencia de la drástica reducción de la partida presupuestaria estatal para políticas activas de empleo a gestionar por las Comunidades Autónomas, y que sí hubo propuestas diversas durante el período de consultas, tanto por parte de los consorcios que hicieron gestiones con los ayuntamientos para que asumieran a una parte de los afectados, como por la parte trabajadora que pidió su integración en el personal del SAE, algo a lo que no podía acceder la empresa en aquel momento en virtud de la suspensión de la normativa de aplicación.

No considera la Sala, y con dicción literal de la norma así es, que deba agotarse el período máximo de 30 días, si bien cabe plantear a mi parecer, a modo de obiter dicta, que el no cumplimiento de ese período puede provocar una declaración de nulidad del ERE cuando se constate la actuación vulneradora de la buena fe negocial.

Sobre la existencia de la causa económica, la financiación exclusivamente pública de tales consorcios, la reducción drástica de la partida finalista anteriormente aplicable para gastos de personal, y la imposibilidad manifiesta de los ayuntamientos para incorporar a sus plantillas al personal del consorcio, lleva a la Sala al convencimiento de que se ha producido la causa de extinción prevista en el art. 52 de la LET, incorporada tras la reforma laboral de 2012 (“e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato

de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo”).

B) ¿Qué cabe añadir de la [segunda sentencia referenciada, la del TSJ de Andalucía de 7 demarzo](#), de la que fue ponente el magistrado Luis Lozano? Pues que buena parte de los argumentos de la parte demandante son parecidos a los expuesto en la sentencia anterior, y que la Sala afirma de forma clara e indubitada, antes de analizarlos, que “Todas estas cuestiones serán respondidas a continuación, no sin advertir que ya han sido resueltas, en despidos colectivos acordados prácticamente en las mismas fechas de los trabajadores de otros Consorcios U.T.D.L.T.E. de otras provincias andaluzas, por sentencias de las Salas de lo Social del T.S.J. de Andalucía- Granada de 12 de febrero de 2013 , y del T.S.J de Andalucía-Málaga, de 27 de febrero de 2013 , y anunciar que, y anunciar que, ante la falta de nuevas razones que impongan llegar a otra solución, seguimos la ya adoptada por esas sentencias”. Todas la demás sentencias citadas al inicio de esta entrada se ajustarán al mismo patrón en cuanto a la argumentación del TSJ.

La Sala reitera la tesis de la aceptación de una mínima superación del período máximo de duración del período de consultas valorando la complejidad del asunto, y pongo especial atención (con aviso a los sujetos negociadores) en el hecho de que dicha aceptación también se debe al hecho “de que el demandante no pusiera ningún obstáculo al señalamiento de la última reunión del período de consultas cuando se había excedido ese plazo máximo”. También reitera las limitaciones, mucho mayores que en el sector privado, de las negociaciones para la parte empleadora en el sector público, concluyendo que no negociar sobre la petición de incremento de las indemnizaciones no implica vulneración de la buena fe negocial, y que “no puede apreciarse mala fe en quien por falta de autorización presupuestaria para realizar un mayor gasto, realiza la única oferta económica a la que ha sido autorizado, coincidente con la que legalmente corresponde, y que en todo caso supone una menor disposición de fondos públicos”.

La tesis de la sentencia sobre la existencia de la causa económica se concreta con bastante más detalle que en la anteriormente examinada, poniéndose de manifiesto la importante reducción de las partidas presupuestaria destinadas a los consorcios, un 90 % de la estatal y también de la autonómica, añadiendo que “no se prevé aportación presupuestaria alguna en el anteproyecto de Presupuestos de la Junta de Andalucía con relación al año 2013, a la vista de las de carácter estatal efectuadas en el año anterior”. La Sala responde a la argumentación de la parte demandante, que alega que el SAE disponía de recursos económicos para el mantenimiento de los contratos de los ALPES, llevando el terreno a un ámbito que ciertamente ha sido donde ha incidido, y mucho, la reforma laboral de 2012: “La interpretación propuesta por el demandante constituye en consecuencia la asunción del antiguo criterio interpretativo doctrinal y jurisprudencial en virtud del cual, dada la esencial unidad de la Administración Pública, no podría aducirse en ningún caso la existencia de un déficit presupuestario respecto de ninguno de sus organismos o dependencias integrantes. Ello sin embargo no es compatible con la actual regulación de la materia, que prevé expresamente dicha posibilidad del déficit presupuestario, y la facultad administrativa de verificar la extinción de los contratos del personal laboral a su servicio. La misma sin embargo aparece limitada a los supuestos en los que el desajuste sea sobrevenido y persistente (Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores), surgiendo un problema interpretativo sobre el

significado y alcance de tales notas características, que excluirían su aplicación en caso de no concurrir”. El debate no se plantea en este caso, al ostentar personalidad jurídica propia cada consorcio según sus Estatutos, con lo que la concurrencia de los requisitos legales para la presentación del ERE “puede ser examinada con carácter independiente de la situación presupuestaria de la Agencia o Consejería en la que aparezca orgánicamente integrado”.

En fin, algo que no me gusta de esta sentencia es la mínima referencia normativa internacional y europea aplicable en materia de despidos. Porque, una cosa es que la Sala entienda que la decisión de la empresa es proporcional a la gravedad de la situación que debe adoptarse, de tal manera que la mínima disponibilidad de presupuesto haga inviable la continuidad de los consorcios y de los contratos de trabajo de su personal, y otra que se diga, y me parece bien, que ese principio de proporcionalidad debe seguir aplicándose de acuerdo a lo dispuesto en el convenio 158 de la OIT y la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos. En cualquier caso, me quedo con la mención a la obligación de cumplir con ese requisito, algo negado en otras sentencia de TSJ y que ha merecido un análisis crítico por mi parte.

Sobre esta importante cuestión, cabe destacar la muy reciente aportación del magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Miquel Àngel Falguera, en su ponencia “La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos después de la Ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS”, publicada en la [revista Jurisdicción social de Jueces para la Democracia del mes de junio](#), en donde plantea que “el juicio de causalidad, en los términos planteados por la Ley, supera el de la mera formalidad, integrando el anterior de proporcionalidad o funcionalidad”, y que aquel debe situarse en tres niveles distintos: “a) la causalidad formal, por tanto si existe causa y ésta se ha acreditado; b) la causalidad sustantiva entendida en un doble sentido, esto es: por un lado el efecto que la misma tiene sobre el empleo y, de otro, la adecuación de las medidas extintivas a dichos fines; y, por último, c) el análisis, en su caso, de antijuridicidad”.

## **II. La doctrina de la Sala Contencioso-Administrativa del TS.**

No ha sido la única ocasión en que los ALPES andaluces han merecido mi atención en el blog, ya que una importante sentencia del TS (C-A) de 2 de octubre me llevó a dedicar otra entrada en cuanto que aquella estimaba el recurso de UGT contra una sentencia del TSJ autonómico tomada como referencia para alegar por la Sala de lo Social la validez de los despidos colectivos efectuados por diversos Consorcios por imposibilidad de subrogación del SAE, y dicha sentencia del TS ha sido seguida por la ya citada de 30 de diciembre de 2013 con idéntico contenido. También reproduzco por su interés los aspectos más relevantes de mi comentario.

“1. Es objeto de comentario la reciente [sentencia dictada el 2 de octubre por la sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo](#), de la que ha sido ponente la magistrada Celsa Picó. Dicha sentencia estima el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía contra la dictada por el [Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma de 20 de febrero de 2012](#), que declaró la nulidad de la Disposición Adicional Segunda del Decreto 96/2011 de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, “por vulneración de los Derechos Fundamentales garantizados en los artículo 14 y 23.2 de la Constitución

Española”. La sentencia ya se encuentra publicada en las redes sociales, por lo que mi análisis debe completarse con una cuidada y atenta lectura de la misma, y ha merecido una calurosa acogida por la federación de servicios públicos de la UGT andaluza, que afirma que “El Supremo avala lo defendido por UGT sobre la reordenación del sector público andaluz. El Supremo da "un varapalo" a los sindicatos corporativos y al PP al avalar, nuevamente, la legalidad de la reordenación del sector público andaluz”.

La resolución judicial tiene además especial interés porque hay que relacionarla, en atención a los sujetos que afecta, con varias sentencias dictadas por las Salas de lo Social del TSJ autonómico en procesos por despidos colectivos derivados de la desaparición jurídica de las UTEDLT, todas ellas con fallo contrario a la petición de la parte trabajadora de nulidad de la decisión empresarial o subsidiariamente su condición de no ajustada a derecho.

2. Antes de seguir, pongamos un poco de orden y descifremos las siglas, algunas de ellas sólo conocedoras por las personas que trabajan, o trabajaban, en el ámbito de las políticas de empleo en Andalucía. Se trata de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, y de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológicos, ambos creados como entes de derecho público con personalidad jurídica propia, mientras que por otra parte encontramos a la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo, Agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la [Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía](#). Cabe recordar que el art. 65.1 de la citada ley dispone que las agencias administrativas son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo, “a las que se atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas”. No creo, desgraciadamente, que sea necesario recordar que los ERES son los expedientes de regulación de empleo, aplicables al personal laboral tanto en el sector privado como en el público, pero en fin también dejo constancia de ello.

3. El interés de la sentencia del TS radica en el reconocimiento de la validez jurídica de la disposición impugnada ante el TSJ autonómico, y por consiguiente la validez de la normativa que regula la integración en la ASAE del personal laboral de la FAFPE y del personal de los consorcios UTELDT “tras la extinción de dichos consorcios”. Conviene recordar que [el gobierno autonómico justificó su momento, en concreto en octubre del pasado año, la disolución de los consorcios](#) porque el gobierno español había dejado de financiarlos de acuerdo a sus nuevas líneas de actuación en políticas activas de empleo.

Como consecuencia de la decisión de la Junta de la disolución, y posterior liquidación, de los Consorcios, acompañada de la tramitación de procedimientos de despidos colectivos que afectaron a los agentes locales de promoción de empleo (ALPES), en el momento actual todavía se encuentran los consorcios pendientes de definitiva liquidación a finales de octubre, algo que puede plantear cuestiones jurídicas interesantes sobre el mantenimiento del empleo del personal de los mismos, al menos de aquellos que no se hayan visto afectados por los ERES, aún cuando tampoco cabe descartar que se suscite otra interesante incidencia jurídica, cual es que, en caso de haberse interpuesto recursos de casación contra las sentencias de las salas de lo social del TSJ, el TS estimara los mismos y declarara la no conformidad a derecho de las

decisiones de la Junta. ¿Pasarían entonces los trabajadores despedidos– subrayo que se trata de personal laboral -- a integrarse en la ASAE como consecuencia de la validez del marco jurídico de antes reseñado? Quizás estas reflexiones sólo sean meras disquisiciones jurídicas realizadas desde la tranquilidad de un despacho y sin disponer de todos los datos reales de cómo ha evolucionado la disolución y liquidación de los consorcios, pero me ha parecido que valía la pena realizarlas y someterlas al parecer de los lectores y lectoras del blog.

4. Conviene recordar que el origen del conflicto jurídico que ha llegado al TS se encuentra en la [Ley 1/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía](#), y más concretamente en la disposición adicional cuarta que regula el “régimen de integración del personal”, que prevé la misma en el caso de extinción de entidades instrumentales públicas o privadas “en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias”, pasando el personal afectado a formar parte de las agencias empresariales o de régimen especial “que asuman el objeto y fines de aquellas”, remitiendo su concreción a un protocolo a aprobar por la Consejería competente y de acuerdo a las reglas generales que se enuncian en el precepto.

En desarrollo de ese precepto, el [Decreto 96/2011, de 19 de abril](#), por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo incluye una disposición adicional segunda que regula, como ya he indicado, la integración del personal laboral de la FAFPE y del personal de los consorcios UTEDLT, “desde la fecha en que se produzca su disolución o extinción”, con la condición de personal laboral de la ASAE, previendo la aplicación del art. 44 de la Ley del Estatuto de los trabajadores por tratarse, a juicio del gobierno autonómico, de una sucesión de empresas, subrogándose la ASAE en los derechos y obligaciones derivados de las normas convencionales y contratos de trabajo aplicables, y enfatizando, como ya se hacía en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 de 17 de febrero – y hago referencia a este apartado porque ha sido uno de los caballos de batalla del conflicto jurídico suscitado ante el TS --, que el acceso del nuevo personal laboral de la ASAE a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta “sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo públicas”.

5. Recordemos con brevedad que la sentencia de la sección primera de la Sala de lo C-A del TSJ andaluz de 20 de febrero de 2012 estimó el recurso interpuesto por dos asociaciones de empleados públicos, y por varios trabajadores. En el fundamento jurídico quinto se encuentra el núcleo duro de la sentencia: “Quinto.- Del examen de todo lo actuado en el actual litigio tanto en el expediente administrativo como en autos se desprende que el personal de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo procedente de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo y de los Consorcios UTEDLT que no había superado pruebas de ingreso para el acceso en el momento actual ha accedido directamente integrándose como empleados públicos bajo la consideración de personal laboral de la Administración General, y por tanto en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, art 8 EBEP , sin haber superado prueba alguna de acceso, con quiebra absoluta al principio de igualdad y vulnerando el derecho de acceso en condiciones de igualdad, conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, establecido en la Constitución, susceptible de amparo y configurado legalmente en los artículos 55 y ss del Estatuto Básico del Empleado Público. A partir

de lo cual, analizadas las alegaciones contradictorias de las partes litigantes, valorado todo lo anterior a la luz del criterio de la sana crítica en relación con lo establecido en la normativa vigente ya citada y visto lo informado por el Ministerio Fiscal, resulta obligado concluir en la necesaria estimación de las tesis impugnatorias de la parte actora contenidas en la pretensión subsidiaria del Recurso”.

La Junta recurrió contra la sentencia con alegaciones varias que la sentencia del TS analiza con detalle y de la que extraigo aquellos elementos que me parecen más relevantes. En primer lugar, entiende el TS que no hay infracción del art. 88.1 de la [Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa](#), por efectuar diversas consideraciones y manifestaciones de naturaleza laboral, ya que la cuestión enjuiciada versa sobre las incidencias que afectan a una agencia pública en el contexto de la reordenación del sector público andaluz, y en cuanto que el Decreto 96/2011 se dicta por la Junta “en el ejercicio de sus potestades públicas y versa sobre la organización de su Administración”, consiguientemente es susceptible de revisión “por los tribunales de lo contencioso-administrativo”. Tampoco se acepta el recurso en cuanto a la pretendida falta de legitimación de los recurrentes ante el TSJ, ya que se trata de asociaciones de empleados públicos y personas que intervienen por sí mismas, siendo así que el Decreto impugnado afecta a una cuestión de su interés, ya que puede “afectar a su promoción profesional la integración del personal cuestionado – de la FUFFE y de los consorcios UTEDLT – en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo –“.

Van a ser los argumentos expuestos en los motivos sexto, séptimo y octavo del recurso de la Junta los que van a prosperar y ser aceptados por el TS, siguiendo el parecer del Ministerio Fiscal, por entender que no se ha producido – a diferencia de la tesis de la sentencia ahora recurrida – vulneración alguna del principio general de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución, ni tampoco del concretado para el acceso al ámbito público en el art. 23.2, esto es “el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. No se ha producido esa pretendida vulneración porque el personal integrado en la ASEA ya tenía con anterioridad a esta decisión la consideración de empleado público, por resultar así de la aplicación del art. 2.1 (ámbito de aplicación), 8.1 (concepto y clases de empleados públicos), y disposición adicional primera (ámbito específico de aplicación) de la [Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público](#), ya que el personal integrado prestaba sus servicios para entes de derecho público y su personal laboral estaba sometido, pues, al EBEP, de tal manera que ni la Ley 1/2011, ni mucho menos el Decreto 96/2011, dictado en su desarrollo, han innovado o modificado el estatus jurídico de ese personal. Es decir, por seguir con el hilo de la sentencia, que el personal integrado es “sólo” empleado público de la ASAE, igual que ya lo era cuando prestaba servicios en la FUFFE y en los consorcios, y no es personal de la función pública de la Administración General de la Junta, ni tampoco laboral, pudiendo únicamente pasar a cualquiera de dichos estatus “si supera los correspondientes procesos selectivos”. Parece que esta es la cuestión nuclear de la argumentación del TS, ya que poco después vuelve a insistir en la misma tesis para poner de manifiesto que lo único que ha cambiado con la integración es el sujeto empleador (antes eran la FUFFE y los Consorcios, mientras que ahora es la ASAE), “sin que por la integración controvertida pasen a formar parte ni de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía”.

El debate jurídico se centra así, a juicio del TS, no en el acceso al empleo público, en cuanto que ya estaban en el mismo las personas integradas antes de la disolución y posterior liquidación de los dos entes instrumentales, sino en la limitación que de sus derechos a la promoción profesional, o lo que es lo mismo, a la ocupación de determinados puestos de trabajo, puede tener la norma impugnada, ya que de ser contraria la norma a derecho sí habría puestos de trabajo que podrían ser ocupados por quienes recurrieron ante el TSJ.

El TS entiende, con buen criterio a mi parecer, que se trata del debate sobre un derecho de configuración legal y sobre el que la administración tiene un amplio margen para su desarrollo, en cuanto que se trata de la organización de la carrera administrativa, y que la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, que únicamente se dicta en desarrollo de la Ley 1/2011, no provoca ninguna lesión “concreta y actual” del citado derecho a la promoción profesional, siendo así que pueden producirse, ciertamente, pero de forma “eventual y futura”, y entonces será el momento de su alegación. En definitiva, el TS reitera su doctrina sentada en dos sentencias de 25 de marzo de este año, en términos semejantes a los que ahora acabo de exponer.

6. La consecuencia de la inexistencia de la vulneración del principio de igualdad, así como también del derecho de los recurrentes ante el TSJ a “acceder y permanecer promocionándose en el empleo público” lleva al TS a la estimación del recurso y a la anulación de la sentencia impugnada. Está por ver ahora, y aquí concluyo, cuál será la forma de actuar de la Junta respecto del personal de los consorcios afectados por los ERES y a los que me he referido, con varias dudas suscitadas, en una parte anterior de mi comentario”.

#### **IV. La sentencia de la Sala de lo Social del TS de 17 de febrero de 2014.**

1. Voy a efectuar el comentario de los fundamentos jurídicos de la sentencia siguiendo el mismo orden que ha seguido el TS para dar respuesta a los motivos del recurso alegados por la parte recurrente, en el bien entendido que no lo será de todos, ya que la estimación del fraude de ley en la decisión empresarial llevará a la Sala a no necesitar entrar en la infracción normativa denunciada por la recurrente al amparo del art. 207 c) de la LRJS, en concreto la vulneración del art. 51.1 de la LET del Estatuto de los trabajadores por no existir a su parecer causa económica que justificara los despidos de los ALPES (“la dotación presupuestaria para la financiación de estos programas no se ha suprimido sino sólo reducido; y no concurre la insuficiencia presupuestaria alegada si se está al déficit de la Junta de Andalucía en su conjunto”), ni tampoco causa económica ni organizativa que justificara el de los directores de los consorcios (“no sólo se dedicaban a la coordinación de los equipos de los ALPES, existiendo incluso Ayuntamientos en los que existen Directores sin ese personal”. Fundamento Jurídico Segundo), y del art. 53.1 de la LET por no haberse puesto a disposición de los trabajadores despedidos la indemnización legalmente debida.

2. La Sala procede en primer lugar a examinar las infracciones procesales denunciadas por la recurrente, en concreto la incongruencia ex silentio y la infracción del principio de justicia rogada, con la vulneración de los arts. 216 (“Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”) y 218 (“1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones



de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), 97.2 de la LRJS (“2. La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo”) y 24. 1 de la Constitución, regulador del derecho a la tutela judicial efectiva.

La argumentación de la recurrente se centra en la, a su parecer, “parquedad” de la sentencia de instancia en su argumentación sobre el posible fraude de ley y la obligación de subrogación por parte del SAE. El TS recuerda que “parquedad” no es en modo alguno inexistencia de motivación, siendo así que aquello que importa es que la sentencia permita conocer cuál ha sido el razonamiento y fundamentación jurídica que ha llevado a la decisión del juzgador, trayendo a colación numerosas sentencias del TC y del TS que abundan en esta línea, diferenciando entre la argumentación más extensa y detallada de los litigantes, sus “escritos forenses”, y la que resuelve el litigio concreto, siempre y cuando esta última venga apoyada “en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”.

Este razonamiento es el que va a llevar, creo que con acierto, a la Sala a desestimar el motivo del recurso, sin entrar en modo alguno en el fondo del razonamiento judicial, ya que éste será justamente motivo de análisis separado y con respuesta satisfactoria para los recurrentes; desestimación que va acompañada de una moderada crítica al “laconismo” del TSJ autonómico sobre las cuestiones suscitadas en la demanda de fraude de ley y de deber de subrogación (me remito a mi comentario de la sentencia de instancia), pero ese laconismo no le lleva de momento a estimar la petición de nulidad de la sentencia, ya que la argumentación de instancia es “una respuesta motivada ajustada a la obligada tutela y a la exhaustividad legalmente exigible”. La motivación será más o menos válida en cuanto al fondo del conflicto, pero es consecuencia de un razonamiento que lleva a una determinada conclusión, algo que la aleja de la tacha de arbitrariedad denunciada por la recurrente, con independencia de que el razonamiento pueda ser considerado en fase de recurso como erróneo por haberse producido acontecimientos o eventos jurídicos que vayan en esa línea, y ya adelanta el TS que así ocurre en este caso, ya que la sentencia del C-A en que basó la imposibilidad de subrogación fue revocada con posterioridad por el TS, por lo que habrá que atender a esta última a la hora de resolver el recurso.

3. He dicho con anterioridad que la sentencia tiene un marcado carácter doctrinal de indudable interés, siendo hasta donde mi conocimiento alcanza la primera sentencia del TS tras la reforma laboral de 2012 que aborda de manera exhaustiva la figura jurídica del fraude de ley y sus efectos en punto a la declaración de nulidad de la decisión empresarial. Es cierto que la petición de nulidad no sólo fue planteada por la recurrente con respecto al posible fraude de ley, sino también por incumplimiento de varias de las obligaciones empresariales con respecto a cómo se inició el procedimiento de despido colectivo y durante el período de consultas. Ahora bien, la Sala entra a valorar y

examinar en primer lugar las relativas al posible fraude por considerar, con razonable criterio procesal, que si existe este ya no tendría razón de ser el examen de las otras causas de nulidad alegadas, argumentando que “en un plano ontológico, parece razonable decidir antes la corrección del acto en sí mismo atendiendo a su finalidad, que atender a su validez formal”. Y es aquí donde sienta la nueva e importante doctrina con respecto a la consideración del fraude de ley como causa de nulidad de la decisión empresarial con los argumentos que paso a examinar detalladamente a continuación.

4. Es cierto que la decisión extintiva puede impugnarse según art. 124.2 LRJS porque se haya adoptado, entre otros supuestos, en fraude de ley, pero esa posibilidad no aboca, en caso de producirse, a la declaración de nulidad de la sentencia si nos atenemos a los términos literales del art. 124.11, ya que esta se predica de determinados incumplimientos formales o por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Pero no lo es menos que el fraude de ley tampoco está incluido entre los supuestos que pueden llevar a declarar que la decisión empresarial es no ajustada a derecho, calificación jurídica que se reserva para los casos de inexistencia de causa. Por consiguiente, parece que el legislador dejó la puerta abierta en la [Ley 3/2012](#) (me pregunto si de forma voluntaria o no, algo a lo que la Sala responderá considerando que no lo fue) a que el fraude de ley pudiera tener un determinado efecto jurídico u otro, aunque sin duda no hay que olvidar, y así lo hará la Sala más adelante en su razonamiento, la importancia del art. 6.4 del [Código Civil](#) respecto a delimitar los efectos jurídicos de la conducta fraudulenta por parte empresarial (“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 hubiere tratado de eludir”).

Para la Sala, no tiene mayor importancia, por considerar que esa circunstancia obedece “... a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna”, que en el art. 124.9 de la LRJS en la modificación operada por el RDL 3/2012 sí se incluyera el fraude ley como causa de nulidad (“La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho), mientras que no lo recogiera el citado precepto (ahora en su apartado 11) tras la tramitación parlamentaria que llevó a la aprobación de la Ley 3/2012 (“La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley”).

Compartiendo la tesis de fondo de la sentencia, esto es la consecuencia de la nulidad de la decisión empresarial efectuada en fraude de ley, no creo que el cambio del [RDL3/2012](#) a la Ley 3/2012 fuera una omisión u olvido, sino que fue consecuencia de los pactos y acuerdos alcanzados en la [tramitación parlamentaria de la norma en la](#)

[Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados](#). En efecto, si se repasa la tramitación parlamentaria puede comprobarse que el informe de la Comisión era idéntico al texto del art. 124.9 de la LRJS en redacción del RDL 3/2012, mientras que el cambio se produce en el texto aprobado poco después por la Comisión, como consecuencia, repito de diferentes acuerdos transaccionales entre los grupos parlamentarios.

Más interesantes me parecen las argumentaciones de la Sala para defender su tesis de la nulidad de un despido colectivo por fraude de ley cuando la misma había sido abandonada para los despidos individuales desde la aprobación de la [Ley de Procedimiento Laboral en 1990](#), abandono que fue objeto de críticas por un sector de la doctrina científica iuslaboralista, entendiendo la Sala que una decisión de este tenor tiene “mucho mayor gravedad” que una de carácter individual (coincido en cuanto que afecta a más personas, pero también digo que la decisión que afecta a una sola persona es igual de importante para ella que la que afecte a muchos trabajadores en un despido colectivo), y vinculándola, con acierto a mi parecer, al incumplimiento de la normativa autonómica que preveía la incorporación del personal de los Consorcios al SAE, llevándole ello a sostener que la decisión del despido colectivo llevada a cabo por el Consorcio (y añadido yo ahora que la tesis me parece válida para todos los demás litigios que haya resuelto o deba resolver el TS sobre despidos colectivos producidos en otros Consorcios) “tiene su propia regulación y consecuencias... (que) trascienden a un plano superior de intereses generales”.

Para cerrar su amplia, bien detallada y fundamentada argumentación de defensa de la nulidad de un despido colectivo en fraude de ley, que sin duda será acogida por los TSJ, AN y JS cuando las partes demandantes aleguen, y puedan probar, la existencia de dicho fraude, la Sala defiende, y hay que valorarlo positivamente, que no puede darse una menor protección jurídica a decisiones colectivas adoptadas de forma contraria a derecho que a las que adoptadas en un procedimiento individual, y que tampoco puede tratarse de peor condición en cuanto a protección de los derechos de los trabajadores a un despido fraudulento que a uno en donde se hayan producido algunos incumplimientos formales, quedándome por mi parte con la defensa de la estabilidad en el empleo (un principio fundamental del Derecho del Trabajo pero claramente debilitado en la reformas de 2012), aunque sea referida al caso concreto enjuiciado, al afirmar la Sala que “en todo caso no resultaría en manera alguna razonable que ciertas deficiencias de procedimiento determinen la nulidad de la decisión adoptada por la empresa y que este efecto sin embargo no se produjese cuando la decisión extintiva, burla – pretende burlar, más bien – la estabilidad en el empleo que por expresa y variada disposición normativa se atribuye a los trabajadores (como veremos por Ley, Decreto y Resolución de una Secretaría General”).

5. Sentada la doctrina general sobre la nulidad del despido colectivo cuando la decisión empresarial se produzca en fraude de ley, la Sala repasa en el fundamento jurídico quinto cuál es la normativa autonómica de aplicación al caso enjuiciado, que ha sido objeto de amplia explicación por mi parte en los comentarios realizados con anterioridad a las sentencias de las Salas de lo Social y Contencioso-Administrativo del TSJ andaluz.

A efectos de la resolución del recurso me parece importante recordar que tanto en el art. 8 de la Ley 1/2011 como en la disposición adicional cuarta de esta norma, así como

también en la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 de 19 de abril y en la [Resolución de la Secretaría General de la Administración Pública de la Junta de 20 de abril de 2011](#), se contempla la subrogación del SAE como empleador del personal laboral de los Consorcios UTEDL, y que dicha subrogación se debía producir “desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción”. Igualmente conviene poner de manifiesto, y así lo hace la Sala, que un argumento del TSJ autonómico cual era que la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 había sido declarada no conforme a derecho por sentencia del TSJ autonómico (C-A) de 20 de febrero de 2012, no es válido en el momento de resolver este conflicto laboral por el TS ya que dicha sentencia fue revocada por la [Sala de lo C-A del alto tribunal en sentencia de 30 de diciembre de 2013](#), sentencia que reproduce la argumentación, entre otras de la sentencia de 2 de octubre (analizada con anterioridad), y que dio validez a la integración del personal laboral (en lo que ahora interesa de los Consorcios) en el SAE sin considerarla ilegal o discriminatoria con respecto a otros colectivos, con fundamentación laboral acertada en el principio de sucesión de empresa regulado en el art. 44 de la LET porque, dice el TS (C-A), “pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía dispuesta por el legislador autonómico con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida”.

Para la Sala de lo Social, no sólo es importante la normativa citada, así como las posteriores resoluciones judiciales, sino también la clara voluntad política datada del año 2010, más concretamente del 27 de julio, es decir mucho antes de que se produjeran los despidos colectivos como consecuencia de la reducción de las partidas presupuestarias destinadas a las políticas activas de empleo, de proceder a la disolución de los consorcios. La Sala menciona el [“Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía”](#), en el que se plantea la “reducción del número de entidades instrumentales” con un objetivo, entre otros de “la defensa del empleo público” y que preveía entre otras medidas la “extinción por una comisión liquidadora de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico. El resultante de tal liquidación será objeto de traspaso, en los términos que se fijen por la citada comisión liquidadora y con carácter preferente al Servicio Andaluz de Empleo, para su aplicación a fines y servicios de las políticas activas de empleo, y con carácter secundario, a las administraciones locales de ámbito territorial para su aplicación a fines y servicios de desarrollo local”.

Es decir, una decisión política de 2010 se convierte en 2012 en una medida operativa cuyo cumplimiento se pospone a la práctica desaparición de personal contratado por los consorcios, debatiéndose, ya lo adelanto, si la estrategia empresarial fue o no una decisión fraudulenta para evitar el cumplimiento de la normativa autonómica de integración de todo el personal de los consorcios en el SAE tal como dispuso en su momento la normativa antes citada. La Sala responderá afirmativamente y considerará que la decisión empresarial vulneró la normativa vigente por adoptarse en fraude de ley, revocando la decisión del TSJ autonómico.

6. La estimación del fraude de ley en la decisión de proceder a los despidos colectivos (en este Consorcio, pero repito que con argumentación perfectamente extrapolable a todos los demás litigios) se argumenta también de forma muy extensa y detallada en el fundamento jurídico sexto de la sentencia ahora comentada, que tiene el significativo

título de “La acreditada existencia del fraude de ley”. La Sala va de lo general a lo concreto, o expresado en términos más jurídicos, recuerda en primer lugar su doctrina sobre la necesidad de acreditar el fraude de ley por quien lo invoque, dado que el mismo no se presume, con mención a la doctrina de que puede demostrarse si los datos objetivos del caso revelan “el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley”, y a continuación va rebatiendo las argumentaciones del tribunal autonómico sobre la inexistencia del fraude por no compartir el rigor argumental con el que se manifiestan, aun cuando la Sala es consciente, pero entiende que el marco jurídico no invalida en modo alguno su intervención, de que la apreciación del fraude es “facultad primordial del órgano de instancia, por cuanto que en la materia juegan decisoriamente las normas sobre carga de la prueba.. y las reglas sobre presunciones...” (con cita de los arts. 217, 385 y 386 de la LEC).

¿Cuál es el contenido de mayor relevancia, a mi parecer, de la sentencia en este punto?. En primer lugar, la previsión ya desde julio de 2010 de la disolución y extinción de los consorcios, aun cuando no se fijara fecha concreta al respecto, algo que destaco yo ahora es lógico porque un proceso de reestructuración empresarial, y mucho más en el sector público, necesita de una planificación orientativa en donde los plazos vayan adecuándose a las necesidades organizativas.

En segundo término, que las reducciones en las partidas presupuestarias provenientes del Estado, y que llevarían a la presentación de los despidos colectivos, eran conocidas con anterioridad a esa decisión, ya que la asignación estatal para 2012 fue aprobada en la conferencia sectorial estatal de empleo y relaciones laborales del 24 de mayo (aún cuando la [Orden ministerial por la que se aprueban y publica la distribución de datos de 24 de septiembre](#)).

En tercer lugar, que ante la gravedad de la situación económica, derivada de la reducción de la asignación estatal en casi un 90 % con respecto al año anterior (las previsiones con las que operaba la Junta eran las del mantenimiento de la cantidad asignada en 2011), la decisión adoptada por los consorcios (cuya presidencia, recuerda la Sala, “corresponde al delegado provincial de la Consejería de Empleo) no es la de proceder a su disolución (previsión expresamente contemplada en el art. 49 de los Estatutos) sino la de proceder al despido colectivo de su personal laboral.

En fin, dado que la decisión adoptada tiene un coste económico legalmente obligado (20 días de salario/año y un máximo de 12 mensualidades), y ante la falta de disponibilidad económica para el pago de tales indemnizaciones, la Junta aprueba en diciembre de 2012 una subvención de cerca de seis millones de euros “para hacer frente a las indemnizaciones por el despido colectivo de todos sus trabajadores”.

La actuación de los Consorcios, optando por el despido de sus trabajadores y no por la disolución del ente, es el dato fundamental que lleva a la Sala a estimar que la decisión empresarial se ha adoptado “con una clara desviación de poder por parte de las Administraciones Públicas”, con lo que ello supone de incumplimiento de la normativa administrativa, en concreto del art. 70.2 de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa (“2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por

desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico que habrá de conllevar la nulidad de la medida adoptada”). El vicio de la desviación de poder, con la existencia de una causa ilícita, llevará a su concreción en sede del ordenamiento laboral a la declaración de nulidad porque aquello que ha pretendido la Administración Pública implicada, bajo la apariencia del cumplimiento de la normativa reguladora de los despidos colectivos, es evitar la integración del personal del consorcio en el SAE, con la condena solidaria de todas las codemandadas tal como he indicado al inicio de la exposición, cuestión de no menor importancia jurídica y que requeriría de un más completo análisis que va más allá del comentario de la sentencia, sobre cómo se ejecutará la sentencia y quién será el empleador de los trabajadores fraudulentamente despedidos.

La Sala entiende que de todos los datos aportados puede deducirse sin mayor complejidad la existencia de una actuación fraudulenta por parte de la Administración con el único objetivo de evitar el cumplimiento de la normativa sobre su integración en el SAE. Llega a tal conclusión porque no se adoptó la decisión que hubiera sido más lógica y razonable para los ayuntamientos que formaban parte del consorcio, esto es su disolución, y que sólo hubiera supuesto que los trabajadores pasaban a formar parte del SAE, sin coste económico alguno para la administración local, y por el contrario optan por una solución mucho más gravosa económicamente para sus arcas en cuanto que tenían que abonar una indemnización para la que no disponían de fondos económicos y que finalmente, tal como he explicado, será abonada con cargo a una partida presupuestaria excepcional de la Junta, solución que al mismo tiempo es mucho más lesiva para los trabajadores afectados ya que se erosiona totalmente la previsión que tenían de estabilidad en el empleo por la subrogación del SAE como empleador cuando se disolviera el consorcio.

La decisión no fue adoptada por cada consorcio después de un estudio y análisis de su situación particular, sino que fue una decisión colectiva que afectó a todos ellos y adoptada por el respectivo Consejo rector a cuyo frente se encuentra el delegado provincial de empleo (o dicho de otra forma, es la Junta la que toma de facto la decisión de optar por los despidos colectivos y no por la disolución y extinción de los consorcios).

En fin, y sabiendo que me dejo algún punto interesante de la argumentación judicial en el tintero/ordenador y pido a los lectores y lectoras del blog que suplan mis carencias con la lectura íntegra de esta compleja sentencia, la sentencia tiene un especial interés por lo que respecta a la importancia de aquello que se dice y cómo se dice en la comunicación extintiva a los trabajadores despedidos, en cuanto que dicha comunicación puede tener una importancia determinante en el litigio judicial posterior, y desde luego para el TS la tiene en cuanto a la intencionalidad fraudulenta de la Administración ya que en tales comunicaciones “... de manera inequívoca se presenta la extinción de los contratos de trabajo como paso previo a la disolución del ente”.

7. En los primeros debates que hemos tenido en las redes sociales sobre la sentencia del TS se ha dicho que este le da “un repaso en toda regla” al TSJ andaluz. Desde el plano jurídico que me corresponde en este comentario, no es en puridad un “repaso” tal como pueda entenderse en el lenguaje coloquial, sino una cuidada argumentación del alto tribunal para ir rebatiendo, una por una, las argumentaciones que llevaron al TSJ a desestimar la demanda en este conflicto y en todos los demás que debió conocer sobre despidos en consorcios.

Muy probablemente donde se comprueba perfectamente es en el apartado 4 del fundamento jurídico sexto, al rechazar en primer lugar que la actividad del consorcio persistiría tras los despidos de todo su personal porque quedaba pendientes de llevar a cabo el pago de las indemnizaciones, criticando la Sala que el argumento de la sentencia de instancia es un sofisma “pues para justificar la no disolución parte de la petición de principio de que procedía el despido colectivo”, y manifestando además de forma tajante que aquello que en instancia se califica de “consecuencias administrativas diferidas” como el pago de indemnizaciones, “no son funciones propias del Consorcio – las fijadas en sus Estatutos – sino las que acompañan a la disolución de cualquier ente”.

Respecto a la argumentación formal de instancia de que el SAE no tenía competencias para disolver y liquidar un consorcio porque ello correspondía al Consejo rector, es una “obviedad” para el TS que, tras haber analizado con anterioridad la importancia asumida en todas las decisiones de los despidos colectivos por el Presidente de cada consorcio, el delegado provincial de empleo de la Junta, manifiesta que implica “los imprescindibles componentes del fraude de ley que estimamos concurrentes”. En fin, ya he explicado con anterioridad, y no reitero ahora, que una parte de la tesis del TSJ se basaba en una sentencia del mismo tribunal (sala C-A) que será [revocada en diciembre de 2013 por el TS](#).

8. Concluyo mi explicación, a la espera de conocer, cuando sean publicadas las sentencias que resuelven los recursos de casación interpuestas contra otras sentencias del TSJ andaluz, si hay algún aspecto o contenido concreto que requiere de un análisis específico por apartarse de la (importante) doctrina sentada la sentencia de 17 de febrero. Y todo ello, es decir los comentarios o análisis adicionales, como siempre digo mientras el cuerpo y la salud aguante.

Buena lectura de la sentencia.

### **13. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014.**

1. Es objeto de un breve comentario en esta entrada del blog, en cuanto que se mantiene y reafirma la doctrina fijada en dos anteriores resoluciones judiciales del alto tribunal, la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de enero](#), de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey. Dicha sentencia se dicta como consecuencia del recurso de casación interpuesto por dos socios individuales que fueron condenados, por formar parte de un grupo laboral, en la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de marzo de 2013, desestimando dicho recurso de acuerdo con el criterio expuesto en el preceptivo informe del Ministerio Fiscal.

2. En una [entrada anterior del blog](#) realicé un, también, breve comentario de la sentencia del TSJ autonómico, que ahora reproduzco.

“Me refiero ahora a la sentencia del TSJ de Galicia de 21 de marzo de 2013, de la que fue ponente la magistrada Rosa M<sup>a</sup> Rodríguez. A diferencia de la sentencia dictada por el TSJ de Asturias el 14 de febrero (asunto Tenneco) y que he explicado con anterioridad, el hecho de que la empresa se mantenga inamovible durante el período de consultas en su planteamiento de extinción de todos los contratos no constituye vulneración de la buena fe negocial, por entender la Sala, de una manera harto

excesivamente simplista a mi parecer y en relación con el objetivo del período de consultas, que esa actuación empresarial no implica que haya hecho del período “un mero formalismo”, y es importante que haya propuestas y contrapropuestas... “con independencia de que las negociaciones lleguen a buen fin, como se ha hecho reconociendo antigüedades, pago de atraso o vacaciones”.

En cuanto al dato más relevante a efectos de estimar la demanda presentada por el sindicato CIG y condenar solidariamente a varias empresas codemandadas, y a absolver a otras, la Sala entiende debidamente probada y acreditada la existencia de un grupo laboral o patológico, ya que los trabajadores afectados por las extinciones han realizado su trabajo en dos empresas, prestando servicios en una para otra y con vehículos y maquinaria de esta segunda; hay “una creación de empresas aparente sin sustento real”, quedando debidamente probado tanto con las pruebas aportadas como durante el acto del juicio; existe “confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”. Para la Sala, que sigue la jurisprudencia del TS al respecto, “esta actividad y este entramado de empresas se hace en fraude de ley, y sirviéndonos de los términos del Tribunal Supremo, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las entidades en perjuicio de los trabajadores de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio en base al cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfrace situaciones de hecho en las que en realidad se actúa como una sola entidad empleadora bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente, de donde resulta la condena solidaria de todas”.

3. El TSJ gallego condenó solidariamente a varias empresas por considerar probada, como acabo de indicar, la existencia de un grupo laboral. El recurso de casación se interpone por las dos personas físicas condenadas, al amparo de los apartados d) y e) del art. 207 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, con pretendida alegación de error de hecho en la apreciación de la prueba y vulneración de la normativa, y digo pretendida porque en ninguno de los dos supuestos la Sala considera probadas sus alegaciones.

Respecto al presunto error en la apreciación de la prueba, es difícil, por no decir imposible, que pueda prosperar cuando no se indica cuál es el hecho probado de la sentencia de que se discrepa y qué redacción alternativa se propone, tratándose más de bien de un intento de la parte recurrente de demostrar que sus tesis defendidas en instancia eran las correctas, de tal manera que la Sala no puede sino rechazar la pretensión, tras recordar cuáles son los requisitos que deben concurrir en un recurso en el que se alegue error de hecho según la consolidada doctrina de la Sala, ya que “además de no precisarse cuál es el hecho probado que se busca revisar, lo que la parte recurrente hace es precisamente desgranar sus argumentaciones sobre el cómo debía de haberse abordado el conflicto en un sentido favorable a sus intereses, sin ofrecer el texto alternativo al que la Sala de instancia fija en la configuración del sustrato fáctico sobre el que asienta el enjuiciamiento”.

Sobre la vulneración de la normativa y de la jurisprudencia, la recurrente expone que no existe, en contra del criterio del TSJ, grupo de empresa a efectos laborales, ya que si bien sí había una dirección única no se daban los restantes elementos adicionales que la jurisprudencia ha fijado para determinar la existencia de dicho grupo, con alegación añadida de que no cabría “la imputación de responsabilidad a los recurrentes personas físicas por el principio de responsabilidad limitada de los socios”. Más que una argumentación sobre la vulneración de normas y de jurisprudencia, aunque ciertamente



la recurrente indica cuales son las sentencias que a su parecer abonarían su tesis y los preceptos legales en que se basa (además, dicho sea incidentalmente, de aportar varias sentencias de TSJ y de la AN, debiendo recordarle pedagógicamente la Sala que “por no constituir doctrina jurisprudencial, no son adecuadas para fundamentar el recurso de casación”), la recurrente trata de defender nuevamente una versión distinta de los hechos de los probados en instancia, en donde el tribunal llegó a la conclusión, a partir del amplio bagaje probatorio, que había un grupo laboral, o dicho más exactamente “una unidad empresarial entre las sociedades mercantiles condenadas y los dos codemandados individuales, a todos los cuales les confiere la consideración de un único grupo que actúa como empleador”.

La alegación de la parte recurrente lleva necesariamente a la Sala a recordar cuál su doctrina sobre los grupos de empresa y cuándo puede entenderse que existe un grupo laboral con la consiguiente responsabilidad solidaria de sus miembros, y a tal efecto trae a colación la doctrina sentada en primer lugar por su sentencia de 20 de marzo y más adelante, “con algunas precisiones”, en la de 27 de mayo, siendo los elementos adicionales que necesariamente deben existir para apreciar tal responsabilidad solidaria los siguientes: “a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”.

El mantenimiento inalterado de los hechos probados de instancia es determinante para la desestimación del recurso, en cuanto que quedó debidamente acreditada la “continua y clara confusión entre la titularidad patrimonial de las sociedades y las de sus socios”, abusando jurídicamente estos últimos de su condición pues su actuación era muy negativa para las sociedades, ya que “consistía en apropiarse de lo que deberían haber sido ingresos de la sociedad con los consiguientes efectos negativos para ésta...”. La actuación de los socios individuales implica un claro uso fraudulento de la normativa societaria, pues su objetivo era tratar de eludir sus responsabilidades mediante la creación de empresas “pantallas” o interpuestas. La Sala recuerda, con buen criterio a mi parecer, su consolidada doctrina sobre el levantamiento del velo, y aplicando la misma ello permite “ver la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente dirigida a obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores”, siendo en definitiva sólo una unidad empresarial la existente, acreditada debidamente, y que incluye a todos los sujetos condenados en instancia, con independencia de que no hayan recurrido la misma.

Buena lectura de la sentencia.

#### **14. Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 12 de marzo de 2014.**

1. Motiva esta entrada la lectura de dos interesantes sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las que se debate, desde la perspectiva de una extinción individual en un caso y de un despido colectivo en otro, la conformidad a derecho de la decisión extintiva adoptada por la empresa mientras estaba vigente un acuerdo alcanzado con anterioridad por la parte empresarial y la representación de los trabajadores de suspensión de contratos de trabajo durante un determinado período de

tiempo. En ambos casos, el acuerdo requirió la aprobación posterior de la autoridad administrativa laboral por haberse adoptado en marzo de 2010 y julio de 2011, respectivamente, es decir antes de la supresión de la autorización de la autoridad administrativa en virtud de lo dispuesto en la reforma laboral de 2012 (arts. 47 y 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre).

Ya adelanto que ambas resoluciones judiciales declaran que la actuación empresarial ha vulnerado la normativa vigente, si bien la particularidad no menor de la sentencia que juzga sobre la extinción individual con respecto a la que ha de pronunciarse sobre la extinción colectiva es que la primera, que estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, declara la nulidad de la decisión empresarial, mientras que la segunda, que desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de instancia de un Tribunal Superior de Justicia, declara la extinción no ajustada a derecho. Ambas sentencias ya se encuentran disponibles en la base de datos del CENDOJ.

2. Por orden cronológico cabe referirse en primer lugar a la [sentencia dictada el 12 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado Jordi Agustí, que resuelve el RCUUD interpuesto contra la [sentencia del TSJ de Andalucía \(sede Sevilla\) de 31 de octubre de 2012](#), de la que fue ponente el magistrado Jesús Sánchez, que había desestimado el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz de 16 de marzo de 2011. En síntesis, el litigio versa, como muy didácticamente explica la Sala en su fundamento jurídico segundo, en determinar “si una empresa que ha obtenido en un ERE autorización para suspender los contratos de trabajo, durante un determinado período de tiempo, de un grupo de sus trabajadores, puede, durante dicho período, por las mismas causas aducidas en el ERE, acordar el despido objetivo, de alguno de los trabajadores que tienen el contrato suspendido”.

A) La sentencia recurrida aceptó la posibilidad de que una empresa pueda proceder al despido objetivo individual de un trabajador incurso en ese momento en un ERE de suspensión de contratos si existe causa para ello a juicio de la empresa y aunque coincida con la alegada para llevar a cabo el citado ERE, siendo pues en ambos casos la mala situación económica la que lleva, primero, a una suspensión contractual colectiva, y después a una extinción objetiva individual. Según consta en los hechos probados de la sentencia del JS y que se recogen ahora en los antecedentes de hechos de la resolución del TS, cuando se produjo la extinción por causas económicas y productivas, con efectos de 31 de diciembre de 2010, el trabajador estaba afectado por un procedimiento de suspensión contractual que afectaba a 13 trabajadores y que había sido acordado con la representación de los trabajadores y posteriormente validado por la autoridad laboral, con efectos desde el 5 de marzo de 2010 al 4 de marzo de 2011, no siendo de menor importancia señalar que anteriormente ya se había producido un acuerdo de suspensión durante el año inmediatamente anterior al inicio del que estaba vigente en el momento en que se produjo el despido.

La sentencia del TSJ andaluz se refiere a la normativa vigente cuando se produjo el despido, los arts. 51 y 52 c) de la LET en la redacción dada por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, y afirma que con la nueva redacción del art. 52 c) “... el contrato podrá extinguirse, cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo, esto es, "se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que

puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado" y habiendo sido declarado probado que la empresa tiene pérdidas en el año 2008 de 120.585 euros, en 2009, 222.991 euros y en 2010, hasta el 31 de octubre 124.976 euros, con descenso del volumen de negocio de 2.125.773 euros en el año 2001 a 844.120 euros, en la fecha indicada de octubre 2010, vista la situación de la misma, no parece inadecuada la adopción de la medida extintiva, aunque se hubiesen encontrado actores incurso en un expediente de suspensión de contratos, como ha declarado esta Sala, en Sentencia núm. 2756/2010, de 13 octubre, rec. 1345/2010, pues la empresa no ha mejorado, sino que sigue manteniendo altas pérdidas y descenso en el volumen de negocio y la suspensión del contrato tan solo, art. 45.2 ET , exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”.

El RCUD aportó como sentencia de contraste, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 219 y ss de la LRJS, la [sentencia dictada por el TSJ del País Vasco de 19 de abril de 2011](#), de la que fue ponente la magistrada Ana Isabel Molina. La sentencia estima el recurso de suplicación y declara improcedente el despido por causas económicas de un trabajador. La argumentación más relevante de la sentencia, a los efectos de mi comentario, se encuentra en estos fragmentos del fundamento de derecho tercero que reproduzco a continuación: “No apreciamos ni causas distintas ni, sobre todo, un cambio sustancial de la situación empresarial determinante del ERE suspensivo afectante al trabajador con la que concurre al tiempo de su extinción contractual. Las pérdidas estimadas para junio de 2010 si bien se calculan en el marco del ERE suspensivo incluso denotan una reducción de las mismas en proporción a las alcanzadas en 2009 (pérdidas económicas reales, abstracción hecha de la venta de la sociedad filial), y en relación al informe de viabilidad se elabora cuatro meses después del ERE suspensivo pero adoptando unas cifras de pérdidas económicas y de volumen de negocio que son prácticamente coincidentes con las valoradas al tiempo de aquel ERE revelando que son similares los datos adoptados y, consiguientemente, que se pudieron elaborar y considerar esas medidas de viabilidad entonces, y sin embargo, se acordó con la parte social un expediente suspensivo. En función de lo expuesto declaramos, previa estimación del recurso de suplicación, improcedente el despido del demandante al advertir que se trata de un trabajador afectado por un ERE suspensivo de su relación laboral, al que se extingue su contrato de trabajo por iguales causas y concurriendo circunstancias similares a las que determinaron el ERE suspensivo, extinción operada durante la vigencia del mismo que concluía siete meses después de la decisión extintiva”.

B) Delimitados ya los términos del debate jurídico, existe la contradicción requerida por el art. 219 de la LRJS para que el TS unifique doctrina, ya que en los dos litigios conocidos por los TSJ andaluz y vasco se ha debatido sobre despidos objetivos producidos mientras estaba vigente un ERE de suspensión de contratos, con respuestas distintas (desestimatoria en la recurrida, estimatoria en la de contraste) aunque el supuesto de hecho era prácticamente idéntico, la extinción por las mismas causas que se había acordado la suspensión, o por decirlo con las propias palabras del TS, “sin que en ninguno de los dos casos se haya producido una variación de las causas que motivaron el ERE, ni haya habido un cambio relevante de circunstancias”. No afecta, desde luego, a la contradicción, el hecho del momento en que se producen las extinciones y su distancia temporal mayor o menor con respecto a la fecha de finalización del ERE

acordado y vigente, si bien cabe dejar constancia de que es distinto en cada supuesto, ya que en la sentencia de contraste el despido se produce con efectos de 28 de mayo de 2010 cuando el ERE estaba pactado hasta el 31 de diciembre de ese año, mientras que en la sentencia recurrida, como he indicado con anterioridad, los efectos del despido son de fecha 31 de diciembre de 2010 y restaban dos meses y cuatro días, hasta el 4 de marzo de 2011, para la finalización del período de suspensión contractual.

C) La doctrina unificada adoptada por la Sala (art. 228 LRJS) se contiene en el fundamento jurídico segundo, y al estimar el RCUD declara que es “la contenida en la sentencia de contraste”. La Sala acepta la posibilidad de extinguir un contrato por causas objetivas al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) de la LET (económicas, técnicas, organizativas o de producción), cuando esté vigente un ERE de suspensión de contratos (como ocurre en el caso enjuiciado, por existencia de causas económicas y productivas que no se discuten) siempre y cuando se haya producido una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de dicho acuerdo de suspensión, alteración que puede darse bien cuando exista una nueva causa “distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta en la suspensión”, o bien aunque se trate de la misma causa o causas que motivaron el ERE vigente se ha producido, en el período que media desde que se aprobó éste hasta la decisión extintiva empresarial, “un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión”.

Tras el análisis de la sentencia recurrida, la Sala concluye, con adecuado y fundado criterio a mi parecer, que no se ha dado ninguna de las dos alteraciones que posibilitarían la decisión extintiva, ya que las causas son las mismas y no se ha producido ningún cambio sustancial en los meses transcurridos desde que se acordó el ERE. Frente a la tesis del TSJ andaluz, que estima la validez del despido aunque sea por las mismas causas que el ERE y que apoya su argumentación en el dato fáctico de que la empresa mantiene en dicho período de tiempo “altas pérdidas y descenso en el volumen de negocio”, el TS entiende que la respuesta es justamente la contraria porque la situación de la empresa es justamente la que afirma la sentencia recurrida, es decir “que no ha mejorado” con respecto a la situación anterior, pero el hecho de que no haya mejorado y siga manteniendo pérdidas (repito, según los propios términos de la sentencia recurrida) es lo que lleva al TS a fundamentar su tesis de la no conformidad a derecho de la decisión empresarial ya que “la situación de la empresa, sigue siendo la misma –no ha mejorado, pero tampoco ha empeorado- que la existente en la fecha de la repetida autorización suspensiva de las relaciones contractuales de un grupo de trabajadores, entre ellos, el demandante..”.

D) La tesis de la sentencia unificadora será sustancialmente la misma que acogerá la Sala en una nueva sentencia dictada en proceso por despido colectivo y a la que me referiré más adelante, y aquí hubiera podido acabar la nota explicativa de la sentencia de 5 de marzo, pero no es, ni mucho menos así, ya que en un breve pero muy denso e importante jurídicamente hablando apartado c) del fundamento de derecho segundo, se aporta doctrina, sustentada en los hechos probados de la sentencia de instancia, que llevarán a la Sala a la declaración de nulidad de la decisión empresarial y por consiguiente a la condena “a la readmisión inmediata del trabajador...”.

Estamos, recuerda la Sala, ante una situación fáctica, despido de un trabajador, que se produce mientras que está vigente un acuerdo adoptado por la empresa y la representación del personal, “acuerdo refrendado además por la totalidad de la

plantilla” y que fue aprobado posteriormente por la autoridad laboral. En dicho acuerdo no existía ninguna cláusula que permitiera al sujeto empresarial proceder a la extinción individual o colectiva de contratos de las personas afectadas por el ERE suspensivo mientras estuviera ejecutándose el mismo, por lo que los trabajadores afectados podían tener una razonable certeza de la no alteración de su estatus jurídico contractual mientras aquel estuviera operativo (quizás, apunto desde una perspectiva de fortalecimiento de esa certeza jurídica, no estaría de más, como ocurre en más de una ocasión cuando se pactan en la actualidad los ERES de suspensión o reducción de jornada, que se hubiera incorporado una cláusula en virtud de la cual la empresa se comprometía a no proceder a despidos individuales o colectivos durante todo ese período, si bien habitualmente la parte empresarial desea, y así ocurre también en bastantes ocasiones, que ello será así salvo circunstancias sobrevenidas que alteren sustancialmente los términos del acuerdo de suspensión contractual o reducción de jornada). Al tener esa “razonable certeza”, que no deja ser de una plasmación de la buena fe contractual que debe predicarse de las dos partes que adoptan un acuerdo, y a la que se refieren varios preceptos de la LET para dejar sentada la obligación de las partes, ya sea en acuerdo individual o en colectivo, de respetarla, la Sala entiende que la decisión empresarial ha supuesto un quebrantamiento de dicha obligación de respetar la buena fe negocial, y que actuando de esta manera sin causa que lo justifique ha quebrantado la confianza que los trabajadores tenían en el cumplimiento del acuerdo de suspensión en sus propios términos ya que ambas partes se habían comprometido expresamente a ello; es decir, ha sido la empresa la que ha ido contra sus propios actos anteriores, repito sin causa que lo motive o justifique a juicio de la Sala, actuando de forma abusiva, siendo el abuso de derecho una actuación antijurídica para la que el Código Civil en su art. 7 prevé la correspondiente corrección al objeto de evitar que se mantenga, o no se corrija debidamente la situación producida (“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”).

La necesaria corrección más ajustada a derecho de la antijurídica decisión empresarial lleva a la Sala, teniendo en cuenta que estamos ante un incumplimiento del art. 53 de la LET sobre la forma y los efectos de la extinción por causas objetivas, y del art. 122 de la LRJS sobre la calificación de la extinción del contrato, y poniéndolos en relación con el ya citado art. 7 del CC a la declaración de nulidad del despido por haber operado la empresa de forma abusiva y siendo necesaria esa declaración para corregir los perjuicios causados por la decisión extintiva no conforme a derecho.

En apoyo de su tesis la Sala recuerda que ya se ha pronunciado recientemente en los mismos términos en casos análogos de fraude de ley, con cita de las sentencias de la Sala de 20 y 17 de febrero de 2014, ambas dictadas en los procesos de despidos colectivos instados en los consorcios andaluces UTEDLT, la primera referida al consorcio de Berja y la segunda al de Sierra Morena. [La segunda sentencia fue objeto de explicación muy detallada en entradas anteriores del blog](#) y a ellas me remito, pero no quiero dejar de señalar aquellos dos elementos más trascendentes, jurídicamente hablando de la misma, y más concretamente uno de ellos, el primero, estrechamente relacionado como bien señala la Sala con la sentencia que ha merecido ahora mi atención. En la sentencia de 17 de febrero, los aspectos que considero más destacados

son sustancialmente dos y así lo expuse en mis comentarios: “el primero, de carácter general y doctrinalmente importante, cual es la incorporación del fraude de ley en la decisión empresarial de despedir como causa merecedora de la declaración de nulidad, aun cuando no esté recogida de manera en el art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social; el segundo, la traslación de la doctrina general sentada en esta sentencia al caso concreto, revocando la tesis de instancia de inexistencia de fraude, por entender que ha quedado debidamente probado que sí se produjo y que la actuación administrativa impugnada constituyó una clara desviación de poder, vedada por el ordenamiento jurídico administrativo”.

3. Paso a continuación al análisis y comentario de la [sentencia dictada en Sala General por el TS defecha 12 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado José Manuel López García de la Serrana, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Galicia el 29 de octubre de la que fue ponente el magistrado Ricardo Ron Latas. Dicha sentencia, de acuerdo con la tesis del Ministerio Fiscal, desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia que declaró “no ajustada a derecho la decisión extintiva, al no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva...”.

A) La sentencia de instancia mereció un [comentario en mi blog](#) que ahora reproduzco en aquellos contenidos que interesan al presente comentario, al objeto de que los lectores y lectoras tengan un mejor conocimiento del conflicto que ha llegado a conocimiento del TS.

“El litigio versa sobre un ERE presentado por la empresa Arias Hermanos Construcciones S.A, iniciado el 11 de abril con la propuesta empresarial de despedir a 28 trabajadores, con alegación de causas económicas, organizativas y de producción. El período de consultas finalizó sin acuerdo, y según los hechos probados la empresa propuso diversas medidas para llegar a un acuerdo con la parte trabajadora, que finalmente no se consiguió. La sentencia, que es también un estudio teórico del nuevo marco normativo en materia de ERE y de qué debe entenderse por “fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, considera probado que la empresa no ha actuado de manera que se haya producido alguno de los supuestos mencionados, dado que la parte trabajadora no ha logrado probar su argumentación, trayendo a colación la sentencia del TS de 21 de junio de 2004 , en la que se afirma que “no puede olvidarse que el fraude no se presume, sino que ha de ser acreditado por el que lo invoca”. ...

La Sala centra la cuestión, después de desestimar las alegaciones de la representación de la parte trabajadora sobre incumplimientos de requisitos formales, en el análisis, y resolución, de si la existencia de un ERE suspensivo todavía vigente “permite apreciar la concurrencia de las causas legales de extinción alegadas en la comunicación a los trabajadores afectados”. El TSJ no acepta el ERE de extinción de contratos por estar vigente el ERE de suspensión y no haber podido demostrar la empresa que hubiera razones sustanciales que hicieran aconsejable, desde la perspectiva empresarial, la utilización de un nuevo ERE (ahora extintivo). La Sala entiende no ajustada a derecho la decisión de la empresa porque, según argumenta en el Fundamento Jurídico Quinto, “los factores a tener en cuenta para continuar con las medidas necesarias para hacer frente a la negativa situación económica no pueden ser los ya tenidos en cuenta en su momento, recurriendo al sencillo expediente de acogerse a la reforma legal (que facilita aún más el despido por causas objetivas, ya individual, ya colectivo) con la finalidad de

extinguir los contratos de trabajadores cuya gran mayoría habían aceptado (mejor, pactado) la suspensión de su contrato”.

El tribunal no descarta que la alteración de las circunstancias que llevaron a plantear por la empresa un ERE de suspensión de contratos hayan variado sustancialmente y que pudiera aplicarse la cláusula “rebus sic stantibus” si existiera acuerdo entre ambas partes, pero concluye que las causas alegadas en el ERE extintivo son sustancialmente las mismas, y que los resultados de la cifra de negocios del año 2011, superiores a los del año anterior, dan a entender que la situación económica de la empresa está mejorando como consecuencia de la aplicación del ERE anterior. La Sala concluye que la empresa pretendía aprovechar las posibilidades ofrecidas por la reforma laboral de 2012 que a su juicio.. flexibiliza, y mucho, las posibilidades de extinción”.

B) Como puede comprobarse, nos encontramos en un supuesto que plantea una semejanza sustancial con el resuelto por la sentencia de 5 de marzo, con la única diferencia de tratarse ahora de un despido colectivo. El recurso interpuesto por la empresa, al amparo de los apartados d) y e) del art. 207 de la LRJS, solicita en sus dos primeros motivos la revisión de hechos declarados probados en instancia, mientras que en los dos restantes se pide revisión del derecho aplicado (“d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”).

C) La revisión de los hechos declarados probados es desestimada por la Sala por entender en un caso que se trata de “hipótesis, conjeturas y suposiciones” de la parte recurrente, y en otro de la no concreción del documento en que se funda la pretensión y la añadida intrascendencia de la modificación propuesta para el sentido del fallo. Más enjundia, si duda, tiene el obligado análisis de los motivos del recurso basados en tratar de demostrar que no se ha aplicado correctamente por la sentencia de instancia la normativa aplicable.

D) En el fundamento jurídico cuarto se examina la alegación, al amparo de los art. 1278 y ss del CC, de la posible aplicación del principio “rebus sic stantibus” por alteración de las condiciones en las que se produjo el acuerdo que estaba vigente cuando se procedió a los despidos colectivos, dejando de ser las causas económicas que motivaron aquel acuerdo suspensivo de carácter coyuntural para devenir estructurales. A esta alegación genérica añade la recurrente una más concreta y que pone nuevamente de manifiesto, a mi parecer, los términos de un pacto o acuerdo y como son interpretados después por cada una de las partes; en efecto, la posibilidad de aplicar la cláusula rebus sic stantibus derivaría no sólo de la alteración sobrevenida en las causas del ERE, sino también en el hecho de que en dicho anterior acuerdo “no se pactó la prohibición de despedir, ni esta cláusula estaba implícita en él”.

Pues bien, para resolver sobre la posible, y recuerdo que con carácter muy restrictivo la acepta la Sala pero sólo referida a modificaciones de las obligaciones contractuales, y por la vía del art. 41 de la LET, pero nunca de las reglas pactadas en convenios colectivos por tratarse de normas jurídicas, la Sala repasa su doctrina con una amplia cita de la [sentencia de 12 de marzo de 2013](#), de la que fue ponente la magistrada María Luisa Segoviano, con remisión a su vez a la de 26 de abril de 2007, de la que es importante reproducir este párrafo: “Y si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula -«rebus sic stantibus»- tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse

obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [ arts. 39 a 41 ET ], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [ art. 3.1 ET ], al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte ( STS 10/06/03 -rco 76/02 -). Hasta el punto de que la teoría [«rebus sic stantibus»] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajola citada cláusula «rebus sic stantibus» habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET , pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (así, la STS 19/03/01 -rcud 1573/00 -).

La aplicación de la consolidada doctrina del TS sobre la aplicación de este principio con carácter excepcional en el ámbito laboral llevará a la desestimación del tercer motivo del recurso de casación, con una doble argumentación: en primer lugar, que dada la vigencia de un pacto anteriormente suscrito, su modificación requeriría de previa negociación entre las partes y no de decisión unilateral empresarial; de otra, que no se produjo la modificación alegada por la recurrente porque ya cuando se suscribió el acuerdo suspensivo no estábamos en presencia de una crisis económica coyuntural, por lo que no es posible alegar el incremento de la gravedad de la situación económica que afecta a la empresa para justificar la decisión extintiva.

Por fin, el cuarto motivo del recurso, al que se da debida repuesta en el fundamento jurídico quinto, se centra en la incorrecta aplicación por la sentencia de instancia de la normativa aplicable por entender la recurrente que la decisión empresarial encuentra pleno encaje en el art. 51 de la LET, de la misma manera que el acuerdo suspensivo encajó en los arts. 45 y 47 de la citada norma. Dado el rechazo del argumento anterior, es obligado por la Sala ratificar ahora la desestimación en cuanto que no han quedado acreditadas las causas económicas más graves que hubieran obligado a la empresa a la decisión de proceder a los despidos colectivos mientras estaba vigente el ERE de suspensión.

La Sala deja abierta la hipótesis de que hubiera pasado si la recurrente hubiera solicitado la revisión de determinados hechos probados en instancia que demostraban la inexistencia de una alteración de las causas alegadas para el ERE suspensivo, pero obviamente no “traspasa la puerta” de esa hipótesis pues ha de ceñirse a los hechos probados, y tampoco acepta que la empresa pueda acudir para justificar su tesis a datos de un informe de auditoría que es posterior a los despidos. En especial, el dato de que se mantenga inalterado el hecho de haberse realizado horas extras es para la Sala, con adecuado criterio a mi parecer, “dato indicativo de que en ese año no andaba sobrada de personal, seguramente por las suspensiones contractuales acordadas el año anterior, lo que es relevante porque si parte de la plantilla tiene el contrato suspendido no es preciso reducirla, si los que permanecen activos tiene que realizar horas extras”. Rechaza también la posible existencia de una causa de extinción consistente en la reducción de la producción de dos determinados centros de trabajo de la empresa, calificando de “curioso” que ello se alegue el recurso, ya que “de estos centros de trabajo no se habla



en la declaración de hechos probados y el recurso no ha pedido la revisión al respecto de la declaración fáctica”, y lo mismo ocurre con las supuestas causas organizativas, “de cuya existencia deduce la recurrente de la necesidad, no probada, de reestructurar las plantillas”.

Buena lectura de las sentencias.

### **15. Sentencia del TS de 18 de marzo de 2014.**

1. ¡Mi gozo en un pozo! Creía que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo iría dictando más lentamente sentencias que resolvieran los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de instancia en materia de despido colectivo, pero no es así y nuevamente se acumulan encima de mi mesa, y en la correspondiente carpeta del ordenador, varias e importantes resoluciones judiciales dictadas por la Sala. En efecto, el alto tribunal ha resuelto ya bastantes recursos de casación contra las sentencias dictadas en instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, algunas de ellas ya publicadas en la base de datos del CENDOJ y otras, a las que he tenido acceso, que a buen seguro lo serán próximamente. La lectura de dichas sentencias me ha permitido además descubrir, desgraciadamente, que mi ilusión de haber comentado prácticamente casi todas las sentencias dictadas por dichos TSJ hasta diciembre del pasado año era justamente eso, una ilusión, ya que compruebo ahora que algunos recursos de casación se interponen contra sentencias que a buen seguro no leí en su momento, ya que hace un año o algo más tenía interés, y bastante más tiempo del que tengo ahora, en analizar las notas más destacadas de las sentencias de los TSJ y de la Audiencia Nacional.

En efecto, la última consulta (7 de mayo) del CENDOJ y el acceso por otras vías a resoluciones aún no publicadas me lleva a ahora a dejar constancia de la existencia de siete nuevas sentencias (de 28 de enero a 18 de marzo) y de un importante Auto de 26 de marzo que anula la sentencia dictada por la Sala el 20 de septiembre de 2013, que mereció un comentario crítico muy detallado en el blog, reponiendo las actuaciones “al estado en que se hallaban en el momento antes de dictarse, a fin de que, tras la oportuna deliberación, se dicte una nueva resolviendo las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.

Por otra parte, hay otras dos sentencias que también deben merecer nuestra atención, que son las dictadas por la [AN el 10 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, con la polémica sobre la decisión empresarial en atención a sus intereses estratégicos y su impacto en centros de trabajo de diversas Comunidades Autónomas, y la más reciente del [Juzgado de lo Social núm. 2 de Palencia de 4 de abril](#), a cuyo frente se encuentra la Magistrada-Juez María José Pérez Sevillano, que declara la nulidad de un despido colectivo por considerar que no hubo auténtica negociación durante el período de consultas y que la decisión estaba ya tomada con anterioridad por la empresa.

Las sentencias ya publicadas en el CENDOJ son las siguientes: [STS 18.3.2014](#), ponente Lourdes Arastey, caso TSJ Cataluña 23.5.2012; [STS 19.2.2014](#), ponente Lourdes Arastey, caso TSJ País Vasco 18.12.2012; [STS 19.2. 2014](#), ponente Miguel Angel Luelmo, caso STSJ Galicia 19.12.2012; [STS 18.2. 2014](#), ponente Gonzalo Moliner, caso TSJ Andalucía 11.10.2012; [STS 18.2.2014](#), ponente Jesús Gullón, caso TSJ Castilla-La Mancha 19.12.2012; [STS 28.1.2014](#), ponente Jesús Souto. Caso TSJ Aragón 10.12.2012. No he visto aún publicada la STS de 28 de enero, ponente Milagros Calvo, que versa sobre inexistencia del grupo de empresa de que derivas responsabilidad

solidaria y sobre la naturaleza declarativa de la sentencia de despido colectivo, con voto particular de seis magistrados. Tampoco está publicado el ya citado anteriormente Auto de 26 de marzo, que cuenta con el voto particular de seis magistrados, ninguno de ellos coincidente con los que presentaron el voto a la sentencia de 28 de enero.

2. A la espera de poder hacer un comentario más detallado de algunas de las resoluciones citadas, dedico esta entrada a la [sentencia dictada 18 de marzo](#), de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey, porque resuelve el recurso de casación interpuesto contra la primera sentencia dictada en materia de despidos colectivos tras la entrada en vigor de la reforma laboral por el RDL 3/2012, dictada por el TSJ el 23 de mayo de 2012, de la que fue ponente la magistrada Mar Serna.

Dicha sentencia del tribunal autonómico mereció un muy breve comentario en mi blog, no por su falta de importancia, desde luego, sino porque aún no era consciente, ni mucho menos, de la carga de trabajo que iba a suponerme querer comentar las sentencias que iban a dictarse con posterioridad en la misma materia, que fue el siguiente: “la sentencia declara la nulidad de la decisión empresarial, es decir del ERE presentado el 30 de marzo, con alegación, entre otros motivos, de que en la documentación presentada por la parte empresarial “no se especificó la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido”, siendo imposible “negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden ser afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo”. Además, es importante destacar que la sentencia citada reconoce la existencia de un grupo de empresa, y al haberse aportado la documentación de una sola se vulnera tanto el artículo 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores como el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio”.

La sentencia del TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa y confirma la sentencia de instancia, en los mismos términos que se manifestó el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe. Para responder al recurso la Sala ha de estudiar en primer lugar si la comisión ad hoc nombrada por los trabajadores para negociar durante el período de consultas está legitimada para accionar ante los tribunales; en segundo término la relación entre la declaración de nulidad de los despidos por no haberse facilitado la información del grupo y la necesidad de llamar al proceso a las empresas del grupo para las que no se pide, en la demanda, condena alguna; en fin, cuál es el valor del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo tras el muy importante cambio operado por la reforma laboral que ha suprimido la autorización administrativa anteriormente necesaria para que la empresa pudiera llevar a cabo los despidos.

3. Tras disponer de la sentencia del TS, que fue publicada en el diario económico *El Economista* al mismo tiempo, si no antes, que en el CENDOJ, volví a leer la sentencia del TSJ de Cataluña, ya que casi dos años después de su emisión mi recuerdo de sus contenidos era prácticamente nulo, y he comprobado que trató varias cuestiones de mucho interés y que más adelante han merecido la obligada atención, en razón de las demandas presentadas, por otros TSJ y que ahora ya han llegado al TS.

Fijémonos que debió abordar la excepción alegada por la parte demandada de falta de legitimación activa de la comisión ad hoc ex art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, debiendo resolver si debía realizarse una interpretación restrictiva, por literal, de los términos “representantes legales de los trabajadores”, o una más

amplia y favorecedora del derecho a la tutela judicial efectiva, como así hizo, que permitiera integrar dentro del art. 124 LRJS a dicha comisión ad hoc para no dejar vacío de contenido práctico el período negociador si después no pudiera impugnarse una decisión empresarial adoptada sin acuerdo con la parte trabajadora.

En segundo lugar, que ya trató sobre la existencia o no de un grupo de empresas a efectos laborales y sus consecuencias sobre el hecho de que sólo una de ellas fuera llamada a juicio, entendiendo que debía llegarse a la declaración de nulidad aunque no hubieran sido llamadas todas las empresas del grupo, dado que ni la información facilitada ni el período de consultas pudieron cumplir el objetivo previsto por la normativa estatal y la europea.

Por fin, cómo podía afectar en cuanto a la declaración del despido colectivo como nulo o no ajustado a derecho, por no incluirse en la documentación aportada por la empresa, y con independencia ahora de lo dicho anteriormente, la inexistencia de referencias a la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido y la inexistencia de concreción de los criterios de afectación dado que a juicio de la empresa podían ser todos los 41 trabajadores de la misma, además de la falta de comunicación a los trabajadores afectados por el despido tras la finalización del período de consultas, siendo significativo el dato recogido en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia, en el que se recoge que una vez finalizado dicho período, “en el momento del acto del juicio sólo ha notificado a 8 de los posibles 20 trabajadores afectados la decisión extintiva individual, desconociendo la plantilla y sus representantes quiénes serán el resto de los 12 trabajadores afectados por el presente despido colectivo, hecho agravado por la expuesta falta de concreción de los criterios de designación de los trabajadores afectados, exigida por el art. 51.2 ET , que posibilite su negociación en el período de consultas y, en su caso, la ulterior revisión judicial”. Dicho fundamento encuentra su razón de ser en el hecho probado séptimo de la sentencia en el que se afirma que “La empresa tras la finalización del período de consultas no ha notificado los despidos individualmente a los trabajadores afectados por el despido colectivo, habiéndose comunicado en la fecha del acto del juicio la decisión extintiva a alguno de ellos, (como .... Y ....., llegando éste último a un acuerdo transaccional con la empresa demandada sobre los términos del despido (folios 1216, 1226 y 1227). En total han causado baja 8 de los 41 trabajadores, desconociéndose el nombre del resto de trabajadores afectados por la decisión extintiva (hecho conforme y testifical de .... ).

4. El recurso de casación se interpone con alegación de diversos motivos, tanto de solicitud de revisión de hechos declarados probados en instancia, como incorrecta aplicación de la normativa legal, con apoyo en el art. 207, apartados d) y e) de la LRJS, art. 80. 1 b) de la misma norma y art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (litisconsorcio pasivo).

A) La sentencia de instancia declaró la nulidad de los despidos por los motivos antes referenciados, y además añadió valoraciones suplementarias sobre otros defectos formales, a su parecer, que hubieran llevado también a la misma declaración, aún cuando no son los tomados en consideración para declarar la nulidad. De uno de ellos, el referido a la inexistencia de especificación de las categorías profesionales por la empresa, se pide su supresión en el recurso, rechazándose por el TS por su intrascendencia para la resolución del litigio, ya que se postula esa supresión pero no hay motivo alguno en el recurso que cuestione la fundamentación jurídica expuesta en el fundamento de derecho en el que se contiene la referencia. Ahora bien, más

trascendencia tiene a mi parecer otra argumentación más sustancial de la Sala, cual es que aquello que llevó al TSJ a tomar su decisión no fue esta irregularidad sino otra bien distinta, la falta de información en relación con el sujeto que debía haber participado en la negociación. Por consiguiente, de un esfuerzo intelectual del TSJ para añadir, obiter dicta o “a mayor abundamiento”, más argumentación para explicar, que no justificar, los errores jurídicos cometidos por la empresa, no puede derivarse ni una modificación formal ni de fondo del contenido de la sentencia de instancia.

B) La alegación jurídica sustantiva, al amparo del art. 207 e) de la LRJS versa justamente sobre aquellos puntos a los que me he referido con anterioridad. En primer lugar, y recordando la Sala que aquello que hace la parte recurrente es reproducir la alegación formulada en el acto de juicio, se invoca “la falta de legitimación activa de los demandantes”. Recordemos que la normativa aplicable era el art. 124.1 de la LRJS en la redacción dada por el RDL 3/2012, que preveía la impugnación de la decisión empresarial por “los representantes legales o sindicales de los trabajadores” (en la redacción vigente, desde la modificación operada por la Ley 3/2012, se hace referencia sólo a los representantes legales, sin duda porque en la misma tienen perfecta cabida los representantes propiamente sindicales y no unitarios).

La Sala repasa, al igual que lo había hecho la de instancia, la regulación de las comisiones ad hoc incorporadas al ordenamiento jurídico español por el RDL 10/2010 de 16 de junio y las competencias asignadas para negociar en materia de modificación de condiciones de trabajo, suspensiones contractuales y despidos colectivos, y critica que esa modificación sustantiva de los sujetos legitimados para negociar un despido colectivo, como el caso que ahora nos ocupa, no hayan sido incorporados de forma expresa entre los sujetos legitimados activamente para impugnarlo (una prueba más, dicho sea incidentalmente a mi parecer, de la que he calificado como “errática y desordenada” modificación de la normativa laboral). Por decirlo con las propias palabras de la sentencia del TS, “Sorprendentemente, el legislador no ha tenido en cuenta esa realidad a la hora de acomodar las reglas procesales por las que ha de regirse la eventual impugnación de la decisión empresarial adoptada sin acuerdo y, como se ha visto, al señalar a los sujetos legitimados para accionar por la vía del art. 124 LRJS, se ha limitado a mencionar a los representantes “clásicos” (mención reiterada en el texto hoy vigente, pese a que el citado apartado 1 fue objeto de modificación en la Ley 3/2012 en aspecto que ahora no viene al caso)”.

En mi primer comentario al RDL 10/2010, manifesté lo siguiente con respecto a las comisiones ad hoc: “los trabajadores de las empresas en donde no hubiera representantes podrán atribuir su representación “para la negociación del acuerdo con la empresa” (tanto en el caso de movilidad geográfica como en el del modificación sustancial de condiciones de trabajo) a miembros (máximo de 3) de los sindicatos más representativos y representativos (estos últimos aparecen como novedad en la norma) del sector al que pertenezca la empresa, y deberán ser designados, no por los propios sindicatos directamente sino por la Comisión Paritaria del convenio colectivo aplicable a la empresa, en un plazo rápido de 5 días desde el inicio del período de consultas y sin que la falta de designación provoque su paralización. La decisión de la parte trabajadora permitirá a la parte empresarial atribuir su representación a las organizaciones empresariales del sector. En definitiva, parece que el legislador opta de forma clara y decidida por la sindicalización de la negociación, aunque sea por vía indirecta, cuando los trabajadores no dispongan de representación legal, en el bien entendido que se trata de una posibilidad (“podrán”) que no cierra las puertas a la elección de uno o más

trabajadores de la plantilla para llevar a cabo esa negociación si la decisión se adopta de acuerdo con las reglas reguladoras del derecho de reunión, y adopción de decisiones, previsto en los artículos 77 a 80 de la LET. Además, la introducción en la norma de la referencia a la elección de los representantes por la Comisión Paritaria parece que quiere contribuir a una designación más cercana a la realidad de la empresa afectada que quizás no se diera si dicha elección estuviera en manos exclusivamente de las organizaciones sindicales. En cualquier caso, insisto, sí que creo que el legislador opta conscientemente por la sindicalización de la negociación, fundamentalmente en las pequeñas empresas, y es curioso que sobre este punto sólo se hayan formulado críticas desde algunos medio de comunicación cercanos al mundo empresarial y no se haya efectuado ninguna valoración, que creo que debería ser positiva, por parte sindical”.

Tras las modificaciones operadas en la tramitación parlamentaria del RDL convertido en proyecto de ley, y aprobarse la Ley 35/2010, mi comentario fue el siguiente: “La norma prevé la posibilidad de que no haya representantes legales de los trabajadores para poder iniciar los períodos de consulta y negociación, y regula un mecanismo de elección que afecta igualmente a los supuestos de movilidad geográfica, ERES de extinción y suspensiones contractuales (este último en cuanto que el artículo 47 remite al procedimiento establecido en el artículo 51 de la LET), modificación del contenido de los convenios colectivos en el apartado relativo al régimen salarial previsto en los de ámbito superior a la empresa, y modificación de convenios de sector o empresariales negociados y suscritos al amparo del título III de la LET (convenios estatutarios). Parece, pues, que el objetivo de la norma es que en todas las empresas, sean del tamaño que sean, pueda haber consultas, negociación y, en su caso, un acuerdo pactado sobre la propuesta empresarial, ya sea con la representación legal de los trabajadores o con una comisión designada “ad hoc” e integrada por los propios trabajadores de la empresa afectada o por representantes designados por las sindicales. En cualquier caso, y dicho sea incidentalmente, la preocupación manifestada en la norma por la inexistencia de representantes legales, en especial en las empresas de mejor dimensión, sería inexistente si hubiera representantes elegidos en todas las empresas que tienen derecho a ello (desde 6 trabajadores) y ahí las organizaciones sindicales tienen un papel muy importante a jugar para conseguirlo, y mucho más en los próximos meses en los que habrá un nuevo proceso electoral para elección de representantes de los trabajadores. La norma deja en manos de los propios trabajadores que la comisión esté integrada por los miembros de la propia empresa que ellos elijan o por personas designadas “según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”. En cualquier caso, conviene señalar la rapidez con que debe elegirse por los trabajadores una opción u otra y que se haga efectiva, 5 días desde el inicio del período de consultas, y además que la no designación no paralizará dicho período (que por puras razones formales acabará sin acuerdo si no se produce la misma)”.

Vuelvo a la sentencia del TS para indicar que reafirma la tesis de la sentencia de instancia sobre la legitimación activa de estas comisiones para actuar en juicio, ya que de otra forma se cerraría la puerta a la impugnación de despidos en empresas en donde no hay representantes unitarios o sindicales, sólo cabiendo entonces las impugnaciones individuales cuyo ámbito de afectación es obviamente mucho más limitado y con una finalidad distinta de la impugnación colectiva. La tesis de la empresa, se insiste con acertado criterio por la Sala, vaciaría de contenido el período de consultas, por lo que debe atribuirse legitimación activa a todos los entes colectivos a los que la normativa

atribuya, y este es el caso concreto de las comisiones ad hoc, capacidades de negociación. Además, y en una interpretación integradora de la norma, carecería de sentido jurídico, y así lo expone la Sala, que la comisión pueda estar legitimada pasivamente, tanto en los casos en que el empleador presente autodemanda y el sujeto negociador haya sido justamente la comisión, como cuando se impugne la decisión adoptada por acuerdo en la comisión negociadora, siendo así que habrá que demandar, ex art. 124.4, a los “sujetos firmantes” que este caso serían la dirección de la empresa y la comisión ad hoc.

C) La segunda cuestión abordada versa sobre la, a juicio de la recurrente, mal constituida relación procesal por incumplimiento del obligado litisconsorcio pasivo en este caso, por entender que mal puede declararse, como hace la sentencia de instancia, la existencia de un grupo de empresas a efectos laboral, y de ahí derivar la nulidad del despido por haberse incumplido determinados deberes de información de la situación del grupo, “sin que se hubiere convocado a juicio a las demás personas jurídicas a las que alcanza la declaración”.

El recurso debería decaer ab initio por tratarse de una cuestión nueva, no planteada en la instancia, pero la Sala va más lejos y razona que toda la argumentación del recurrente se centra en la defectuosa constitución de la litis, pero no rechaza el argumento de la sentencia de instancia, ni los hechos probados de los que se deriva aquel, que declaran probada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y la consiguiente fundamentación jurídica de incumplimiento del deber de negociar por parte del empleador real. Al no haberse cuestionado la existencia del grupo de empresa decae el recurso porque aquello que se pedía en la demanda era justamente que el despido era nulo porque estábamos en presencia de un grupo y la valoración del despido debía realizarse en atención a las circunstancias económicas del mismo y no sólo de la del empleador que procedió a los despidos. Se trataba de determinar si la información del despido se dio por un sujeto que era el empleador pero que formaba parte, como quedó probado, de un grupo de empresas por lo que hubiera debido facilitarse toda la información de este último, cosa que no se hizo. El hecho de que la parte demandante no solicitara la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo avala a juicio de la Sala la corrección de su actuación, que hubiera debido plantearse en otros términos ciertamente si se hubiera solicitado dicha responsabilidad. En suma, la Sala concluye que la demandada “no podía llevar a cabo el despido colectivo y, siendo nulo éste, habrá de restaurarse la situación y, en su caso, quien sea el verdadero empleador podrá adoptar en su momento las decisiones que estime oportunas en atención a la situación empresarial global”.

C) Por último, la Sala debe pronunciarse sobre el valor jurídico tras la reforma laboral del informe preceptivo y no vinculante que ha de emitir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tras la finalización del período de consultas, pretendiendo la parte recurrente que se había vulnerado la normativa sustantiva y procesal laboral (art. 51.2 LET y 124 LRJS) y civil (art. 319.2 LEC: “La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”) porque la sentencia de instancia, según se recoge en el fundamento de derecho cuarto. “debió de dar valor al informe de la Inspección de

Trabajo, dándole presunción de certeza y que la prueba que se practicó en juicio no desvirtuaba lo que en dicho informa se constata”.

Vale decir que este litigio se sustanció antes de la publicación del [criterio operativo 92 de 28 de diciembre de 2012 de la Dirección General de la ITSS y del criterio técnico 1/2013 de 26 de enero de la Inspecció de Treball de Catalunya](#), dando este segundo un papel mucho más relevante a la actuación de la ITSS que el primero. El rechazo del recurso se asienta en primer lugar nuevamente en la inadecuación del cauce utilizado, ya que se pretende una modificación en punto a la valoración de los medios de prueba utilizados en el juicio, cuando no se pide revisión de hechos probados en los que pudiera basarse su argumentación jurídica. De otra parte, la Sala efectúa un breve recordatorio del importante cambio operado respecto a la intervención de la autoridad administrativa en un procedimiento de despido colectivo, a la que asiste la ITSS cuyas actuaciones tiene el valor de un medio probatorio más para el juzgador, enfatizando que la función de la ITSS es de apoyo a la autoridad laboral que, a su vez, cumpla con la misión de advertir, hacer observaciones y recomendaciones a la empresa, quien resulta la única responsable de su seguimiento”.

Aunque, repito, el criterio operativo 92 se dictó a posteriori de la demanda, acto de juicio y sentencia de instancia, la Sala sustenta parte de su argumentación anterior en la tajante afirmación de que las actuaciones de la autoridad laboral, con la asistencia de la ITSS, tendrán como misión principal la de “servir como fórmula para interpelar a la empresa en el correcto ejercicio de esa responsabilidad”. Por cierto, hubiera sido conveniente, creo, la cita del criterio de la ITSS de Cataluña, al tratarse de un conflicto de ámbito territorial autonómico y por ser Cataluña una CC AA, junto con el País Vasco, que tiene transferida las competencias en materia de IT, que insisto que otorga una actuación mucho más incisiva a la ITSS y que hasta el presente no me consta que haya sido declarado no conforme a derecho en sede contencioso-administrativa. Es en las conclusiones donde se refleja aún más, si cabe, la importancia que el Criterio otorga al informe de la Inspección, ya que aun aceptando que la nueva normativa limita la posibilidad de entrar a valorar las causas del ERE, al haber desaparecido la referencia en la normativa a que el informe deba pronunciarse sobre las causas motivadores del ERE, como sí ocurría en la normativa vigente antes de la reforma laboral, no la suprime, y al efecto enumera tres supuestos en los que el Inspector deberá entrar a valorar las causas del ERE, es decir no se limitará a efectuar un mero control del cumplimiento de la legalidad en la tramitación procedimental: “El primero, en el informe al que se refiere el artículo 138 de la LRJS que regula el proceso por “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”; el segundo, con ocasión del control del fraude en las prestaciones por desempleo, ya que dicho control “exige entrar en las causas del despido”, porque la cobertura de prestaciones por desempleo “no está prevista en los supuestos de despido colectivo en los que no exista causa”; en fin, el tercero, cuando la documentación presentada sea insuficiente para acreditar la causa, subrayando el documento que “en ocasiones, sin embargo, la insuficiencia de la acreditación es absoluta, de manera que resulta imposible ignorarla”.

D) En conclusión, la sentencia desestima el recurso tras rechazar todas las argumentaciones procesales formales y sustantivas realizadas, en cuanto que no han abordado el núcleo duro de la cuestión esto es no han ido a combatir “el núcleo esencial de la decisión de instancia sobre la pertenencia de la ahora recurrente a un grupo

empresarial que la obligaban a efectuar el despido desde esa perspectiva causal y formal”.

Buena lectura de la sentencia.

## **16. Sentencia del TS de 19 de febrero de 2014.**

1. La [sentencia dictada el 19 de febrero por el Tribunal Supremo](#), de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey, desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato ELA y el delegado de personal de empresa contra la [sentencia dictada el 18 de diciembre de 2012 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco](#), en los mismos términos que el informe emitido por el Ministerio Fiscal.

El TSJ conoció de la demanda de impugnación por despido colectivo y la desestimó. He revisado mis comentarios a las sentencias de los TSJ y he comprobado que no fue objeto de mi análisis, o dicho de forma más coloquial, que “se me escapó” su control cuando intentaba todavía hacer, y queda confirmado que no lo conseguí, un seguimiento de todas las sentencias de los TSJ en materia de despidos colectivos.

2. En los antecedentes de hecho se recogen los hechos probados de instancia, en donde queda constancia de la presentación en septiembre de 2012 de un ERE para la totalidad de la plantilla de la empresa, un total de 15 trabajadores, la posterior celebración del período de consultas con la representación laboral sin alcanzarse un acuerdo, y la posterior comunicación de la empresa a cada trabajador de la extinción de la relación contractual. Se recoge igualmente la síntesis del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se aprecia “la veracidad de las causas esgrimidas por la empresa”, y se aportan los datos económicos de la empresa y de restantes codemandadas, afirmándose en el hecho probado 14º que “Cada una de las sociedades codemandadas tienen contabilidad independiente. Sus recursos financieros y de tesorería son también independientes. Las relaciones comerciales entre las sociedades se materializaban mediante la emisión de facturas para el pago-cobro de precios, que eran los normales en el mercado. Ninguna de las sociedades producía en exclusiva para las restantes. Ningún trabajador aquí implicado prestó nunca servicios laborales simultáneamente para la empleadora y para cualquiera de las restantes empresas codemandadas.”

3. El recurso se interpone en primer lugar al amparo del art. 207 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, pidiendo justamente la modificación del hecho probado 14º para que quede acreditada la existencia de un grupo de empresas, afirmación que por ser de carácter jurídico es rechazada ahora por la Sala, ya que sólo puede llegarse a tal conclusión si se modifican los hechos probados, argumentando la Sala la incorrección de solicitar la revisión de pruebas testificales (cuando sólo está contemplada la de las documentales) y en segundo término que los documentos aportados por la recurrente (no se cita en la sentencia cuáles son) no permiten concluir que el TSJ errara en su apreciación.

También es desestimada la adición de un nuevo hecho probado, y la revisión del 13ª, porque sólo se constata un hecho conocido, y porque la valoración jurídica que la recurrente efectúa de las decisiones empresariales pueda, otra vez recuerda la Sala, ser tomada en consideración al analizar el recurso sobre revisión, y nada más, de hechos probados.



4. Las cuatro razones argumentadas al amparo del art. 207 e) de la LRJS (“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”) versan sobre la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, aquello que la recurrente califica de “dejadez de las empresas del grupo” frente a la empresa que procedió a los despidos, inexistencia de causas que justificaran la decisión empresarial, e incumplimientos formales.

El contenido técnico del recurso merece una clara y contundente crítica de la Sala, en cuanto que en aquel no se señala “cuáles sean los preceptos legales infringidos por la sentencia recurrida, salvo una última y conjunta mención al art. 124.11 LRJS, siendo escasísima la argumentación que apoye su petición de estimación de la demanda inicial”. Otra cuestión que también plantea la Sala, con corrección jurídica, aun cuando no lo diga expresamente, es su sorpresa por la alegación de los defectos formales como último motivo del recurso, siendo así que en caso de ser estimados acarrearían la nulidad del despido y por ello la innecesariedad de analizar los restantes motivos.

Por ello, la Sala analiza en primer término los defectos formales alegados de acuerdo a la normativa vigente en el momento de presentarse el ERE, esto es la redacción del art. 124 de la LRJS en la redacción dada por la Ley 3/2012 de 6 de julio. La argumentación de la recurrente de que no se ha respetado la normativa legal y lo dispuesto en el convenio colectivo sobre la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores y el establecimiento de una prelación para decidir sobre los trabajadores afectados por un ERE, teniendo en cuenta su antigüedad, no puede ser acogida ya que el despido afecta a todos los trabajadores de la empresa, añadiendo la Sala que “en todo caso, se desconoce en qué medida pudiera verse afectada la calificación de nulidad del despido colectivo incluso si se aceptara la unidad empresarial de todas las codemandadas, pues la parte recurrente no aporta dato alguno al respecto”. Sobre la omisión real del período de consultas, no hay concreción alguna en el recurso que permita, a juicio de la Sala, llegar a la conclusión contraria a la que llegó la sentencia de instancia, esto es que se desarrolló conforme a derecho.

Una vez desestimadas las alegaciones formales, la Sala entra en la motivación sustancial o de fondo del recurso, siendo objeto de atención la alegación de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y que, por consiguiente, la causa económica alegada para proceder a los despidos hubiera debido justificarse en relación al grupo y no sólo a la empresa para la que prestaban servicios los trabajadores. No se niega, es importante destacarlo, que la causa exista para esa concreta empresa, y de ahí que para que pudiera tener éxito el recurso debería apreciarse la existencia del grupo empresarial a efectos laborales.

Obligado es por consiguiente, y así lo hace la Sala, acudir a la doctrina del TS sobre grupos de empresas y responsabilidad de sus integrantes, que tras la reforma laboral de 2012, ha quedado recogida en las dos primeras sentencias dictadas en recursos de casación interpuestos contra sentencias de instancia dictadas ya en ERES presentados al amparo de la reforma, las [sentencias de 20 de marzo](#) y de [27 de mayo de 2013](#), con cita también de la [sentencia de 19 de diciembre](#), a las que dediqué especial atención en entradas anteriores del blog por lo que no reitero ahora su contenido, salvo la afirmación de que “el concepto de grupo laboral de empresas depende de cada una de las situaciones concretas, sin que sea factible efectuar un listado cerrado de requisitos para la extensión de la responsabilidad que la figura del grupo laboral de empresas implica”.

Del examen de los hechos probados en instancia, no modificados vía recurso, se constata sólo la existencia de un grupo empresarial mercantil pero sin carácter laboral a efectos de las responsabilidades de sus integrantes, por lo que “basta pues con la afectación de la causa económica a la empresa empleadora, para declarar que la decisión extintiva de ésta se hallaba ajustada a derecho, como hace la sentencia de instancia”.

Buena lectura de la sentencia.

### **17. Sentencia del TS de 28 de enero de 2014.**

La [sentencia dictada el 28 de enero por el Tribunal Supremo](#), de la que fue ponente el magistrado Jesús Souto, desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de los trabajadores (comisión ad hoc) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de diciembre de 2012, que había desestimado la demanda interpuesta por dicha representación contra la decisión empresarial de despedir a 14 de los 15 trabajadores que formaban la plantilla de la empresa. La sentencia del alto tribunal coincide con la tesis del preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal.

Tuve oportunidad de efectuar un [breve comentario de la sentencia de instancia en mi blog](#), que reproduzco a continuación para situar los términos del litigio, el recurso interpuesto y la sentencia del alto tribunal.

“La sentencia dictada el 10 de diciembre de 2012 por el TSJ de Aragón aborda la demanda interpuesta por los representantes de los trabajadores solicitando la nulidad y subsidiariamente la declaración de no ajustada a derecho de la decisión empresarial, tratándose de una empresa del sector de peluquería, siendo desestimada. Las alegaciones de la demanda versaron sobre la falta de buena fe empresarial durante el período de consultas, la no entrega de toda la documentación debida, la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y, como característica específica de este caso, “la intención de la empleadora de modificar su actividad económica continuándola a través del sistema de franquicias” (consta efectivamente en los hechos probados que la empresa propuso a los trabajadores la venta del negocio, “pasando a ser franquiciados cada uno de los centros de trabajo...”, pero sólo fue aceptada por una trabajadora). Tras la celebración del período de consultas y la falta de acuerdo, la empresa procedió a la extinción de la totalidad de los contratos.

Con relación a los fundamentos de derechos, hemos de reparar en la fecha de inicio de la tramitación del ERE, 15 de octubre de 2012, por lo que era de aplicación el art. 51 de la LET, en la nueva redacción dada por la Ley 3/2012, y el RD 801/2011, además de la Directiva de la UE de 1998 sobre despidos colectivos. La Sala pasa revista a la normativa vigente, aunque también se refiere, “a efectos ilustrativos” al nuevo marco reglamentario previsto en el RD 1483/2012, con cita de alguna sentencia del Tribunal Supremo y de la propia Sala sobre la importancia del procedimiento de consultas y la negociación de buena fe, no constatando falta de buena fe por parte de la empresa, ya que queda acreditado que presentó la documentación económica, alegó los motivos que le obligaban a adoptar tan drástica decisión, “y ninguna de las partes realizó contrapropuesta alguna”. Obsérvese, en consecuencia, el tono formalista que adopta la Sala para validar la decisión empresarial.

La Sala ha de responder a la alegación de la demandante de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y en primer lugar pasa revista a la jurisprudencia del TS

sobre los elementos que deben darse para poder demostrar su existencia y evitar “el enmascaramiento de una empresa real tras la formalidad de personalidades diferenciadas”, concluyendo que no se ha probado su existencia. En fin, la Sala concluye que no puede entrar a valorar cómo pretende cambiar la empresa su actividad económica (yo matizaría esta tesis diciendo que sí puede entrar si se hubieran dado los incumplimientos que la Sala considera inexistentes), y acude en su apoyo a la sentencia de 2 de marzo de 2009 del TS, en la que se defiende que “no nos incumbe a los tribunales de justicia hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”.

2. El recurso de casación se interpone al amparo de los [apartados d\) y e\) del art.207 de la LRJS](#), solicitando, con siete motivos la revisión de hechos probados y argumentando que no se ha aplicado correctamente la normativa vigente, al objeto de que la Sala declare la nulidad de la decisión empresarial y subsidiariamente la consideración de no ser ajustada a derecho por no concurrir la causa alegada.

3. Vayamos por partes. El asunto plantea matices jurídicos de interés, en cuanto que se trata de una pequeña empresa que tiene un delegado personal que no puede participar en el período de consultas por verse afectado por una enfermedad poco después de haberse constituido la comisión negociadora y habiéndole hecho ya la empresa entrega de la documentación obligada por la normativa legal y reglamentaria. La parte recurrente, los miembros de la citada comisión piden la revisión del hecho probado tercero para pedir que conste que no se les entregó la documentación, tesis rechazada por la Sala que mantiene los hechos de instancia (“TERCERO.- El 20 y el 26-7-2012 se produjeron dos reuniones entre la empresa y tres representantes de los trabajadores, elegidos por éstos (f. 16) por enfermedad del anterior Delegado, levantándose el acta de 26 de julio que obra en autos al f. 76 y se da por reproducida, en la que se hace constar que se celebró una primera reunión el 29 de junio, de inicio del periodo consultivo, con entrega de documentación, y que hubo otra reunión de negociación el 20 de julio, sin acuerdo, dando por concluido el periodo de consultas en la reunión del 26, también sin acuerdo”).

Entiende la Sala, quizás con excesivo formalismo pero no puede decirse, a mi parecer, que en contra de la normativa vigente, que la empresa entregó la documentación al sujeto legitimado para negociar y que esté debió ser quien entregara la documentación a la comisión ad hoc que le sustituyó, pero ciertamente tiene la empresa en apoyo de su actuación que dicha comisión confirmó en juicio que no había solicitado la citada documentación debido a su “inexperiencia” negociadora, por lo que parece razonable a la Sala que “hubiera supuesto que la referida documentación le fue solicitada al delegado de personal por la indicada comisión y que éste se la haya entregado”.

Del cúmulo de circunstancias que concurren en este supuesto no parece deducirse ciertamente errores formales en la actuación empresarial, aunque me pregunto, desde un punto de vista muy práctico, si no hubiera sido más conveniente para la empresa entregar nuevamente la documentación, dado que dudo mucho que la negociación se desarrollara con posibilidades de alcanzar algún acuerdo ante la falta de información adecuada, aunque no lo manifestaran expresamente, por los negociadores de la parte social.

En segundo lugar se pretende la modificación del hecho probado octavo con la redacción propuesta que se recoge en el fundamento jurídico segundo, siendo el objetivo fundamental de dicha modificación pretender demostrar “la vinculación

existente entre las empresas en relación con la existencia de grupo de empresas”, así como también el hecho probado duodécimo en cuanto al contenido del Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ambas peticiones son igualmente rechazadas por efectuar en algún caso consideraciones jurídicas que deberán en su caso sustentarse en revisión de la normativa aplicable y la jurisprudencia, y en otros porque las modificaciones propuestas son irrelevantes a juicio de la Sala para la modificación del fallo de la sentencia de instancia.

3. La argumentación jurídica formalizada al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS se recoge en cuatro motivos, técnicamente bien expuestos (cuestión distinta es la fundamentación de la argumentación) en el recurso. En primer lugar, se alega falta de entrega en tiempo y forma de la memoria explicativa de las causas económicas y productivas alegadas a la representación laboral, constando en el informe de la ITSS que la recibieron una vez finalizado el período de consultas, y también que la memoria era incompleta en cuanto que faltaban los datos correspondientes a la evolución del primer semestre del 2012. La vulneración producida sería de los arts. 2 de la Directiva 98/59/CE, arts. 51.1, 51.2 y 41.4 de la LET, y art. 6.1 del RD 1483/2012, todos ellos en relación con el art. 124.1 de la LRJS.

La Sala reitera en primer lugar las manifestaciones vertidas al rechazar la revisión del hecho probado octavo, quizás, así lo creo conociendo la realidad del tejido empresarial y la mínima, por no decir nula, experiencia negociadora de la gran mayoría de trabajadores, con excesiva dureza verbal (insisto, que no jurídica), al afirmar que “no se entiende como entra en la negociación sin exponer a la patronal su falta completa de información al respecto, para lo cual no es necesario tener ninguna experiencia negociadora especial”. En cuanto a la falta de datos para validar la situación económica negativa de la empresa, la Sala reitera su doctrina sentada en la sentencia de 27 de mayo de 2013, de la que apporto ahora las consideraciones de interés para este caso, muy semejante al resuelto entonces en cuanto a la deficiencia documental alegada: “b) que el art. 51.1.2º ET se refiere a tres trimestres consecutivos y no a tres trimestres últimos; c) que el referido periodo de tiempo se concibe por la norma no como necesario presupuesto del despido colectivo, sino como integrante de una de sus causas, la “disminución persistente” del nivel de ingresos o ventas (en autos de trata de pérdidas); y d) si se ha aportado la documentación contable de 2010 y 2011, es claro que es proporcionado los resultados de seis trimestres consecutivos”.

El segundo motivo de fondo del recurso guarda relación con la alegación de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, por lo que se habría omitido la obligación de vincular la causa al grupo, y de ahí la petición de nulidad de los despidos, con alegación de haberse vulnerado los preceptos ya citados con anterioridad. Nuevamente la Sala acude la doctrina sentada en esta cuestión en la sentencia de 27 de mayo de 2013, de la que transcribe un extenso fragmento, concluyendo que si bien no hay duda de que estamos en presencia de un grupo mercantil de empresas entre las codemandadas, del conjunto de hechos probados resulta claramente que “no se dan los elementos adicionales que la Jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo para apreciar la responsabilidad solidaria como tal grupo de empresas”, que recordemos que son “1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los

derechos de los trabajadores...". Esos elementos no se dan en las empresas que fueron codemandadas según la sentencia de instancia, en hechos que no han sido modificados por haberse rechazado, como he explicado, la revisión de algunos de los mismos, de tal manera que no quedó probado que hubiera prestación simultánea de servicios para las otras empresas, ni tampoco confusión patrimonial, confusión de actividades y caja única. Con la misma argumentación se desestima el recurso cuando se alega la vulneración de los arts. 1.1, 1.2 y 51 de la LET sobre el concepto de empresario y la responsabilidad solidaria cuando exista, algo que no se ha producido en este caso, un grupo de empresas a efectos laborales.

En tercer lugar la parte recurrente alega que el período de consultas no cumplió con la finalidad prevista por el art. 2 de la Directiva de 1998 y por el art. 51.2 de la LET, ya que de las reuniones celebradas sólo hubo una en donde hubiera auténtica negociación, en cuanto que las dos restantes fueron “meramente formales, de inicio y cierre del proceso negociador”, y que aunque se tratara de cerrar la empresa su dirección estaba obligada a formular propuestas para intentar lograr un acuerdo. No es esta la tesis de la Sala que parte de los hechos probados y, aunque ciertamente hace referencia a la parquedad de la negociación como queda acreditado por las actas, no considera que de dicha parquedad puede derivarse una mala fe negocial por la parte empresarial.

Para apoyar su tesis, que ciertamente podría tener un punto de debilidad por esa mínima negociación, la Sala se apoya en tres argumentos complementarios y que vuelven, en un caso, a poner de relieve la importancia de la actuación de las partes durante el proceso negociador: la existencia de un ERTE anterior durante un año, la acreditación de las causas económicas y productivas que llevaban al cierre de la empresa y que, por consiguiente, dejaban nulo espacio a la dirección para poder negociar medidas alternativas, y que tampoco constara en las actas del período de consultas que “por los trabajadores se haya ofrecido alternativa alguna durante el período negociador”.

Buena lectura de la sentencia.

## **18. Sentencia del TS de 19 de febrero de 2014.**

1. La [sentencia dictada el 18 de febrero por el Tribunal Supremo](#), de la que fue ponente el magistrado Miguel Ángel Luelmo, desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa Hermanos Rodríguez Gómez SL contra la sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 13 de diciembre de 2012, que estimó la demanda interpuesta por el comité de empresa, con delegación de los trabajadores de la Entidad Mercantil Pescatech Sociedad Limitada, y declaró “no ajustada a Derecho la extinción colectiva acordada por la Entidad Mercantil Hermanos Rodríguez Gómez Sociedad Limitada y contra la Entidad Mercantil Pescatech Sociedad Limitada, actuando bajo la denominación Grupo Hermanos Rodríguez”. El TS se pronuncia en los mismos términos que el preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal.

2. La sentencia del TSJ autonómico fue objeto de [detallada atención por mi parte en una entrada anterior del blog](#), que ahora reproduzco para pasar después a un breve comentario de la sentencia del TS, ya que esta ratifica todas las argumentaciones y tesis del tribunal de instancia.

“La sentencia del TSJ de Galicia de 13 de diciembre de 2012 resuelve la demanda presentada contra diversas empresas, por considerar que formaban parte de un mismo

grupo, y contra varias personas físicas, si bien en el acto del juicio oral, celebrado el 28 de noviembre, se desistió de la demanda contra estas últimas.

El conflicto se interpone por el Comité de Empresa de Hermanos Rodríguez Gómez SL contra el ERE presentado el 27 de agosto por dicha empresa y por otra entidad mercantil, Pescatech SL, actuando ambas entidades como grupo de empresa y planteándose la extinción de 56 contratos de trabajo (51 de la primera y 5 de la segunda), con alegación de causas económicas y al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. En el antecedente de hecho décimo primero se da debida cuenta de que el personal de Pescatech otorgó su representación al Comité de Empresa de Hermanos Rodríguez Gómez, que se celebraron dos reuniones durante el período de consultas y que éste finalizó sin acuerdo, y que hubo discrepancias, en dicho período, sobre la cantidad a abonar por la empresa en concepto de indemnización, además de otras divergencias, ofreciendo la primera la cantidad legalmente establecida, 20 días de salario por año, pero sin posibilidad de abonarla inmediatamente por falta de liquidez, mientras el comité solicitaba 45 días. La comunicación individual a los trabajadores afectados por la extinción de su contrato se envió el 29 de septiembre, informando a cada trabajador de la imposibilidad de poner a su disposición la indemnización correspondiente por los motivos ya alegados durante el período de consultas del ERE.

La demanda solicita la nulidad, y subsidiariamente la declaración de no ajustado a derecho, al amparo del artículo 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social del ERE, por varios motivos: en primer lugar, se alega que la parte empresarial no presentó durante el período de consultas la documentación exigida por la normativa de aplicación; en segundo término, que ya estaban señalados los juicios de resolución indemnizada que iban a celebrarse como consecuencia de diversas demandas presentadas con anterioridad por varios trabajadores; en tercer lugar, que había suficiente carga de trabajo para mantener la actividad; en cuarto, que no hubo voluntad por la empresa de negociar durante el período de consultas; en fin, en último lugar pero calificado como la “razón principal” por la representación del personal, tal como se explica en el fundamento jurídico segundo, “la existencia de un grupo de empresas más amplio que el reconocido por las propias empleadoras de los trabajadores/as y detrás del cual se encontrarían las personas físicas inicialmente demandadas”. Las partes demandadas comparecientes a juicio, la representación de las dos empresas en las que hubo despidos y otra entidad mercantil que gira con la denominación de Herederos Hermanos Rodríguez SL, solicitaron la desestimación íntegra de la demanda.

En el fundamento jurídico cuarto la Sala realiza un examen de las primeras cuatro alegaciones formuladas por los demandantes, rechazando todas ellas por considerar que no ha habido ningún tipo de vulneración legal, afirmando que “una aproximación superficial a la cuestión litigiosa parece conducir a la calificación de ajustado a derecho (del ERE)”, y que ha quedado probado que la empresa presentó la documentación necesaria y que negoció durante el período de consultas.

Dos observaciones jurídicas de la Sala llaman mi atención y así lo dejo aquí reseñado: en primer lugar, y frente a la alegación de la demandante de que la no utilización del ERE de suspensión aprobado con anterioridad implicaría que había carga de trabajo, la Sala expone que el control judicial del despido “no justifica un juicio de oportunidad en la decisión extintiva, sino sólo de legalidad – concurrencia de las causas y cumplimiento de las formas, dirigidas a facilitar la fiscalización de las causas”; en segundo término,

que ante la alegación de falta de voluntad negociadora por parte empresarial se contrapone el hecho de que por la representación del personal “se mantuvo una posición asimismo maximalista – mantenimiento de la totalidad de la plantilla- y en otro caso, indemnización calculada sobre 45 días de salario, sin que ninguna de las partes se esforzara en acercar dichas posturas”. Ciertamente, habrá que estar a cada caso concreto para valorar la actitud negociadora de las dos partes, pero en principio me parece un tanto exagerado afirmar que no hay voluntad de negociación por parte trabajadora si se pretende defender los puestos de trabajo de todos los trabajadores de la plantilla, siempre y cuando se hagan aportaciones alternativas a esa medida durante el período de negociación.

La sentencia estimará la demanda por el último motivo alegado, al declarar probado que existe un grupo de empresas, a efectos laborales, más amplio que el que actúa formalmente como empleador. “aunque las empresas integradas en él actúen bajo la apariencia formal de sociedades separadas”. La respuesta afirmativa deriva de la existencia de un “entramado societario subyacente” que queda debidamente acreditado en los hechos probados y que incluye dos empresas más (ambas demandadas en el ERE), constatándose la existencia de los indicios requeridos por la jurisprudencia a los efectos de determinar la existencia de un grupo de empresas laboral, como son la confusión de patrimonios, la confusión de plantillas, y la coincidencia de objetivos sociales, domicilios, socios y administradores. Además, una de las demandadas y que no aparecía formalmente como empleadora ya había sido declarada como miembro del grupo de empresas en el que se integran las restantes, además de otra ya desaparecida, en una sentencia anterior de la Sala, en la que quedó probado que todas ellas integraban un grupo de empresas que “bajo la apariencia de sociedades separadas, operan bajo una unidad manifestada al levantar el velo societario”. Por su interés a los efectos de un mejor entendimiento de la resolución judicial ahora objeto de comentario reproduzco el hecho probado cuarto (aunque en el fundamento jurídico quinto se cite por error el hecho probado quinto):

“Por Sentencia de 14 de noviembre de 2008, Recurso 3264/2008, de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia , se desestimó el recurso interpuesto por las Entidades Mercantiles Hermanos Rodríguez Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Herederos de Hermanos Rodríguez Sociedad y la Entidad Mercantil Pescatech Sociedad Limitada contra la Sentencia de 5 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Social 4 de Vigo donde se estimó la demanda de impugnación de despido de diversos trabajadores de la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada, apreciando la existencia de un grupo de empresas entre todas esas Entidades Mercantiles atendiendo - entre otros que, al constar directamente acreditados en el presente juicio y, en consecuencia, declarados probados en la resultancia fáctica de esta nuestra Sentencia, no se reiteran- a los siguientes hechos declarados probados:

- La Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada -actualmente sin constancia de actividad económica- se constituyó a 6.7.1994 por Doña Lorenza , Doña Milagros y Don Benjamín , siendo su objeto social la fabricación e instalación de maquinaria para la industria alimentaria y domicilio social en Tameiga, Ayuntamiento de Mos.
- Desde 2004 la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada hacía una transferencia mensual de 3.000 euros a la Entidad Mercantil Hermanos Rodríguez Gómez Sociedad Limitada, sin constancia de a qué era eso debido.

- También realizaba una transferencia mensual de unos 2.500 euros bajo concepto de alquiler de una nave sita en Cabaleiro que era propiedad de la Entidad Mercantil Hermanos Rodríguez Gómez Sociedad Limitada y de la Entidad Mercantil Herederos de Hermanos Rodríguez Sociedad Limitada.
- La Entidad Mercantil Herederos de Hermanos Rodríguez Sociedad Limitada figuraba como acreedora en cuantía de 7.465,98 euros en el procedimiento concursal de la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada.
- La Entidad Mercantil Hermanos Rodríguez Gómez Sociedad Limitada y la Entidad Mercantil Pescatech Sociedad Limitada mantenían relaciones comerciales habituales con la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada”.

La existencia, probada, de un grupo de empresas más amplio del formalmente existente llevará a la Sala a estimar la demanda porque de los hechos probado se deduce que en las actuaciones económicas, financieras y comerciales entre las mismas, “existe un claro enlace racional, en términos temporales, con el momento en que se empezó a fraguar la situación económica negativa de las empresas formalmente empleadoras”, y también porque una determinada operación efectuada en 2009, y de la que se deja debida constancia en el hecho probado séptimo, se realizó en términos perjudiciales para las empresas formalmente empleadoras, por lo que la Sala considera probado que “existe un claro enlace racional, en términos causales, con su situación económica negativa”, habiéndose producido por esta vía una descapitalización de las empleadoras que les ha llevado a la presentación del ERE por causas pretendidamente económicas.

Por consiguiente, se declara no ajustada a derecho la extinción colectiva acordada por las empresas formalmente empleadoras. La Sala, en un ámbito que suscitó un intenso debate en las recientemente celebradas XXIV jornadas catalanas de Derecho Social entre miembros de la judicatura, no establece qué consecuencias se derivan de dicha calificación jurídica, “pues ello no está previsto en el artículo 124, apartado 11, de la Ley de la Jurisdicción Social salvo para el supuesto de declaración de nulidad -en cuanto, para este caso y solo para él, se establece una condena de reincorporación al puesto de trabajo con remisión al artículo 123.2-3 de la LJS”, y de acuerdo con esta tesis “tanto la determinación de esas consecuencias como a quienes alcanza la responsabilidad de las mismas se decidirá por el órgano judicial competente según las pretensiones, las alegaciones y las pruebas en cada caso desarrolladas, dentro de los procesos de impugnación individual del despido tramitados al amparo del artículo 124.13 de la Ley de la Jurisdicción Social”. O dicho en otros términos, sigue abierto el debate sobre la ejecución de las sentencias dictadas por los TSJ que declaran no ajustada a derecho una decisión empresarial, es decir si puede ejecutarse directamente por la Sala o ha de acudir obligatoriamente a la posterior impugnación individual, cuestión muy relevante y que ahora escapa del ámbito de este comentario”. Añado ahora, en mayo de 2014, con respecto a la última cuestión planteada en mi comentario de la sentencia del TSJ gallego, la importante modificación operada primero por el RDL 11/2013 y mantenida después por la Ley 1/2012, esto es la modificación del apartado 2 del art. 247 de la LRJS para incluir dentro de las modalidades de ejecución de sentencias firmes reguladas en el artículo (“Las sentencias recaídas en procesos de conflictos colectivos estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del artículo 160 podrán ser objeto de ejecución definitiva conforme a las reglas generales de ésta con las especialidades siguientes:...”) a “los



supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial haya sido declarada nula”.

3. El [recurso de casación](#) se interpone, como ya he dicho, por una sola de las empresas condenadas por el TSJ, Hermanos Rodríguez Gómez SL, con solicitud de revisión de varios hechos probados de la sentencia de instancia, en primer lugar, y del derecho aplicable en segundo término, es decir al amparo de los apartados d) y e) del art. 207 de la LRJS.

La revisión de los hechos probados será desestimada por la Sala por basarse alguna argumentación en prueba pericial, no idónea a los fines del recurso de casación que sólo admite la documental, haciendo suya la Sala la tesis del Ministerio Fiscal que afirma que “el informe pericial ya ha sido valorado por la Sala de instancia en el primer fundamento de derecho de su resolución y que lo que la recurrente pretende es "una nueva valoración de prueba más acorde con sus intereses de parte..." y que, además (dicho, en fin, sea ya a mero mayor abundamiento), "tal modificación no sirve para la modificación del fallo puesto que permanecerían incólumes el resto de hechos relatados en el hecho probado y en los que la Sala fundamenta la existencia de un grupo más amplio de empresas". Tampoco son aceptadas, por no quedar acreditadas, la petición de que sólo constara que había un trabajador que se hubiera subrogado en sus derechos y obligaciones en otra empresa del grupo, o que las empresas demandadas no hubieran hecho uso del expediente anteriormente aprobado de suspensión de contratos.

Sobre la infracción normativa alegada, en concreto del concepto de empleador del art. 1.2 de la LET, la tesis empresarial plantea que sólo puede hablarse de grupo entre ella y la empresa Pescatech SL, pero no con las restantes condenadas, y su defensa también se centra en la no concurrencia automática de responsabilidad de todas las empresas del grupo “en relación a las obligaciones contraída por una con sus propios trabajadores”, con cita de varias sentencias del TS. Nuevamente la Sala, en cuanto que vuelve a encontrarse en un debate sobre el concepto de grupo de empresas, acude a la jurisprudencia sentada en sentencias anteriores dictadas tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, en concreto las de 27 de mayo y de 19 de diciembre de 2013, a cuyos comentarios anteriores en el blog me remito, y recuerda que la existencia del grupo ya fue declarada en 2008 por una sentencia del TSJ autonómico en los términos que más adelante acogería en la sentencia ahora recurrida y cuyos hechos probados no han podido ser modificados por la recurrente. Para la Sala, y esta es la tesis más relevante a mi parecer de la sentencia, “el grupo es mayor que el que la parte recurrente sostiene y que, por tanto, su actitud en este punto es fraudulenta, es a ella a quien se desplaza ya la carga de la prueba de que su comportamiento como tal grupo de empresas ha sido correcto en este caso y no laboralmente patológico puesto que en principio y en función de esas circunstancias ya lo es, debiendo tenerse presente, por otra parte, que si algún aspecto de las notas jurisprudenciales de dicha patología puede entenderse insuficiente para entenderla presente en este caso, es la suma de todos ellos y la apreciación del fraude referido lo que puede llevar a otra conclusión en la sentencia recurrida...”. La Sala rechaza la argumentación de la recurrente porque implicaría “desautorizar la conclusión de la sentencia recurrida de que el grupo a que se refiere "actúa unitariamente a efectos laborales y que, por mor de esa actuación, ha supuesto descapitalizar a las empleadoras”.

Buena lectura de la sentencia.

### **19. Sentencia del TS de 19 de marzo de 2014.**

## **I. Introducción.**

Es objeto de análisis en esta entrada del blog la [sentencia dictada el 19 de marzo por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#), de la que fue ponente el magistrado Miguel Ángel Luelmo. Dicha sentencia estima el recurso de casación interpuesto por la empresa GEACAM contra la [sentencia dictada el 16 de abril de 2013 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha](#), de la que fue ponente el magistrado Jesús Rentero, y declara que el procedimiento de despido colectivo llevado a cabo en dicha empresa y que suscitó el presente litigio fue conforme a derecho. La sentencia cuenta con dos votos particulares, el primero emitido por el magistrado Fernando Salinas, al que se adhieren cinco magistrados y magistradas, y el segundo emitido por la magistrada Lourdes Arastey y en ambos se sostiene que el TS debió desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia; o dicho de otra forma, hay siete miembros de la Sala contrarios a la sentencia dictada.

La nota oficial de síntesis de la sentencia es la siguiente: “Despido colectivo. Nulidad del acuerdo alcanzado en el ERE y de la decisión empresarial derivada del mismo: no procede. Fraude de ley: no es apreciable. Las medidas acordadas entre la empresa y la representación de los trabajadores se enmarcan, en términos de legalidad, en lo que libremente se puede decidir en un proceso negociador seguido con respeto a las normas que lo regulan. Votos Particulares”.

Lógicamente el fallo de la sentencia ha sido recibido con satisfacción por el gobierno autonómico, habiendo afirmado la [Consejera de Agricultura, M<sup>a</sup> Luisa Soriano](#), el día 28 de mayo y poco después de conocer la sentencia, que el Gobierno regional está satisfecho con que “se haya dado la razón a Geacam”, al señalarse, por parte del TS, “que es correcto la reestructuración de la empresa que acordó Geacam con los sindicatos UGT, SATIF y SBIF y que además había sido apoyado por la mayoría de los trabajadores”. Por su parte, el [secretario de la Federación Agroalimentaria de CCOO en la región, José Sánchez de los Silos](#), ha defendido que lo que hay que hacer ahora es “hablar para ver qué es lo mejor que se puede hacer --a la hora de aplicar este ERE-- y ver la interpretación de cómo se puede aplicar la sentencia”, en especial “si va a afectar a todos los trabajadores, incluidos los que firmaron novaciones, o si sólo va a afectar a los que no las firmaron”.

He leído con especial atención la [sentencia del TS](#), que ya se encuentra disponible en las redes sociales aunque todavía no en la base de datos del CENDOJ, así como también los dos votos particulares, ya que la sentencia dictada por el TSJ autonómico también mereció una atención especial por su parte en su momento, y en mi comentario, que reproduciré a continuación, quedó claro mi parecer favorable a la tesis del TSJ de considerar existente una actuación en fraude de ley. Si hubiera que esquematizar al máximo, y con los riesgos que ello conlleva, la tesis de la sentencia del TS, es que la autonomía colectiva permite hacer todo aquello que deseen las partes si no hay voluntad defraudatoria tras la decisión, tesis que es rotundamente rechazada por los votos particulares, que recuerdan que la conversión de un contrato indefinido a tiempo completo en otro de carácter fijo discontinuo no es una posibilidad que se conceda a los negociadores durante un período de consultas. Desde luego, la sentencia del TS deja a mi parecer muchos interrogantes abiertos sobre hasta dónde puede llegar el contenido del acuerdo del período de consultas, y qué impacto puede tener una decisión adoptada

en materia de novación contractual sobre el cumplimiento de la normativa en materia de prestaciones por desempleo y el respeto de la legislación laboral y de Seguridad Social.

Una observación final antes de adentrarme en el comentario jurídico. Desde que se dictó la sentencia del TSJ han acaecido bastantes cambios en la regulación de las relaciones laborales en GEACAM, que han generado nuevos conflictos. Remito a las páginas web de las organizaciones sindicales y de la propia empresa para hacer un seguimiento de las mismas.

## **II. La sentencia del TSJ de 16 de abril de 2013.**

La sentencia es jurídicamente hablando muy interesante, al margen de los problemas y conflictos de orden político y sindical que haya podido suscitar y de los que se han hecho eco abundantemente los medios de comunicación de la Comunidad Autónoma, aunque a decir verdad en puridad el conflicto radica en las diferentes estrategias políticas y sindicales adoptadas frente a la crisis de la empresa.

A) La demanda fue interpuesta por varios miembros del Comité intercentros, afiliados a CC OO, y por la federación agroalimentaria de CC AA de Castilla-La Mancha, siendo partes demandadas la empresa y los restantes miembros del Comité, afiliados a diversas organizaciones sindicales y que suscribieron el acuerdo que ha dado origen al conflicto. En los veinte, y muy completos, hechos probados, puede seguirse con todo detalle el conflicto desde sus inicios, del que me interesa poner de manifiesto en especial algunos detalles jurídicos que después tendrán sin duda relevancia en la decisión que adopte el Tribunal.

En primer lugar, el recogido en el hecho probado segundo, en donde se informa de que la dirección general de relaciones laborales de la Consejería de Empleo de la Junta remitió escrito a la empresa en 2 de julio, es decir cuando aún no se había producido la separación entre personal de estructura y personal de extinción, informándole de que no podía tramitarse como ERE aquello que la empresa calificaba de “extinciones parciales” y que a juicio, bien fundamentado, de la autoridad administrativa, “realmente se trata de conversiones definitivas de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial o fijos discontinuos”, conversión que de acuerdo a la normativa vigente “según lo previsto en el art. 12.4 del Estatuto de los trabajadores tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer unilateralmente por el empresario o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el art. 41.1 a) del Estatuto...”.

En la tramitación del ERE que afecta sólo al personal de extinción, iniciado el 13 de agosto, la empresa pone sobre la mesa en el período de consultas su voluntad de mantener la plantilla entonces existente, con contratos indefinidos, pero formula una propuesta – que después sería sustancialmente acogida en el acuerdo – de novar los contratos, o por decirlo con las propias palabras de la empresa suscribir con los trabajadores “un contrato de trabajo fijo discontinuo de ocho o nueve meses al año. De esta forma se evitaría tener que extinguir hasta un máximo de 680 de los contratos actualmente en plantilla a las posibilidades presupuestarias de la empresa”. Consta que la autoridad laboral solicitó aclaración de la propuesta formulada por la empresa llamada de “novación a empleo estable”, o más exactamente extinción de la relación laboral y transacción de la indemnización “por la oferta de un puesto de trabajo en la

condición de trabajador fijo discontinuo”. También queda debida constancia de la tesis empresarial, ante la petición formulada por la parte trabajadora, de la imposibilidad de aplicar la suspensión de contratos, dada la condición jurídica de GEACAM, ya que “exigiría una modificación por parte del Departamento de Economía de la actual calificación de GEACAM como ente público”.

Por fin, y tras el período de consultas se alcanzó un preacuerdo, siendo con posterioridad suscrito el texto por los representantes de los trabajadores y por la presidenta y secretaria de GEACAM, tras haber ratificado el texto el Consejo de Administración de la entidad. En dicho acuerdo, y ya he dejado de constancia de ello con anterioridad, se prevén tres posibilidades para los trabajadores afectados: acceso directo a un sistema de jubilación, recolocación diferida a un empleo estable, y baja indemnizada. Recomiendo en especial la lectura del acuerdo relativo a la segunda posibilidad citada, de la que sólo reproduzco ahora los dos párrafos que me parecen más significativos: “los trabajadores adscritos a la presente medida, extinguirán su contrato de trabajo a tiempo completo, como medida transaccional por el empleo, accediendo a un contrato de trabajo de carácter fijo discontinuo con efectos de inicio 1 de marzo de 2013. El nuevo contrato reconocerá la antigüedad de origen a todos los efectos, incluso indemnizatorios, el grupo profesional y nivel. En el mismo día que se comunique la extinción al trabajador, se firmará un preacuerdo de incorporación como fijo discontinuo a partir del 1 de marzo de 2013, preacuerdo que incorporará como cláusula adicional el régimen jurídico establecido en esta medida..”.

B) En la demanda interpuesta por CC OO se planteó la ilegalidad de la extinción sin percibo de indemnización y porque no podía formalizarse un contrato de fijo discontinuo ya que no se trata (la actividad que realiza el personal de extinción) de un trabajo intermitente, mientras que las partes demandadas defendieron la bondad de la medida “como la única salida posible en empresas públicas si se pretendía evitar los despidos”. Vayamos por partes y analicemos ahora los fundamentos de derecho.

a) En primer lugar, y muy probablemente porque en un ERE anterior se suscitó la legitimación activa de los sujetos negociadores, en concreto de la parte trabajadora, con los resultados de nulidad de la decisión empresarial, la Sala deja constancia de entrada, siquiera sea a título incidental, de que en este segundo ERE “no ha existido problema ni alegación alguna sobre legitimación activa ni pasiva, que tampoco este Tribunal entiende que existan”.

b) En segundo término, hay un estudio muy detallado por la Sala de la excepción de caducidad alegada por las partes demandadas, rechazada con rotundidad porque el plazo de interposición de la demanda no se inicia a partir de la fecha en que se alcanzó el preacuerdo, “sino a partir del momento en que quien tenía virtualidad jurídica para ello, lo ratificó, dando así plena virtualidad jurídica”; es decir, desde que el texto fue ratificado por el Consejo de Administración de GEACAM y comunicado a la autoridad laboral”. La Sala enfatiza la importancia de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, señaladamente en la primera fase de acceso a la jurisdicción y descarta por consiguiente la interpretación de las demandadas, añadiendo a modo de crítica que combina el contenido jurídico y el social que el cómputo de la caducidad debe tomar en consideración la consolidada doctrina jurisprudencial y constitucional, “más aún cuando las dudas al respecto... pueden venir generadas precisamente por la intervención de quien pretende aprovecharse de ello”, criticando que quienes han suscrito un

“preacuerdo” pretendan después demostrar, en defensa de sus intereses, “que tenía ya un carácter cierto e incuestionable”.

c) Una vez desestimada la cuestión formal alegada, la Sala entra en las cuestiones de fondo del conflicto, recordando previamente la aplicación de la normativa reguladora de los ERES en el sector público (art. 51 de la LET, ya que en el momento del inicio del ERE estaba vigente el RD 801/2011 que no regulaba esa situación, posteriormente derogado por el RD 1483/2012), en cuanto que GEACAM es una empresa perteneciente al sector público, pero “no es propiamente Administración Pública”, por lo que la normativa de aplicación no incluirá algunas obligaciones que sí son predicables de los ERES en las AA PP y que los tribunales han señalado y analizado con mucho detalle en especial en los conflictos suscitados en diversas corporaciones locales.

d) La parte demandante alega que la empresa no cumplió debidamente con la obligación de entregar la documentación legalmente exigible. Hay en el conflicto, y queda claro en el examen de toda la documentación, discrepancias entre dos partes bien diferenciadas del comité intercentros, y la Sala considera que en efecto no se ha entregado toda la documentación exigible, ni los criterios de selección de los trabajadores afectados, pero que el hecho de que este defecto haya afectado sólo a los representantes del sindicato demandante durante el proceso negociador no puede viciar “per se” el ERE, ya que la obligación, añadido yo lógicamente, va referida “al órgano de representación de los trabajadores en cuanto tal” y no de forma individual a sus miembros, o lo que es lo mismo, los problemas de funcionamiento interno del comité no constituyen argumento jurídico para poder considerar como no ajustada a derecho la actuación empresarial. Actuación, por otra parte, que tampoco parece muy lúcida respecto al cumplimiento de otros requisitos, como por ejemplo, el de poner en marcha un plan de recolocación externo en cuanto que el ERE afecta a más de 50 trabajadores, aún cuando este incumplimiento debería ser objeto de acción judicial por los trabajadores afectados y no afecta en puridad jurídica a la calificación del ERE como conforme o no a derecho.

e) El núcleo duro de la sentencia se encuentra en la alegación de las partes demandantes de actuación fraudulenta, de fraude de ley, por la partes demandadas, cuestión que el propio Tribunal considera “de mayor envergadura” que las anteriores, avanzando ya su tesis, que será desarrollada jurídicamente con posterioridad, de que existen una serie de circunstancias y determinantes legales “que no avalan la adecuación a la legalidad del acuerdo alcanzado”. La Sala afirma con claridad que en el ERE litigioso no hay propiamente dicho una extinción de relaciones contractuales, aunque así se diga en el texto, sino “una simulación de extinción contractual”, ya que se pacta un nueva contratación a partir de pocos meses después, respetando todos los derechos contractuales de la relación teóricamente extinguida, para concluir que, cuando la situación económica previsiblemente se haya recuperado, los trabajadores con contrato de trabajo extinguido y/o reconvertido, “volverán a la condición de fijos ordinarios a partir de 2016”, al mismo tiempo que se les garantiza el percibo de las prestaciones por desempleo mientras no estén trabajando o, si no tuvieren derecho a ellas o se denegara la prestación por la entidad gestora, la empresa les abonaría en su caso el salario y, atención porque esto me parece realmente determinante a los efectos de valorar si se ha producido o no una extinción contractual, “los trabajadores se mantendrán a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria si así se les ordenara”.

Es decir, bajo la apariencia de una extinción, posibilidad permitida por el art. 51 de la LET, hay otra situación jurídica que no es tal, ya que se reconvierte un contrato indefinido a tiempo completo en otro de fijo discontinuo, con las “particularidades” antes citadas, y además se pacta en el acuerdo de extinción que volverá a nacer una ¿nueva? relación jurídica a tiempo completo en 2016. No cabe negar a los redactores del texto, y repito que estoy analizando el conflicto desde la vertiente jurídica, su deseo de buscar soluciones a la difícil situación económica de la empresa, pero es evidente que la “ingeniería jurídica” tiene sus límites legales, y de ello se hace clara manifestación en la sentencia, tesis que comparto, cuando se afirma que “.. las posibilidades de la negociación, y la creatividad negociadora de las partes o de sus asesores, tiene un límite claro en el contenido de la Ley, que no se puede sobrepasar, ni aunque haya sido aceptado por los afectados”.

Más claro, estamos en presencia de una novación temporal de la contratación, con un juego de períodos de trabajo de varios meses hasta finales de 2015, y recuperación del estatus contractual anterior al ERE a partir de 2016. Se podrán hacer todos los juegos de “ingeniería jurídica” que deseen las partes (o sus asesores, como se encargan muy bien de señalar el Tribunal), pero no hay extinción sino una apariencia formal de la misma bajo la que se oculta una suspensión temporal contractual con financiación de los períodos de inactividad a cargo del erario público, algo que debe calificarse de actuación fraudulenta en cuanto que se persigue, ex art. 6.4 del Código Civil un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, y por decirlo con las propias palabras del Tribunal, “ocultando el carácter voluntario de la novación realmente perseguida con esa simulación de extinción contractual, que no sería una situación legal de desempleo”.

f) Apunta la Sala en el fundamento jurídico quinto una cuestión de mucho calado jurídico y que no ha merecido mayor atención en los análisis y comentarios, casi todos de las partes afectadas y de los medios de comunicación, cual es que, sin entrar en la polémica (aunque hubiera sido muy interesante que lo hubiera hecho, y creo que se hubiera decantado por la no conformidad a derecho) de si la novación contractual realmente producida era posible sin el consentimiento de cada trabajador individualmente afectado, pone de manifiesto, y así ha ocurrido en la práctica, que a los trabajadores con contrato “extinguido” se les garantiza volver a contratarlos a partir del mes de marzo de este año, con lo que chirrían, o dicho más claramente se incumplen, las obligaciones constitucionales y legales de garantizar el respeto de los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad en el acceso al empleo público, todos ellos incumplidos en el supuesto de convocatoria pública “al estar ya predeterminadas las personas que accederían a tales puestos de trabajo”, una actuación que nuevamente considera el Tribunal que es fraudulenta.

Incluso más, dadas las restricciones presupuestarias, de las que se deja debida constancia jurídica en la Ley de Presupuestos de 2013 de la Comunidad Autónoma, y las muy estrictas limitaciones a la contratación por parte de entidades y empresas públicas (con obligación de informe previo favorable de “la dirección general competente en materia de presupuestos”), si bajo la apariencia de una extinción contractual, no estamos ante tal situación jurídica sino ante un nuevo contrato, en el sector público, no se olvide, formalizado en 2013, con los nuevos presupuestos y sus limitaciones legales, estamos otra vez ante una actuación fraudulenta que vicia de nulidad la decisión empresarial.

g) Último pero no menos importante, en este exhaustivo análisis jurídico que efectúa el Tribunal, no queda acreditada a su juicio, de la documentación aportada por la empresa, la gravedad de la situación económica que permita alegar la existencia de una causa económica para presentar un ERE, con lo que sería inexistente la necesaria proporcionalidad entre la medida adoptada y los efectos sobre los trabajadores afectados. Y es la propia empresa la que está casi expresamente aceptando que no existe tal causa al haber pactado que asumirá el pago de salarios si la entidad gestora de las prestaciones por desempleo no abona estas a los trabajadores durante los períodos de suspensión de la relación contractual de fijos discontinuos. Ni considera suficientemente probada la causa organizativa alegada, referida a los períodos en que hay menor riesgo de incendios, ya que en el acuerdo está reconociendo que puede trabajarse durante todo el año. En conclusión, la Sala declara la existencia de una actuación fraudulenta por el sujeto empresarial que ha adoptado la medida de extinción de los contratos, declarando la nulidad de la medida por entender que dicha posibilidad está permitida, por analogía, por el art. 124.11 de la LRJS con efectos declarativos de la sentencia.

### **III. La sentencia del TS de 19 de marzo de 2014.**

1. La sentencia consta de treinta y dos páginas, de las que las primeras doce están dedicadas sustancialmente a reproducir los hechos probados de la dictada en instancia. Es a partir de la página doce cuando el TS entra en el estudio y resolución del recurso de casación que se articula, al amparo del art. 207 de la LRJS, en seis motivos, solicitándose en los dos primeros la revisión de los hechos probados y alegándose en los cuatro restantes vulneración de la normativa y jurisprudencia aplicable. La Sala entrará en su estudio tras desestimar la cuestión previa de inadmisibilidad del recurso alegada por la parte recurrida por entender que la liquidación de las tasas judiciales no se ajustó a la legalidad, tesis rechazada por la Sala, con remisión a sentencia anterior de 25 de noviembre, por considerar que una vez ingresada a tasa “ha de estimarse cumplido el requisito establecido en el art 8.2 de la mencionada Ley 10/2012 a los meros efectos de tramitación del recurso, sin que sea función ni competencia de esta Sala el proceder a comprobar la corrección de la liquidación practicada”.

2. En relación con las solicitudes de revisión de hechos probados, la primera versa sobre la situación económica de la empresa y con mención expresa a una anterior sentencia del TSJ de 1 de febrero de 2013 que la sentencia ahora comentada no considera un medio idóneo para dicha revisión y que, tal como expone la parte recurrida, no es trascendente para la resolución del litigio, en cuanto que el mismo, recuerda el TS, se centró en la existencia o no de fraude ley en la decisión finalmente adoptada por la empresa. En un razonamiento ciertamente complejo, la Sala desestima la solicitud pero admite al mismo tiempo la existencia de una situación económica de crisis y que, de haber sido este el argumento central del fallo de la sentencia del TSJ, hubiera merecido su anulación.

La segunda revisión versa sobre la petición de adición de un nuevo hecho probado que permitiría acreditar, según la recurrente, que se había agotado el plazo de caducidad para interponer la demanda, versando el debate sobre cuándo se adoptó el acuerdo de proceder a los despidos colectivos por parte de la empresa. La petición es rechazada, con mantenimiento de los hechos probados, en cuanto que de estos se deduce claramente que lo primero que se suscribió fue un preacuerdo, y que para alcanzar el acuerdo, y consiguientemente que la empresa adoptara su decisión, era necesario que

fuera ratificado por los órganos de dirección de la empresa y por los trabajadores, y sólo cuando se produjeron ambos y la empresa tomó la decisión empezó a correr el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción.

3. Pasamos ya al análisis de los argumentos que sostienen la vulneración de la normativa y de la jurisprudencia aplicable.

A) Dado que en el primero se alega la vulneración del art. 124 de la LRJS por haberse presentado la demanda fuera de plazo, al haberse rechazado la revisión de los hechos probados decae inmediatamente este argumento. La Sala hace suya la tesis contenida en el informe preceptivo del Ministerio Fiscal que argumenta lo siguiente: “como se dice en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, el 30.10.2012 se alcanzó, en realidad, un preacuerdo entre los negociadores porque para que hubiera un acuerdo se estipuló que debía ser ratificado por el consejo de administración de GEACAM S.A., lo que sólo aconteció el 14.11.2012, de manera que la demanda se presentó dentro de los 20 días previstos en la Ley”.

B) El segundo motivo del recurso versa sobre la alegación empresarial de que sí se respetó lo dispuesto en la normativa vigente (en contra de lo dicho en la sentencia de instancia) sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados. Para el TS no merece más importancia esta tesis ya que la nulidad de los despidos colectivos no se produjo por este motivo, ni tampoco considera relevante a efectos de la resolución del litigio que la empresa no ofreciera un plan de recolocación externa, por el mismo motivo.

Pero...., en este momento, y en concreto estamos hablando del fundamento jurídico sexto, tras desestimar, por considerarlas irrelevantes esas alegaciones, la Sala entra de pleno en el examen de aquello para lo que debe servir el período de consultas (una de las cuestiones sin duda más trascendentales de la regulación de los procedimientos de despidos colectivos, suspensiones contractuales y reducciones de jornada tras la reforma laboral de 2012) y sienta doctrina, que está por ver si se recoge en posteriores sentencias aún cuando no recuerdo que haya contenidos semejantes en acuerdo alcanzados en otros períodos de consulta, consistente a mi parecer en ampliar más allá de lo previsto en la Directiva de 1998, la LET y el RD 1483/2012, las posibilidades de pactar medidas para atenuar el impacto de los despidos y llegar a un acuerdo, si bien parece que la Sala lo acepta con una cierta prudencia (¿duda respecto a su validez?), pues no de otra forma creo que puede entenderse esta frase: “...cabiendo dejar constancia, no obstante, de que la finalidad del periodo de consultas es la de buscar alternativas a los despidos, y una de ellas puede ser la novación que aquí se establece para transformar el contrato a tiempo completo en contrato fijo discontinuo con posterior recuperación de la contratación a tiempo completo, una finalidad lícita para hacer frente a una crisis de empleo que no vulnera ninguna norma del ordenamiento jurídico”.

Dado que la Sala afirma que esta medida (que no está prevista a mi parecer en la normativa aplicable, y esta es también la tesis sustentada en la instancia y en los dos votos particulares) “no vulnera ninguna norma del ordenamiento jurídico” (me pregunto si no hubiera sido técnicamente mucho más correcto decir que la medida “es conforme a derecho”) se ve obligada a justificar a continuación su tesis, argumentando nuevamente “de forma negativa” para llegar a su conclusión; en efecto, para la Sala, la medida de



novación contractual “es posible, pese a lo que establece el art. 12.4.e) del ET, porque éste se refiere a la modificación por decisión unilateral del empresario o por la vía del art. 41.1 del ET, pero no alcanza a otras vías en la que cabe el acuerdo con el trabajador afectado o con los representantes de los trabajadores. Así se advierte de la propia limitación de la prohibición al nº 1 del artículo citado y de lo que prevén los arts. 47 y 51 ET..”, concluyendo, supongo que para reforzar su argumentación jurídica con otra de contenido más social, que “otra interpretación haría imposible las reducciones de jornada como medida de solución de las crisis”.

Ya tenemos el primer argumento central de la sentencia, esto es que sí es válida la novación contractual que incorpora una promesa de regreso a la situación jurídica inicial, porque cumple “una finalidad lícita para hacer frente a la crisis de empleo”, de lo que deduzco que la mayoría de la Sala es partidaria del pleno respeto a la autonomía negociada de las partes, lo que sólo apunto obiter dicta a la espera de conocer qué ocurrirá en recursos pendientes y en los que esté en juego igualmente el valor constitucional y legal del principio de la autonomía colectiva (por ejemplo, la interpretación del art. 86.3 de la LET y el alcance de la cláusula “salvo pacto en contrario” en relación con la duración de la ultraactividad de los convenios colectivos estatutarios). Bueno, yo diría que toda la Sala es partidaria de esa tesis si nos hemos de acoger a la doctrina sentada por el TS en otras sentencias que han merecido la unanimidad de sus miembros, y también en otras en los que los ahora “minoritarios” han defendido el valor jurídico de la autonomía colectiva.

C) Pues bien, pasemos al segundo, al que se llega en el fundamento jurídico séptimo al examinar la alegación de la recurrente de que no se ha producido en modo alguno el fraude de ley declarado en la sentencia de instancia, cuestión esta que es calificada de “clave” por la Sala (me imagino que se refiere, y estoy de acuerdo, a que se trata del nudo gordiano de la sentencia del TSJ), y que se encuentra en el fundamento jurídico quinto de la sentencia del TSJ (por cierto, al que sigue, y perdónenme la perogrullada, un sexto que el TS califica, sorprendentemente a mi parecer, como “un mero apéndice dialéctico con el que se cierra el razonamiento previo al fallo”).

La tesis de la recurrente es que la difícil situación presupuestaria habría hecho del todo punto necesaria la adopción de una medida como la enjuiciada, y aunque no haya sido aceptada la revisión de los hechos probados sí se va a aceptar el razonamiento de la recurrente sobre la situación económica y la consiguiente justeza de la causa, haciendo suya la Sala la tesis del Ministerio Fiscal. Dicho con toda sinceridad, de la lectura de la compleja sentencia no me queda muy claro en algunos momentos si es la Sala la que expone su propia argumentación o bien hace simplemente suyas las tesis del Ministerio Fiscal y se limita a reproducir su parecer, y he tenido estas dudas especialmente en la lectura del fundamento jurídico séptimo, pero ello no tiene ahora ciertamente mayor importancia en cuanto que es la tesis acogida y defendida, de una forma u otra, por la mayoría de la Sala.

Para mayor facilidad del seguimiento de mi explicación por los lectores y lectoras del blog, reproduzco un importante fragmento de la misma: “no cabe hablar de fraude de ley, en cuanto se está, en definitiva, en presencia de una novación no extintiva sino temporal de los contratos de trabajo, por lo que se justificaría, según dicho Ministerio Público, la falta de puesta a disposición de los trabajadores de la indemnización que les hubiera correspondido si realmente tal extinción hubiera tenido lugar, añadiendo que

“tampoco puede sostenerse que se haya intentado eludir los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ni la ley presupuestaria de Castilla-La Mancha”, concluyendo, tras exponer la, de modo sostenido, decreciente situación económica positiva de la demandada entre 2008 y 2011 y un resultado ya negativo en los cinco primeros meses de 2012, con que “no hace falta ser un experto economista para deducir que el nivel de pérdidas en el año 2013 sería elevadísimo, por lo que estaría plenamente justificado que se redujeran los gastos de personal que suponen el 79% del gasto de la empresa (según Memoria)” y, en fin, en lo que resulta el cierre de su argumentación, con que “el hecho de que la Junta de Castilla La Mancha sea la propietaria única de la empresa y que tenga que asumir la prevención y extinción de incendios de su comunidad es lo que le lleva a suponer que, pasada la época más aguda de la crisis y la necesidad de ajustarse a los objetivos marcados por la estabilidad financiera, pueda aumentar las encomiendas a GEACAM a partir de 2016, pero eso no significa que la situación actual y próxima futura de GEACAM sea penosa (si fuera una empresa privada tendría que estar en concurso de acreedores) y por tanto sea proporcional y más adecuada que la extinción de contratos la suspensión temporal de los mismos, que es lo que se acordó con la mayoría de los representantes de los trabajadores y fue ratificado en asambleas”. A pesar de una cierta dificultad en la dicción de este último párrafo, el posicionamiento, como se ha dicho, parece resultar favorable a la estimación del recurso, siendo necesario contrastarlo con lo que en el quinto fundamento de derecho de la sentencia recurrida y su complementario sexto se argumenta sosteniendo la pretensión demanda”.

D) Ahora sí, con mayor claridad expositiva, la Sala entra a examinar las tesis expuestas en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia, al que he dedicado atención en mi comentario a la misma con anterioridad, por lo que ahora cabe centrar la atención en las tesis del TS, no sin antes recordar una frase del TSJ que me parece muy clara y contundente, aunque el TS no participe precisamente de esta tesis: la existencia de un fraude de ley en el acuerdo alcanzado y en la posterior decisión empresarial se argumenta cuidadosamente en que “las posibilidades de la negociación y la creatividad negociadora de las partes o de sus asesores tiene un límite claro en el contenido de la ley que no se puede sobrepasar ni aunque haya sido aceptado por los afectados”.

Pues no, repito, no es esta la tesis del TS que entiende que no se produciría ningún fraude normativo respecto a la aplicación de la normativa en materia de protección por desempleo, porque en caso de que no se reconociera por las autoridades administrativas el derecho al percibo de las prestaciones, las cuantías económicas mientras no se trabajara efectivamente serían abonadas por la empresa, y como ello es fruto, nuevamente se insiste, del acuerdo entre las partes, es válido porque no hay perjuicio alguno para ninguna. O por decirlo con las propias palabras de esta, también insisto compleja, sentencia: “la idea es la de que la cobertura aseguradora tenga un determinado alcance y si lo que la legislación establezca impide tal previsión, la sustituirá el propio compromiso empresarial en los términos que constan en el acuerdo que la sentencia transcribe, lo cual no constituye fraude alguno y corresponde al estricto ámbito del principio de autonomía de la voluntad que preside cualquier pacto y que ha de respetarse en tanto en cuanto no sea claramente perjudicial para una de las partes del mismo sin causa justificada para ello”.

E) Sigamos con la argumentación del alto tribunal. La sentencia de instancia entendió vulnerado el art. 53.1 de la LET porque no se había puesto a disposición de los

trabajadores despedidos la indemnización legalmente debida con el argumento de que se sustituía por la promesa de recolocación, y en efecto se razona profusamente en la sentencia de instancia que esta decisión empresarial no es conforme a derecho y que plantea problemas de legalidad en cuanto que bajo la apariencia de una extinción habría una suspensión temporal del contratos que no se habría tramitado correctamente. Pues no, nuevamente la Sala enmienda la plana al TSJ y da un relevante valor jurídico a lo que las partes acordaron y con sus efectos correspondientes sobre los trabajadores despedidos (no es la tesis del TS la que han defendido algunas muy rigurosas sentencias de TSJ, y recuerdo algunas al respecto de los de Castilla-La Mancha y País Vasco, que he comentado en el blog). En un razonamiento que se me alcanza, cuando menos, muy sorprendente en el estricto plano del análisis jurídico, la Sala afirma que no comparte la tesis del TSJ porque “el acuerdo en este punto no supone la libre decisión de los trabajadores de ninguna extinción sino la necesidad de aceptarlo ante la situación existente y sin perjuicio de que, si se considerase la extinción como suspensión, pueda ser operativa la previsión del precepto mencionado, lo que no exige entender que el acuerdo mismo haya de declararse nulo por fraudulento, porque no se persigue con él y al amparo del texto de una norma, un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, que es como define tal fraude el art 6.4 del CC”.

Del razonamiento de la Sala me queda claro, dicho con sinceridad, que no acepta el del TSJ, pero ya no me queda tan clara cuál es la tesis del alto tribunal, aunque me inclino a considerar que nuevamente aquello que se desea poner en valor es que las decisiones adoptadas por los negociadores, y plasmadas después en decisión empresarial, son válidas porque mejoran la situación de los trabajadores despedidos, y que la autonomía de las partes permite avanzar (mucho, desde luego, según la sentencia) en la toma de decisiones “imaginativas” para llegar a un acuerdo que en cuanto que tal parece que deberá presumirse como valido y no formalizado en fraude de ley.

F) Supongo que dará mucho juego, en el debate jurídico en la doctrina iuslaboralista, la tesis defendida por el TS de hallarnos, en virtud del acuerdo adoptado en el período de consultas, ante una “novación no extintiva y temporal de los contratos de trabajo en los términos del art. 47 del ET”, y también la insistencia, creo que machacona, de la Sala de que no ha existido fraude de ley porque las partes han alcanzado voluntariamente un acuerdo que permite (no lo digo yo, lo dice el TS en su interpretación del acuerdo) mejorar la situación del personal afectado. No hay, alega la Sala, fraude en la decisión empresarial que se produjo tras las propuestas y contrapropuestas en el período de consultas, con un argumentación nuevamente compleja (muy recargada quizás sea el calificativo que utilicen otros comentaristas) y que no alcanzo a ver qué peso jurídico aporta a la decisión de la Sala, y sí creo que le aporta peso para justificar lo anteriormente dicho, y nada más. Nuevamente acudamos a las palabras textuales de la sentencia, en el fundamento jurídico séptimo b) en el que se defiende la conformidad a derecho “de unas medidas que pretenden asegurar un resultado de cobertura económica y social en donde el impacto de la medida sea lo menor posible para los afectados, lo que implica siempre un juego de alternativas que individualmente consideradas pueden arrojar alguna deficiencia pero que han de ser valoradas en su conjunto como solución global del problema y adecuada a los grupos previamente establecidos de dichos trabajadores como mejor fórmula de acercamiento de dichas medidas a cada individuo en particular sin perder de vista por ello esa globalidad en la solución”.

G) La machacona insistencia en la validez del acuerdo y en la inexistencia de fraude de ley le lleva a la Sala a despachar de forma sumaria otros argumentos utilizados en la sentencia de instancia para justificar el fallo de nulidad por existencia de fraude de ley, como los problemas jurídicos que se producirían si se tratara de nuevas contrataciones y su limitación legal por tratarse de oferta pública de empleo, o la sujeción a las limitaciones existentes en la propia normativa autonómica en materia de contratación de personal. Una vez aceptada la tesis de que no hay fraude, no cabe dudar según la Sala de la conformidad a derecho de las nuevas contrataciones (justificadas por el “compromiso de recolocación”) y la no aplicación de la normativa autonómica por ser posterior en el tiempo al momento de plantearse el conflicto, pero aceptando también que esta norma (no aplicable) se contempla la posibilidad de tener en consideración “caso excepcionales” apuntando, quiero pensar que como mero obiter dicta aunque sigo sin tenerlo nada claro, “entre los que, en función de las condiciones y circunstancias concurrentes en este caso, podría considerarse incluido el mismo”.

H) En fin, para ser el fundamento jurídico sexto de la sentencia de instancia, dedicado al análisis de los datos económicos facilitados por la empresa, “a mayor abundamiento” según el TS no está nada mal, desde luego, la atención que le dedica la Sala para manifestarse en sentido contrario al tribunal autonómico, por entender, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que sí se daba esa situación negativa y que la tesis defendida en instancia y también por los actores (ahora en condición de parte recurrida) tendría “una cierta contradicción con el hecho decimonoveno de la relación fáctica”, del que cabe efectuar, razona la Sala “una diferente lectura”, que se explica en el apartado e) del fundamento jurídico séptimo y que se cierra nuevamente con el respeto a la autonomía de las partes elevado al altar de los más importantes valores jurídicos. Para la Sala, que hace suya nuevamente la tesis del Ministerio Fiscal; “no resulta difícil prever, dada la trayectoria que las cifras referidas indican de constante e importante descenso y finalmente negativas ya en el primer semestre de 2012, que “el nivel de pérdidas en el año 2013 sería elevadísimo” o al menos apreciablemente empeorado y que así continuaría de futuro sin posibilidad clara de mejoría de no adoptarse alguna medida debidamente negociada y consensuada como ha sido el acuerdo objeto de litigio”.

4. Respiro profundamente, descanso unos minutos, y vuelvo al comentario con el análisis de los [dos votos particulares](#) que no dejan de ser, muy especialmente el primero, dos nuevas sentencias (y soy consciente de que no estoy utilizando de manera técnicamente correcta el término, pero me permito una cierta licencia conceptual) Como ya he indicado con anterioridad, ambos votos se manifiestan, cada uno en su concreta argumentación, de acuerdo con la tesis de la sentencia de instancia y por consiguiente “debería haberse confirmado la razonada sentencia de instancia en la que se declaraba la nulidad del acuerdo objeto de impugnación y la derivada decisión empresarial, dado que aquél fue alcanzado en fraude de ley por intentar bajo una inidónea cobertura formal eludir la normativa aplicable” (voto del magistrado Fernando Salinas), y “debió de confirmarse la declaración de nulidad de la decisión extintiva” (voto de la magistrada Lourdes Arastey).

Dado que la argumentación de los votos particulares es muy semejante a la de la sentencia de instancia, destaco aquellos contenidos que me parecen más relevantes, y remito a la explicación realizada con anterioridad de dicha sentencia para completar mi explicación.

A) En el primer voto particular emitidos por seis magistrados y magistradas de la Sala, se realiza, de manera muy didáctica, una somera explicación, o más bien recordatorio, de los hechos declarados probados en la instancia y que han mantenido inalterados en casación, con una también excelente síntesis en la parte final del apartado 1 en donde queda perfectamente reflejado el contenido del acuerdo: en primer término, extinción de contratos sin percibo de indemnización; en segundo lugar, y a cuatro meses de distancia de las extinciones, nueva contratación por la empresa pero ahora como trabajadores fijos discontinuos hasta finales de diciembre de 2015; en tercer lugar (he alterado el orden de la explicación del voto, pero en absoluto su contenido) durante este período “de tránsito” de cuatro meses de un empleo indefinido a jornada completa hacia otra de carácter fijo discontinuo, el reconocimiento del derecho del trabajador a percibir algún tipo de remuneración, ya fueren prestaciones por desempleo o, subsidiariamente, salario a cargo de la empresa (en un período, recuérdese, en el que no hay relación jurídica); en fin, por último el compromiso por la empresa de “devolver” al trabajador a la situación inicial que fue la que motivó el litigio, o bien la extinción contractual indemnizada si la empresa no cumpliera dicho compromiso.

A continuación, y por la trascendencia que tiene para la resolución del litigio, se recuerda la naturaleza jurídica de la empresa, esto es una empresa pública al servicio de determinadas políticas de la Junta y con su personal sometido a las normas de derecho laboral.

Una vez “recuperados” o “centrados” los términos del litigio, el voto particular, igualmente de forma muy didáctica va analizando paso a paso la “normativa que pudiera entenderse incumplida a través del acuerdo alcanzado”, en términos que se asemejan sustancialmente, con independencia del orden de su planteamiento, a los sostenidos en la sentencia de instancia.

a) En primer lugar, que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, ex. Art. 12.4 de la LET, que un contrato a tiempo completo pueda convertirse en otro a tiempo parcial sin que exista la voluntad directa y libre del trabajador afectado, o dicho de otra forma que no está previsto, y de ahí su prohibición, que ese cambio se produzca en un acuerdo de carácter colectivo y por decisión de la empresa y los representantes de todos los trabajadores, y tampoco que se produzca de forma no voluntaria y porque la razón de ello sea simplemente “como mal necesario para evitar la extinción contractual”.

b) En segundo término, la incorrección jurídica, que adopta la forma de prohibición clara y terminante, que supondría que la empresa, para trabajadores que han extinguido su relación laboral, es decir que no están prestando sus servicios, siga cotizando, dada la vinculación de la cotización al inicio de la prestación (de la que pueden derivarse situaciones de baja que sí se regulan como obligación empresarial de mantener la cotización), situación jurídica que devendría un claro incumplimiento de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social y la conceptualización de falta muy grave según lo dispuesto en el art. 23. El voto particular rechaza la tesis de la sentencia que permite esa posibilidad (aunque ad cautelam también acepta que asuma el compromiso la empresa en los términos pactados en el acuerdo), ya que estamos en presencia de derechos irrenunciables y para los que se predica jurídicamente la nulidad de todo acuerdo que los vulnere. Para el voto particular, con el acuerdo alcanzado por la partes “Se adoptan unos compromisos, como mínimo, de abono de cotizaciones en periodos de no suspensión contractual y no prestación de servicios, que no parecen legalmente

posibles y cuya imposibilidad legal, tratándose, además, de derechos de seguridad social irrenunciables, puede comportar perjuicios a los trabajadores para futuras prestaciones (art. 3 LGSS: “Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley”). En relación con los derechos generados, y el posible acceso de forma irregular a las prestaciones por desempleo, el voto recuerda que la entidad gestora de las prestaciones puede instar de la autoridad laboral la presentación de una demanda de oficio si detrás de la extinción se pudiera entrever el intento fraudulento de percibir prestaciones, y constata que “en el presente caso, no se ha efectuado por la Autoridad laboral ni a su instancia ni por petición del SPEE”.

c) Resulta particularmente interesante el análisis que efectúa el voto particular de si es o no posible la aplicación de una decisión de suspender contratos (o reducir la jornada de trabajo) a una empresa pública como GEACAM. Si se considerara incluida dentro del bloque “Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”, no sería posible por la exclusión expresa que formula la disposición adicional vigésimo primera de la LE, y en tal caso el acuerdo alcanzado sería fraudulento en cuanto que, razona acertadamente el voto, “se abriría un cauce para dejar vacía de contenido dicha DA 21ª ET, al poderse alcanzar lo que prohíbe a través de tal sistema”.

Ahora bien, parece que esta disposición no debería aplicarse a una empresa con la naturaleza jurídica de GEACAM, y así se razona tanto en la sentencia de instancia como por un amplio sector doctrinal que entienden que las sociedades mercantiles públicas de régimen privado no pueden ser incluidas dentro del concepto de “entes dependientes de las Administraciones Públicas” (con apoyo en la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997 de organización y funcionamiento de la AGE: “1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. 2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”). En tal caso, y en cuanto que podrían aplicarse las medidas de suspensión contractual o reducción de jornada, el hecho de no haberse acogido a las mismas, ya que el voto particular rechaza la tesis de la sentencia de que se haya producido una novación extintiva y temporal, podría suponer “el ahorro empresarial de la obligación de cotización establecida en el art. 214.2 LGSS durante los periodos de reducción de jornada o suspensión del contrato (“En los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento a que se refiere el apartado anterior”).

d) Más contundente es el voto respecto a la (no) aceptación de que cualquier pacto que permita reducir el impacto de los despidos podría ser viable. Comparto la tesis porque si algo no falta precisamente en la actualidad, tras las reformas laborales puestas en marcha en 2012 (y ya iniciadas parcialmente en 2010), son vías para que la empresa pueda adoptar medidas que permitan adaptar o mejorar su situación cuando concurren causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que así lo requieran, que incluyen diversos mecanismos tanto de flexibilidad interna como externa: entre los primeros, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, las suspensiones contractuales, las reducciones de jornada, y la inaplicación del convenio colectivo; en los segundos, los despidos colectivos.

De una atenta, serena, tranquila y cuidada lectura de todos esos preceptos se concluye con nitidez jurídica que no existe ese curioso mecanismo utilizado en el acuerdo alcanzado y ahora validado por el TS, esto es “una formal extinción contractual no indemnizada para más tarde transformar temporalmente una relación a tiempo completo en otra a tiempo parcial y años más tarde recobrar, en su caso, la contratación indefinida a tiempo completo”. No ha existido tal novación temporal propugnada y defendida por la Sala, sino que aquello que ha acaecido es una extinción, pero de aceptar la tesis de la sentencia de que no ha existido sólo una novación temporal cabría preguntarse, y así lo hace certeramente el voto particular, cómo se puede calificar (desde luego no lo hace la sentencia) “el periodo de inactividad desde la fecha de la extinción no real hasta el día en que se efectúe la contratación a tiempo parcial”.

e) Dado que la transformación de un contrato a tiempo completo a la modalidad de fijo discontinuo (a tiempo parcial) requiere la libre voluntad del trabajador individualmente aceptado, no pueden los representantes de los trabajadores adoptar esta decisión en nombre de todos y cada uno de los posibles afectados, ya que como bien recuerda el voto particular las competencias de dichos representantes se concentran, al amparo de lo dispuesto en el art. 51 (y también del 64) de la LET, a intentar alcanzar acuerdos sobre aquellas materias en las que sea legalmente posible alcanzarlos, por lo que el acuerdo alcanzado sería contraria a derecho; o, por decirlo con las propias palabras del voto, “Parece incompatible con la normativa y jurisprudencia expuestas atribuir a los representantes de los trabajadores la facultad de pactar extinciones contractuales colectivas sin derecho a indemnización actual no previstas en el art. 51 ET y distinta de su finalidad de real extinción contractual (y no la de lograr conversiones contractuales a tiempo parcial), unidas o no a medidas distintas de las legalmente posibles sobre modificaciones contractuales por motivos objetivos, y extendiéndolas a transformaciones contractuales futuras que exigen legalmente la concurrencia de la voluntad individual del trabajador afectado”.

f) A modo de síntesis, cabe decir que el voto particular coincide con la sentencia de instancia en que ha habido un claro intento de “eludir la aplicación de la normativa aplicable de derecho necesario”, mediante la adopción de una medida como la llamada “recolocación diferida a empleo estable” que no tiene ninguna cobertura jurídica en nuestro ordenamiento jurídico...., aunque ahora el TS se la haya dado porque las partes así lo acordaron y porque es una medida adecuada, socialmente hablando, para evitar mayores perjuicios para los trabajadores. El párrafo final del voto particular compendia de forma muy clara todos los argumentos extensamente desarrollados con anterioridad para justificar el rechazo de la sentencia y la petición de confirmación de la sentencia de instancia: existió un claro fraude de ley, sancionado con nulidad, por “la utilización del

cauce del despido colectivo ex art. 51 para obtener resultados ajenos a su finalidad a modo de reestructuración empresarial sustituyendo durante largos años contratos a tiempo completo por a tiempo parcial con promesa de futura conversión, con las consecuencias de las vulneraciones normativas de derecho necesario expuestas”.

5. En cuanto al voto particular que formula la magistrada Lourdes Arastey, su diferencia con la sentencia se suscita también respecto a las medidas adoptadas por acuerdo en el período de consultas para facilitar la denominada “recolocación diferida a empleo estable”. La cuestión a debate se centra a su parecer sobre el grado de voluntariedad del trabajador para adoptar una decisión en esa línea, siendo claro que no existe tal voluntariedad, ya que en el acuerdo no hay concreción de los criterios que pudieran determinar a qué trabajadores se les habría de aplicar.

Coincide la magistrada con el otro voto particular emitido en cuanto a la existencia de distintas vías (muy amplias, añadido yo ahora) para la adaptación de la empresa a las nuevas realidades económicas, técnicas, organizativas o productivas,... siempre y cuando exista “congruencia entre el fin perseguido y el mecanismo legal que se decide utilizar”. Dos argumentos utilizados en el voto, con los que coincido, me parecen de especial interés: en primer lugar, que el acuerdo “implica la extinción gratuita de los contratos de trabajo, sustituyendo la obligación legal de indemnizar por una novación contractual en masa, que se escapa a la posibilidad y competencia de los negociadores colectivos”; en segundo término, que se ha producido una clara vulneración de la normativa vigente porque “La ulterior contratación de los trabajadores se escapa al marco de este procedimiento de despido colectivo y no deja de ser, como mucho, una promesa de recolocación hecha en el ámbito de la negociación tendente a minorar los efectos perjudiciales de la decisión extintiva; pero no puede enmascarar la realidad de un acuerdo que lo que hace es poner fin a los contratos de trabajo existentes”.

6. Concluyo este comentario crítico de la sentencia de 19 de marzo, sentencia que creo que ha ido mucho más allá de lo que permite la norma en punto a la adopción de medidas por los representantes de ambas partes durante el período de consultas, y que no pueden justificarse, además de ser discutible en el plano social que fueran las mejores o más convenientes medidas a adoptar, sólo porque los sujetos negociadores consideren que son las más adecuadas, disponiendo de derechos de los trabajadores afectados para lo que el ordenamiento jurídico no les otorga ni les proporciona cobertura. Por lo demás, y en tono menos jurídico y más coloquial, tengo la sensación de que en la Sala se juegan buenos partidos de tenis (véanse el número de magistrados y magistradas favorables, y los de quienes emiten votos) con ocasión de los resultados de los debates de algunos casos y su plasmación posterior en la sentencia y en los votos particulares.

Buena lectura de la sentencia.

## **20. Sentencia del TS de 26 de marzo de 2014.**

### **I. Introducción.**

La pasada semana tuve oportunidad de leer dos nuevas sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en resolución de recursos de casación interpuestos contra dos sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de canarias y de



Madrid en procedimiento de despido colectivo. Ambas son sin duda verdaderamente importantes; la dictada el 18 de febrero, y que no he encontrado aún publicada ni en el CENDOJ ni en las redes sociales, estima parcialmente el recurso interpuesto contra la [sentencia del TSJ canario de 19 de diciembre de 2012](#), dictada con ocasión de 46 despidos en el Ayuntamiento de La Oliva y que había declarado su nulidad, y devuelve las actuaciones al TSJ para que se pronuncie sobre la procedencia o improcedencia de los mismos; la [dictada el 26 de marzo](#), y notificada el día 4 de junio, ya publicada en el CENDOJ (165 páginas) desestima los recursos interpuestos contra la [sentencia dictada el 9 de abril de 2013 por el TSJ madrileño](#), que declaró la improcedencia de los 925 despidos efectuados por la empresa.

Ambas resoluciones del TS cuentan con dos votos particulares: en la primera, un voto emitido por dos magistrados plantea que la Sala hubiera debido también resolver sobre la procedencia o improcedencia de los despidos (y a mi parecer apunta pistas que dan a entender que sus autores apuestan por la procedencia), mientras que otro voto emitido por una magistrada defiende que el recurso de la Corporación Local debió ser desestimado y por ello confirmada la sentencia de instancia en su integridad; en la segunda, un voto particular de tres magistrados defiende la estimación de los recursos interpuestos por la parte empresarial y por consiguiente que los despidos hubieran debido ser declarados procedentes, mientras que el emitido por otros cuatro magistrados defiende la estimación de los recursos de la parte sindical y estima que debió declararse la nulidad de los despidos ya que bajo la apariencia de causas económicas los despidos se debieron realmente a causas organizativas y por ello no se tramitaron conforme a lo dispuesto en la normativa vigente.

Dejo para un próximo comentario, cuando sea posible, la sentencia que afecta a los despidos colectivos en la Administración Local, aunque ya adelanto que la sentencia me plantea muchas dudas, y muy señaladamente sobre la documentación que debió aportar la empleadora para justificar los despidos, y la normativa aplicable al caso concreto. En esta entrada me referiré a los contenidos más relevantes de la sentencia de TeleMadrid y de los votos particulares, y subrayo la palabra “relevantes” porque su extensión (165 páginas) proporciona material para un estudio doctrinal de mucho más calado del que me propongo, y puedo, ahora realizar. Previamente, recuperé mi comentario sobre la sentencia del TSJ.

## **II. Estudio de la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de abril de 2013.**

La [sentencia del TSJ de Madrid](#) fue objeto de atención detallada por mi parte (y no estoy precisamente seguro de que ahora hubiera dicho lo mismo que dije en su momento, reflexión que hago después de haber procedido a su relectura), y en el comentario se encuentran buena parte de los hechos probados de la sentencia de instancia que después serán reproducidos en la sentencia del TS, por lo que procedo, en cuanto que creo que es de interés para el mejor seguimiento de mi explicación de la sentencia del TS, a su reproducción.

“El martes, 9 de abril, el TSJ de Madrid hizo pública la sentencia dictada con ocasión de las demandas por impugnación de despidos colectivos interpuestas por la Federación Regional de Servicios UGT-Madrid, Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO, y la Confederación General del Trabajo, contra el Ente Público Radio Televisión Madrid, Televisión Autonomía Madrid SA y Radio Autonomía Madrid SA. Se trata del

conflicto conocido más coloquialmente como “el ERE de Telemadrid”, que supuso el despido por parte de la empresa de 925 trabajadores. El fallo de la sentencia es el siguiente: “declaramos no ajustada a derecho la decisión empresarial de extinción de 925 contratos de trabajo del Ente y sus sociedades, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración”. Recuerdo aquí que a 30 de noviembre de 2012 la plantilla total era de 1161 trabajadores, de los que 967 pertenecían a Televisión Autonomía Madrid.

Mi propósito es apuntar algunos de los contenidos más destacados a mi parecer de esta compleja sentencia de 60 páginas, que el magistrado del TSJ de Catalunya y director de la revista Jurisdicción Social Miquel Àngel Falguera, ha tenido la amabilidad de enviarme; y digo compleja porque últimamente, y en este caso aún más, los tribunales laborales están teniendo que realizar complicados análisis económicos en sus resoluciones para poder llegar a una conclusión jurídica determinada, tarea de la que están saliendo con buena puntuación a mi entender.

La petición de las demandantes fue la declaración de nulidad de los despidos llevados cabo por el Ente y sus sociedades, y de manera subsidiaria la declaración de que no se ajustaron a derecho. En los hechos probados se pasa revista a la naturaleza jurídica del ente público RTVM y las dos sociedades, de televisión y radio, a través de las que desarrolla su actividad, y queda constancia de cómo se financian, mediante las aportaciones de la Comunidad, la comercialización y venta de productos, y la publicidad. La decisión empresarial de extinguir los contratos guarda relación justamente con la financiación, y más exactamente, por la reducción los ingresos comerciales y de la aportación pública.

En el hecho probado sexto se recoge con claridad la causa objetiva económica de los despidos, concretada en la insuficiencia presupuestaria, “determinada por la reducción de los ingresos comerciales, centrados sobre todo en la sociedad de Radio Televisión Madrid y de las partidas públicas con la que se financia el Ente, teniendo en cuenta que además presenta, como gasto asumido, un alto grado de endeudamiento con entidades financieras, a las que ha acudido en los últimos años como consecuencia de superar sistemáticamente, los ingresos con gastos no previstos en el presupuesto”. De los datos recogidos en la sentencia cabe destacar la reducción de 79 a casi 71 millones de euros de la aportación pública al presupuesto de 2012 a 2013, y la previsión de ingresos por publicidad para este año de 15 millones, frente a los 19 de 2012 y más de 22 en 2011. Otro dato especialmente relevante es la deuda que tiene la ahora parte demandada con entidades de crédito, que a 31 de diciembre de 2012 es de más de 261 millones de euros, de los que casi 132 vencen este año. En cuanto a la reducción de costes de personal durante el período de años anteriores, sólo consta acreditada la reducción de gastos por haberse reducido la contratación de personal temporal durante los años 2007 a 2011. La causa económica alegada por la empresa se sustenta en un estudio realizado por la empresa Deloitte y en cuyas conclusiones, según los hechos probados de la sentencia, “se pone de manifiesto que el modelo empresarial actual no es viable” y como propuesta “se propone reducir los costes asociados a programas que se tienen que reducir en línea con los contenidos de nuevas parrillas que también se proponen”. La propuesta pasa por la reducción de la producción propia y ampliar la producción externa con un menor coste, y ello genera lógicamente, siempre según esa tesis, la necesidad de externalizar servicios.

Suele haber una cierta opacidad sobre los costes salariales del personal excluido de convenio, no sólo en este caso que ahora estoy analizando, sino también en buena parte de grandes empresas. El interés de la lectura de los hechos probados radica ahora justamente en que por una vez se puede disponer de esta información siquiera sea de forma agregada, a 31 de diciembre de 2011, para poder compararla con los datos siempre públicos y disponibles de personal acogido a convenio, cuyo montante salarial total (gasto de personal) es de 37.434.279,49 de euros. Hay 100 personas excluidas de convenio cuyo gasto asciende a 4.521.817,67 euros, mientras que el de las 12 personas que forman el comité de dirección asciende a 1.058.223,73 euros. Todo ello suma un total de 43.014.320,89 euros en concepto de cuantía de gastos de sueldos y salarios. Según la propuesta de la empresa, la externalización de parte de su actividad, mediante la suscripción de acuerdos con diversos proveedores, supondría un ahorro mensual de costes de más de 423.000 euros, si bien consta en el hecho probado octavo que “no se ha podido constatar fehacientemente” la tesis defendida por la empresa.

Con fecha 5 de diciembre se inició la tramitación legal del despido, con la comunicación de inicio del período de consultas, con la presencia en la reunión, a requerimiento empresarial, de un Notario, “con el objeto de tomar nota de los asistentes y recoger sus manifestaciones”. A partir de la reunión del día 13, y a petición de la parte empresarial, participó en el seguimiento de las negociaciones un miembro de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicha posibilidad está expresamente contemplada en el art. 10.2 del [Real Decreto 1483/2012](#): “La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa”.

Sigo con los hechos probados, en los que se da debida cuenta de toda la documentación aportada por la parte empresarial con ocasión del inicio del expediente, así como también de que la se ha ido entregando por ambas partes durante el período de consultas. Es de especial interés la cuidada relación de todas las propuestas presentadas por la representación de los trabajadores, que partían de la premisa de que era “desproporcionada” la extinción de contratos del 96 % de la plantilla, y también de que “el cumplimiento del presupuesto se tendría que constatar a finales de 2013”. En cuanto a los criterios de selección del personal afectado por el ERE, consta acreditado que se realizó por las respectivas Direcciones y que no se planteó inicialmente cuáles debían ser las personas afectadas, si bien en general se asumió que deberían extinguirse los contratos de aquellas personas cuya actividad pasaría a ser desempeñada por una productora externa una vez externalizado el servicio. En cuanto a los departamentos o áreas sólo afectadas parcialmente por ese proceso, se acordaron aplicar criterios de “capacidad e idoneidad de gestión”, concretados en la comunicación final empresarial y que pasan por conceder prioridad en el mantenimiento del empleo a quienes aportaran “valor añadido” al ente público, un concepto que lógicamente guardará relación con la imagen que la dirección desea que se tenga de la empresa ante la sociedad, no tomando en consideración ni el criterio de antigüedad ni el de forma de ingreso. La extinción afectó a varios miembros de los comités de empresa y a delegados sindicales, y de forma sorprendente, por decirlo de alguna manera ya que parece que quedan claras las opciones de la empresa al adoptar esta medida, el personal fijo fue el más afectado por

el ERE, “resultando menos afectados los (trabajadores) temporales y los cargos de libre designación”.

Por consiguiente, la decisión final se tomó por “--- La imagen que para RTVM el trabajador pueda suponer. - La especial significación, aquellos trabajadores que, aunque su imagen no se asocie a RTVM, sea una figura destacada dentro de la comunicación y/o periodismo. - El valor o desarrollo organizativo de cada uno de los trabajadores. - El valor o desarrollo de la gestión de los mismos, teniendo en cuenta criterios de efectividad y calidad.”. Reconozco que hay ser un buen especialista en la materia para saber cómo aplicar estos criterios, pero sí afirmo desde la perspectiva jurídica que abren la puerta para, bajo la apariencia de una actuación objetiva, encubrir actuaciones claramente discriminatorias.

¡Bueno, ya hemos llegado a la página 29 de la sentencia, pero todavía quedan por comentar los contenidos jurídicos más destacados recogidos en los fundamentos de derecho!

A) En primer lugar tiene especial importancia delimitar cuál es la naturaleza jurídica del ente público demandado, ya que se suscitó discrepancia entre las partes respecto a la misma, defendiendo las demandantes la aplicación del art. 3.2 de la [Ley de Contratos del Sector Público](#), y entendiendo que tenían la consideración de Administración Pública, mientras que las demandadas planteaban su inclusión en el art. 3.1 h), es decir por formar parte del sector público en general y no de las AA PP en particular (“Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”), diferencia importante ciertamente por la distinta documentación que debe aportarse con ocasión de la presentación de un ERE según lo dispuesto en el art. 34.3 del RD 1483/2012. La sentencia, después de un estudio de la doctrina jurisprudencial, acoge la tesis de la parte demandada, poniendo de manifiesto que el conflicto versa sobre una sociedad mercantil, el ente público RTVM, “creada para satisfacer necesidades de interés general, incluida en el sector público, cuyo objeto es prestar un servicio público de radio y televisión en la Comunidad de Madrid”.

B) La sentencia se detiene a continuación sobre la legitimación de un grupo de empresas para instar un despido colectivo, legitimación que, recuerdo, ha sido aceptada ya por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y también por algún TSJ. El Tribunal de Madrid pasa revista a la jurisprudencia del TS y a las características que se predicen como necesarias para acreditar la existencia de ese grupo a efectos laborales, tales como “funcionamiento integrado o unitario”, “prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios empresarios”, “confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”. La Sala recuerda, y así también lo había hecho la AN, que no hay una referencia expresa al grupo, ni en la normativa europea ni en la estatal, como sujeto negociador, pero que sí puede ocurrir que la realidad empresarial del grupo acerque a éste a la noción de empresario “de la que se parte tanto en la directiva como en el Estatuto de los trabajadores y en el Reglamento de despidos colectivos”, y que si se dan las notas antes citadas estaremos ante un supuesto claro de grupo de empresas a efectos

laborales, tal como ocurre en el litigio enjuiciado. La Sala aporta, además, otro argumento interesante en apoyo de su aceptación del grupo de empresas como sujeto que presenta el ERE, ya que “además de los requisitos jurisprudencialmente exigidos el legislador ha querido que los Grupos de Empresa puedan ser ámbito de la negociación colectiva, lo que en cierta forma facilita también las negociaciones globales en casos de causa económica afectante a todas las empresas del grupo”.

C) En el fundamento cuarto se analiza la conformidad a derecho del cumplimiento de los requisitos respecto a la documentación a presentar, ya que la parte demandante alega incumplimiento del art. 124.9.3ª de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) y por consiguiente también incumplimiento del art. 51.2 de la [LET](#), si bien la Sala no se centra sólo en aspectos formales, en los que entenderá la actuación empresarial ajustada a la normativa, sino que también formula valoraciones sobre los datos económicos aportados por la empresa y que deben ponerse en relación con la falta de fundamentación de la causa económica que llevará a la Sala a considerar no ajustado a derecho el ERE.

Como digo, la Sala asume que la empresa ha aportado la documentación económica a la que estaba obligada, y que de la misma se deduce que su situación económica es negativa y que “se prolonga más de los tres meses que se exigen por la norma para tener por consolidada dicha situación”, y valora que el nivel de gasto “se ha mantenido sobredimensionado en relación con las aportaciones reales por actividad propia unida a las aportaciones públicas”, sin que quede fehacientemente probado los motivos de ello, y sólo apuntando ahora que “dejaremos para la fundamentación jurídica y valoración de la causa el criterio y la consecuencia jurídica que ello nos merece”.

D) Una cuestión que suscitó especial debate en sede judicial fue la argumentación de las demandantes sobre la falta de buena fe por parte de la demandada, tanto en la negociación previa como durante el período propiamente dicho de consultas, de la que me interesa ahora destacar, por su impacto sobre la resolución final, la tesis del abuso de derecho por parte empresarial por considerar que, aunque se acepte la difícil situación económica de la empresa, la decisión de despedir a un 80 % de la plantilla por una reducción del 5 % en las partidas presupuestarias sería desproporcionada, “al no guardar adecuada relación entre las causas y las medidas resultantes”, y esta actuación empresarial se consideraba “abusiva y contraria al [Convenio núm. 158 de la OIT](#)”.

En este punto la Sala realiza un estudio doctrinal de los conceptos jurídicos citados y cuyo cumplimiento se ha puesto en tela de juicio por las demandantes, con obligada mención a los correspondientes preceptos del Código Civil y referencia a cómo han sido interpretados por la doctrina civilista, echando en falta por mi parte que no se haga mención algunas a las excelentes aportaciones doctrinales de la doctrina iuslaboralista sobre la materia. A partir del estudio y construcción teórica, la Sala no entiende debidamente acreditado por los demandantes los incumplimientos alegados, y pone de manifiesto que la extremadamente difícil situación que existía durante el proceso negociador hace imposible llegar a la conclusión de incumplimiento, afirmando que “Hemos de convenir que, en situación de conflicto activo, es difícil valorar la existencia de la alegada buena fe tanto en acciones, como en omisiones que están entroncadas en el conflicto mismo y que son la consecuencia de procesos previos, ya largos y de causas anteriores no resueltas, que no han sido tratadas con este criterio ni con ningún otro, salvo la pura oportunidad, antes de que obligadamente las partes implicadas se tuvieran

que sentar en una mesa negociadora ,obligadas por la ley, para conseguir un fin que probablemente nadie quiera”. Nuevamente he de destacar la importancia de las actas de las reuniones, porque su contenido es uno de los argumentos de la Sala para rechazar el presunto incumplimiento empresarial.

No obstante, la lectura del fundamento jurídico quinto es compleja, porque en algún momento a mi parecer la Sala reconoce que la actuación empresarial no ha respetado la buena fe, tal como alegan los demandantes, y en concreto con respecto a la contratación con empresas externas para realizar una parte importante de su actividad, al haber alegado que “era provisional”. A partir de los datos recogidos en los hechos probados sobre el coste de los servicios, y el hecho acreditado de que la partida que descompensa el balance “viene determinada por la cantidad que se arrastra de deuda, 261.389.493 millones de euros, de los cuales 131.739.783 vencen este año”, la Sala afirma con rotundidad, y con consecuencia finales en el fallo, que no puede aceptar que la citada contratación con empresas externas para la prestación de servicios sea provisional, argumentando que “Será provisional con quién, pero no puede serlo el porqué, si se mantiene como tesis causal la externalización de los servicios que EPRTM consideró externalizables en su propuesta de reducción de gasto para obtener el obligado equilibrio financiero en 2013”.

E) Se detiene la sentencia en la alegación de nulidad efectuada por inexistencia del listado de trabajadores afectados por el ERE, y pasa revista a las obligaciones fijadas en la normativa legal y reglamentaria estatal durante el período de consultas, consistentes en aportar los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”, recordando la estrecha relación de la normativa interna con la Directiva europea de 1998 sobre despidos colectivos, y el deber de información impuesto al empresario para posibilitar que el período de consultas se desarrolle de forma eficaz.

La Sala recuerda que esa documentación se aportó, y que fue después en la comunicación final cuando se “redefinen” y se acaban de concretar, siendo los de “la imagen, la especial significación del trabajador, el valor o desarrollo organizativo o de gestión que hemos de entender se refieren a cargo de organización o gestión”. La Sala estudia si estos criterios cumplen con los requisitos de idoneidad y suficiencia a los que antes se ha referido, y tomando en consideración la importancia de la decisión en los correspondientes ámbitos departamentales de la empresa. La Sala, que parece moverse, y puedo entenderlo perfectamente, con “pies de plomo” en una cuestión en donde se combina el dato jurídico con unas determinadas estrategias empresariales, afirma que no puede afirmarse que no se haya cumplido por la empresa con los requisitos formales, y que “no cabe concluir” (vuelvo a insistir en la prudencia de la Sala al tener que adoptar una decisión) “que estos criterios resulten, a priori, discriminatorios por alguna de las causas previstas en el artículo 17 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y la decisión de la empresa, adoptada al amparo de estos criterios, resulta ajustada a derecho”.

Y sin embargo, no es esa conclusión la que creo que pueda deducirse de las propias palabras de la sentencia poco antes, cuando afirma con toda claridad, y tiene toda la razón ya que el debate planteado en sede jurídica debe resolverse con arreglo a derecho pero la cuestión debatida es mucho más que un mero conflicto jurídico ya que gira sobre un cambio sustancial en la gestión y estructura organizativa de la empresa, que los argumentos utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores afectados no sólo (y yo diría que bastante poco) guardan relación con la justificación objetiva de la

extinción del puesto de trabajo del trabajador afectado, sino mucho más con ese cambio de modelo que defiende la empresa y que apoya a efectos económicos y jurídicos en los Informes elaborados por Deloitte.

Y fíjense si es claro lo que dice la sentencia cuando argumenta que el auténtico elemento causal es el cambio de modelo y no cómo afecta la decisión a un determinado puesto de trabajo, que ello, me parece, no va en la misma línea de la conclusión expuesta poco más adelante en la sentencia, y que sin duda será uno de los argumentos que las partes demandantes utilizarán en el Recurso de Casación que ya ha sido anunciado (y que también será interpuesto por la empresa). Conviene leer con atención este párrafo: “3.- Se dice literalmente que el criterio de extinción de los contratos está vinculado no a la “causa”, sino a la capacidad e idoneidad de gestión y mantenimiento de la estructura organizativa. Incidimos en este argumento causal porque son estos dos elementos la “capacidad e idoneidad de la gestión” y “el mantenimiento de una estructura organizativa, los que entendemos vienen a distorsionar el cumplimiento del requisito causal justificativo del despido, e inciden en el requisito de elección de trabajadores que estamos examinando, y ello, porque se trata de dos elementos que no inciden en el contrato, y por lo tanto en la causa económica que examinamos, inciden en la gestión, organización y dirección del Ente”.

F) De menor importancia a mi parecer, pero desde luego hay que agradecer el esfuerzo de la Sala por ir analizando punto por punto todas las alegaciones de las partes demandantes, es el análisis de la falta de suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, que en ningún caso se recoge como causa de nulidad del ERE y que sólo se puede cumplir cuando se conoce la relación de personal afectado; o sobre el no cumplimiento de la regla de prioridad de permanencia del personal laboral fijo, ya que dicha regla va referida al personal afectado por un ERE en las Administraciones Públicas, y la Sala ha entendido que la normativa aplicable al ente RTVM es la del sector público; en cuanto a la recolocación externa, la Sala concluye, a partir de los hechos probados, que sí se ha presentado y que se ha ido ajustando durante el proceso negociador, y que además su incumplimiento no se incluye entre las causas de nulidad del ERE.

Sobre los costes salariales, que la empresa considera una parte fundamental de su plan de reducción de gastos para conseguir la estabilidad presupuestaria a la que está obligada por imperativo legal, la Sala no cuestiona que sean elevados pero centra su atención en la recurrente argumentación de las partes demandantes sobre la inexistencia de una situación presupuestaria sobrevenida (requerida por la normativa) y que aquello que ocurre realmente es “una insuficiencia presupuestaria estructural que se ha venido cubriendo con aportaciones extraordinarias” en años anteriores, y a partir de todos los datos económicos disponibles concluye que esa tesis “resulta plenamente acreditada”, algo que tendrá una incidencia indudable sobre la resolución adoptada por la Sala.

En fin, sobre algunas alegaciones sobre una sucesión empresarial expuesta por la CGT que se produciría con ocasión de la contratación a proveedores externos que he analizado con anterioridad, la Sala procede a un estudio teórico muy interesante de la normativa comunitaria y estatal sobre transmisión de empresas, para concluir que no ha existido cambio de titularidad de la empresa, “ya que ese cambio de titularidad no podría realizarse a través de los contratos o acuerdos (con proveedores)..”, y en cuanto al elemento objetivo la Sala argumenta, con buen criterio a mi parecer que tampoco

existe, “porque según se desprende del relato de hechos probados, se ha transferido la producción de noticias la recepción de señales, la realización de programas y buena parte de su soporte material, pero en todo caso, lo que no se ha transferido es una organización, un conjunto de medios organizados a un fin y este es el factor objetivo necesario para la aplicación de la [Directiva](#) y del art. 44 del E.T”.

G) ¡Ya llega! Hemos de esperar a la página 54 para poder leer, y analizar, como abordar la sentencia el fundamento de la causa económica alegada por la empresa, una vez desestimada todas las argumentaciones de las partes demandantes sobre la declaración de nulidad de la decisión empresarial. Veámoslo, pues, con detalle.

¿Fundamentación de empresa para extinguir 925 contratos? No se trata de la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas, sino de la obligación de cumplir con el requisito al que está legalmente obligada la empresa de “estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, vinculado a la “reducción real del presupuesto” de RTVM al que antes ya me he referido, centrado tanto en la disminución de la aportación de la Comunidad madrileña como de la reducción de ingresos derivados de la publicidad, o más exactamente con respecto al primer punto, el que puede ya constatarse, se trata de una reducción del 5 % de las aportaciones públicas pero que inmediatamente se añade que “en cálculos no concretados, y que recogemos como alegación, suponen aproximadamente un 10 % menos de lo otorgado en el año 2012”.

La parte empresarial realiza la interpretación de la reforma laboral que más se ajusta a sus intereses y defiende a efectos de poder presentar el ERE que solo requiera acreditar “la antedicha reducción presupuestaria”; es decir, se trataría de acudir a la interpretación de la norma que resulta más coherente con la reforma laboral que ha revisado, se afirma, “la definición de las causas para tratar de proporcionar una mayor seguridad a la hora de adoptar las decisiones extintivas y superar las interpretación restrictivas dadas por la jurisprudencia, tras la reforma de 2010”.

La necesidad, únicamente, de justificar la antedicha reducción presupuestaria convertiría a mi parecer a la decisión de la empresa en conforme a derecho basada en un dato objetivo recogido en una norma presupuestaria y sin posibilidad alguna de intervención interpretativa por parte de la autoridad judicial, algo que muy probablemente es lo que pretendió nuestro legislador como ya he explicado en numerosas ocasiones en este blog al efectuar un análisis crítico de la reforma laboral, y según la empresa bastaría con ajustarse al artículo 4.4 del RD 1483/2012 para dar cumplimiento a las obligaciones del fondo (“Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior”).

La Sala no acepta esta tesis, aunque lo haga con la prudente afirmación de que “se han de matizar” las alegaciones de la empresa, y sienta una interesante doctrina que a buen



seguro será tomada en consideración por las representaciones empresariales y de los trabajadores en otros ERES presentados en empresas del sector público, y lo hace a partir de una pregunta cuya respuesta va a condicionar sin duda la decisión final, esto es, determinar “si de cualquier situación negativa se puede derivar o, por sí misma, justifica los despidos, o bien, se tienen que valorar, además de hechos propiamente dichos, otras situaciones”.

Previamente a la formulación de esa pregunta, la Sala ha dejado constancia de varios datos, obtenidos a partir de los hechos probados, que contribuirán a dar una respuesta afirmativa a la pregunta desde la óptica de la protección de los derechos de los trabajadores: que el ente RTVM no sólo se mantiene por las aportaciones presupuestarias; que la reducción del 5 o 10 % del presupuesto para este año “no justifica la situación de desequilibrio financiero que presentan las cuentas de la Entidad”; o que la empresa no ha sido eficaz en la gestión de los ingresos externos a las aportaciones públicas.

La Sala reconoce que la situación económica de la empresa es negativa (algo tampoco cuestionado por las representaciones de los trabajadores, habiendo hecho propuestas algún sindicato, tal como se recoge en hechos probados, de la reducción de plantilla, si bien en un número sensiblemente inferior y con utilización de las vías de acceso voluntario, y no forzado, a dicha extinción), pero que ésta “por sí misma” no basta para justificar la extinción de un número tan elevado de contratos (925) sobre el total de la plantilla de la empresa (1.161). La Sala entiende que debe haber un “plus”, que yo calificaría como respeto al principio de proporcionalidad e idoneidad de la decisión que se adopte, y que justifique que dicha situación, que recuerda muy acertadamente la Sala que “no es nueva” y que “no puede actuar de forma abstracta”, actúe sobre la plantilla de la empresa “creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un ceses total de la actividad, y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad”.

La Sala sigue los tres pasos que ya han devenido clásicos en las resoluciones judiciales para determinar la consistencia jurídica del despido, y hago hincapié en lo de “jurídica” porque la Sala, que es perfectamente consciente de la importancia social de la decisión que adopte, pone de manifiesto la existencia de criterios de todo tipo en la decisión empresarial y en las argumentaciones sindicales, pero que aquello que puede hacer la Sala sólo es jurídico, en cuanto que muchos de ellos, y señaladamente por parte empresarial, se han presentado a “una convalidación judicial que sólo puede y debe tener en cuenta criterios jurídicos”.

En primer lugar, analizar si queda debidamente acreditada la existencia de una situación económica negativa, y nuevamente reitera la Sala que aquello que ha quedado probado es “una situación económica de pérdidas”, algo tampoco cuestionado por los demandantes, pero que no equivale mecánicamente a “situación económica negativa”, porque aquello que pretende la empresa, bajo la apariencia de dar cumplimiento al principio de estabilidad presupuestaria, es proceder a una amplia reestructuración empresarial que incluye un fuerte proceso de externalización de actividades productivas. Coincido con la Sala en que se trata de una estrategia empresarial cuya viabilidad o interés puede y debatirse en el ámbito organizativo y con la representación del personal, y que la reducción del presupuesto público para 2013 le lleva a ir en esa dirección, y la Sala, que es consciente de que entra en un terreno resbaladizo donde prevalece el

mundo económico y el jurídico queda muy diluido, entiende que esa decisión empresarial puede ser factible, esto es que no cuestiona que se desee realizar una revisión general de toda la contabilidad y cambiar el sistema de producción, pero inmediatamente añade, en su papel de guardiana del ordenamiento jurídico, que “esto, que cómo decimos, se puede aceptar como planteamiento estratégico y decisión empresarial, no constituye una causa de extinción de despido colectivo para así eludir las consecuencias legales que de dicha decisión se derivan”. La Sala refuerza su tesis sobre la no equivalencia entre situación de pérdidas y situación económica negativa, poniendo de manifiesto los distintos interrogantes que se han suscitado en el acto del juicio, y en la documentación aportada, sobre la justificación de ingresos que no proceden de los presupuestos públicos.

El segundo requisito a respetar es determinar qué existe un indudable efecto de la situación económica sobre los concretos contratos de trabajo que se van a extinguir, es decir demostrar que puede justificar la necesidad de amortización de determinados puestos de trabajo. Aquí la Sala no formula consideraciones y se remite a las valoraciones de cada parte, en el bien entendido que cabe recordar como antes ya había formulado críticas a los criterios de selección y a su utilización no desde la lógica jurídica de relación entre la decisión empresarial y el concreto puesto de trabajo a extinguir sino desde un planteamiento puramente económico y vinculado a la reestructuración de la gestión y organización de la empresa, desvinculados pues de la necesidad de justificarlos para cada extinción individualmente considerada, que las medidas adoptadas sean proporcionalmente adecuadas, con criterio de ponderación, a la necesidad de corregir la situación económica negativa.

Último, y no menos importante, es el tercer criterio, la necesaria proporcionalidad y ponderación entre la medida adoptada y la necesidad alegada por la empresa para cambiar su situación económica negativa. Pues bien, no de está de más reseñar que un primer argumento de la Sala para afirmar que la decisión empresarial no respeta esa proporcionalidad y ponderación es el hecho de que la gran mayoría del personal afectado estaba sometido a convenio, mientras que es muchísimo menor el afectado que se encontraba excluido de su aplicación, afirmando que a partir de este dato, de esa “premisa”, “puede llegarse a la conclusión de que el recurso al despido masivo no está justificado porque la causa no está bien ponderada y el resultado no es razonable a la causa económica alegada”. No hay correspondencia entre la entidad de las causas económicas y el número de extinciones planteados, algo que implica “no causalizar las (extinciones) que resulten desproporcionadas”. Por consiguiente, sí que tiene que haber causa para extinguir uno o muchos contratos, y no basta para justificar la decisión con que se argumente que se trata de una medida racional de la empresa para corregir una situación económica negativa (o de pérdidas), es decir para corregir “una determinada patología empresarial”. No hay relación, según la Sala, entre los objetivos perseguidos por la empresa y la medida adoptada.

Por fin, la Sala concluye que la idoneidad de la medida no se observa cuando una reducción de un presupuesto público, “que es insuficiente y congénito a un servicio público”, entre un 5 y 10 % lleva a una decisión de tal calado e importancia como la que se adoptó en su momento por la empresa. Observación-afirmación que tiene más importancia de la que pueda parecer por ser despachada en cuatro líneas, ya que cuestiona con claridad que la estabilidad presupuestaria puede ser siempre, y sin ningún condicionamiento, una razón que justifique las extinciones contractuales.

### III. Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014.

1. Paso ahora ya al estudio de la sentencia del TS, cuyo resumen o síntesis oficial es el siguiente: “Asunto: Telemadrid. Despido colectivo. Ente público televisión Madrid. Naturaleza jurídica del ente y sus sociedades. Grupo de empresas a efectos laborales. Documentación obligada. Obligación de negociar de buena fe. Causa económica. Designación de trabajadores afectados. Se confirma la declaración de “no ajustado a derecho”. Votos particulares”. Por su parte, el [texto de la nota oficial sobre la sentencia del gabinete de comunicación del Poder Judicial](#) fue el siguiente: “El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha confirmado el fallo del TSJ de Madrid, de abril de 2013, que consideró el despido colectivo no ajustado a derecho, reconociendo a los trabajadores una indemnización de 45 días por año, en el cómputo de la antigüedad hasta la reforma laboral de 2012, y de 33 días a partir de ésta. El Supremo ha desestimado los recursos, tanto del Ente Público RTVM, como de los sindicatos CCOO, UGT y CGT. Estos últimos solicitaban la declaración de nulidad del despido, que no ha sido atendido por el alto tribunal. La decisión del Pleno de la Sala se ha adoptado por mayoría con votos particulares”.

La sentencia debe dar respuesta a los recursos interpuestos por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO, la Federación regional de servicios UGT-Madrid, y la CGT, por una parte, y a los presentados por Televisión autonomía Madrid SA, Radio autonomía Madrid SA, y Ente público Radio Televisión Madrid, por otra. Recuerdo, porque ya lo he indicado al inicio de mi exposición y es suficientemente sabido y conocido que la Sala desestima todos los recursos y confirma la sentencia recurrida, haciendo suya la tesis defendida por el Ministerio Fiscal que se manifestó en su preceptivo informe en el sentido de interesar “la desestimación de la totalidad de los recursos formulados en su día contra la sentencia”.

2. El TS procede en el fundamento jurídico segundo (con resolución previa de una cuestión formal relativa a la posibilidad de formar parte de la Sala un magistrado que estaba disfrutando de permiso de paternidad) a efectuar una síntesis de los hechos probados de la sentencia de instancia, de la que me quedo ahora con la afirmación de que el TSJ madrileño basa su decisión de declarar la improcedencia de los despidos “en la falta de proporcionalidad de la medida, en función del extenso número de contratos al que afecta y de que se excluye de la misma a los contratos con más alta incidencia en los gastos de personal, a lo que se suma el que no es suficiente para justificar el despido la acreditada reducción presupuestaria de entre un 5% y un 10 %”. En el fundamento de derecho tercero hace un amplio resumen del contenido de los distintos recursos interpuestos, y ahora me interesa destacar (por la consideración que tendrá en el voto particular que considera que debió declararse la procedencia de los despidos) el argumentado por TVAMy RAM de incongruencia de la sentencia “por haber fundado la calificación del despido colectivo en una causa no invocada por las empresas”, ya que, siempre según las recurrentes, la Sala considera como tal causa la restricción presupuestaria, mientras que para aquellas “es la situación económica insostenible en la que se encuentra al no poder disponer de partidas presupuestarias extraordinarias”.

Por último, y antes de entrar a resolver sobre todas las cuestiones planteadas, la Sala resume de forma didáctica las cuestiones planteadas, que giran en buena medida alrededor de la naturaleza jurídica del ente público y la legitimación para instar un

despido colectivo que afecta también a las dos empresas del grupo. Para la Sala, las peticiones de nulidad de los despidos formuladas por las organizaciones sindicales se basan en “Incumplimiento del requisito de aportar junto con la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas la documentación recogida en el art. 4 del RD 1483/12. Falta de buena fe en el periodo de consultas. Incumplimiento del requisito de indicación de los criterios para la selección de trabajadores afectados por la extinción colectiva de contratos. Falta de suscripción de un convenio especial con la seguridad social para los trabajadores mayores de 55 años. Incumplimiento de la regla de permanencia en las empresas del personal laboral fijo. Defectos en el Plan de recolocación externa elaborado por la entidad pública. Y finalmente en la inexistencia de causa económica y fraude de ley”. Por otra parte, las empresas recurrentes “plantean la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada y la concurrencia de causas justificativas del despido colectivo”.

3. Es a partir del fundamento jurídico quinto cuando la Sala procede ya a examinar los motivos aducidos en los recursos, entrando en primer lugar a conocer de la alegación formulada por la parte empresarial respecto a la incongruencia alegada, ya que de ser estimada no sería necesario entrar en el análisis de los restantes motivos; alegación que se sustenta en la presunta infracción del art. 218.1 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (“Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”) en relación el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, por entender que no se ha resuelto sobre la auténtica causa económica alegada, las restricciones presupuestarias. La Sala recuerda en primer lugar los hechos probados de la sentencia de instancia para a continuación realizar un amplio repaso jurisprudencial de aquello que debe entenderse por congruencia e incongruencia de una resolución judicial, llegando a la conclusión de que no ha existido la incongruencia alegada por cuanto que “la sentencia recurrida resuelve todas las cuestiones objeto de debate”, siendo cuestión distinta que la resolución fuera en sentido desfavorable a las tesis de las ahora recurrentes.

4. El fundamento jurídico sexto procede al examen de la revisión de hechos probados (art. 207 d LRJS) solicitada en los distintos recursos interpuestos, con sólo la estimación de una revisión demandada por la CGT. Buena parte de la desestimación de las peticiones formuladas por CC OO se debe, según la Sala, a la aportación de pruebas periciales que no son válidas a los objetos de este recurso de casación, además de razonar sobre algunas de ellas que son intrascendentes para la resolución del litigio. Desde el plano estrictamente procesal, me sorprende que no sea considerada prueba documental la aportación del Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid donde se recogen las declaraciones del director general del Ente público, ya que para la Sala aquello que importa, parece, son las manifestaciones del citado responsable; por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “la prueba en la que se fundamenta la pretendida adición no es prueba documental propiamente dicha pues se limita a recoger unas manifestaciones vertidas por el Director General en una comparecencia en la Asamblea de Madrid, de la cual la Sala de instancia, en la sentencia ahora recurrida efectuó la correspondiente apreciación y valoración, que a través de este procedimiento no puede ser objeto de revisión”.

En cuanto a las revisiones solicitadas por CGT se acepta (no habiendo debido ser así según el voto particular que defiende la procedencia de los despidos) aquella que a su juicio demostraría que la situación económica era positiva y no negativa, si bien la Sala lo hace “sin perjuicio de su valoración final”. En concreto se adiciona al hecho probado sexto de la sentencia de instancia el siguiente párrafo: “4.- Los ingresos por contrato programa, de enero a octubre de 2012 ascendieron a 110,62 millones de euros. El beneficio de explotación (EBITDA) del Ente Público y sus sociedades en ese periodo fue de 18 millones de euros y el beneficio neto de ese mismo periodo fue de 5,3 millones de euros”.

Respecto a las revisiones solicitadas por las empresas recurrentes, al igual que por el ente público, todas son desestimadas por considerar que todos los datos económicos que se pretenden incorporar desde el año 2005 no alterarían las conclusiones a la que llegó la sentencia de instancia, es decir “la falta de proporcionalidad entre resultados económicos negativos y la plantilla que se ha visto afectada como consecuencia del despido colectivo”. Tesis sustancialmente contraria será la defendida en el voto particular ya citado, que valorará la importancia de estas aportaciones para reforzar la existencia a su parecer de razones económicas que justificarían sobradamente la procedencia de los despidos. A modo de cierre de la fundamentación de las argumentaciones efectuadas por la Sala para rechazar las revisiones pedidas, se recuerda que aquello que las partes han pretendido es que el TS realizara una nueva valoración de la prueba que satisficiera a los respectivos intereses, olvidando que no estamos ante un recurso de apelación sino de casación, “y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (en este caso a la Sala “a quo”), por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica”.

5. La Sala entra a partir del fundamento de derecho séptimo, o más exactamente a partir del macrofundamento octavo, en las alegadas infracciones de normas jurídicas (art. 207 e LRJS: “Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”). Dado el amplísimo número de infracciones alegadas, que afectan a prácticamente todo el contenido de la sentencia recurrida, que sitúa al TS ante un asunto de indudable complejidad como la propia Sala reconoce, esta opta por seguir la misma técnica procesal que ha seguido al responder a las peticiones de revisión de hechos probados, esto es “resolviendo las cuestiones planteadas en los recursos formulados de forma conjunta, a efectos de facilitar la inteligibilidad de la sentencia que se dicta”.

A) Se aborda en primer lugar el debate suscitado sobre la naturaleza jurídica del Ente público TeleMadrid y sus sociedades. Remito a mi comentario a la sentencia de instancia sobre los distintos pareceres de las partes, unas defensores del encuadramiento del Ente dentro del concepto de Administración Pública (parte sindical), y otras (parte empresarial) que argumentan su ubicación en el sector público pero no en las AA PP, y su sometimiento en el ámbito laboral al derecho privado, tesis esta última que fue la acogida en instancia de acuerdo a la condición jurídica de sociedad mercantil recogida en su norma de creación. Para responder a la cuestión suscitada, la Sala repasa la normativa autonómica de aplicación, la disposición adicional 20ª de la LET y el título III del Real Decreto 1483/2012, incorporando también a su análisis el [Reglamento \(CE\) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio](#), relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. Del análisis conjunto de toda la normativa referenciada

concluye en idéntico sentido que la sentencia de instancia, es decir que se trata de una sociedad mercantil que ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general, incluida dentro del sector público pero que no tiene la consideración de AA PP, al que se le aplican en materia de despido colectivo las normas de derecho privado, no quedando encuadrada dentro de apartado 3.2 de la Ley de contratos del sector público, de la LET y sí dentro del apartado 3.1 h) (“h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”).

B) A continuación se debate sobre la legitimación del grupo de empresas para instar un despido colectivo y la existencia del grupo empresarial. Para la sentencia de instancia quedó probada la existencia del grupo a efectos tanto mercantiles como laborales, es decir estimó la tesis de las entonces codemandadas. Para abordar esta cuestión la Sala acude al concepto más recientemente acuñado de grupo de empresas, con una muy extensa cita de la [sentencia de 19 de diciembre de 2013](#), para concluir con la defensa de la tesis de instancia respecto a la existencia del grupo y por consiguiente su legitimación para negociar, lo que conllevará que para la valoración de la causa alegada deberán examinarse la totalidad de las empresas del grupo. Para la Sala, la existencia del grupo de empresas a efectos laborales se da en cuanto que “Se constata la existencia de un único presupuesto, de un domicilio único, de una financiación conjunta, de un administrador único y de un único Convenio Colectivo aplicable tanto al Ente Público como a las dos sociedades mercantiles instrumentales, en definitiva un funcionamiento integrado de las empresas. Además, el propio Convenio Colectivo prevé en su art. 9 la posibilidad de que los trabajadores de una sociedad presten servicios en la otra o en el Ente”.

De la sentencia de 19 de diciembre reproduzco, por su vinculación con el comentario actual, un [fragmento de mi comentario en una entrada anterior del blog](#): “La sentencia, de marcado carácter doctrinal junto con la resolución del caso concreto, desestimaré igualmente el recurso en este punto, tras efectuar una “ordenación o reconstrucción” de aquello que califica de “complejo entramado societario de autos”, tras realizar una moderada, pero clara (¿era necesaria?) crítica a la sentencia de instancia al afirmar que “algunas referencia de hecho que constan en la (sentencia) recurrida no tienen la deseable precisión”. Como he dicho, la sentencia tiene una parte de su contenido marcadamente doctrinal, cual es el estudio de la figura jurídica de la Asociación de Interés Económico (AIE) y la explicación detallada de su regulación por la Ley 12/1991 de 29 de abril, en cuyo preámbulo, y lo destaco ahora por el interés que tiene para la resolución del litigio, se explica que “constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. El contenido auxiliar de la Agrupación sigue el criterio amplio que esta figura ha tenido en la Europa Comunitaria, y consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquéllos que no se oponga a esa limitación. Se trata, por tanto, de un instrumento de los socios agrupados, con toda la amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros..”. A continuación la sentencia procede a recordar, y reiterar, la jurisprudencia de la Sala con respecto al grupo de empresas, y en concreto a cuando debe predicarse la existencia a efectos laborales, es decir qué

requisitos o presupuestos deben darse, siguiendo en gran medida la sentencia de 27 de mayo de 2013 y que mereció ya atención detallada por mi parte en una anterior entrada del blog. En cualquier caso, y por el interés que la sentencia ahora comentada dedica a los llamados “elementos adicionales” que determinan la responsabilidad del grupo a efectos laborales, justamente para rechazar los argumentos de las recurrentes que pregonaban su existencia, vale la pena reproducir qué dice la Sala: “1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

C) Una vez aceptada la consideración jurídica de empresas del sector públicos y sometidas en el ámbito laboral a la normas de derecho privado (es decir, básicamente la LET y el TD 1483/2012 como normativa estatal), así como mantenida la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y su legitimación para negociar, la Sala procede ya al examen de todos los numerosos defectos formales alegados, abordando en primer lugar la queja sindical sobre la falta de entrega de la documentación a la que estaba legalmente obligada la empresa, básicamente de índole económica y que guarda lógicamente relación con la tesis de que se trata de empresas ubicadas en el ámbito de las AA.PP, y al haberse rechazado esta tesis decae también este motivo del recurso por hacer suya la Sala la tesis de la sentencia de instancia de que la documentación presentada fue correcta, en el bien entendido además, y creo que la aportación del TS es un mero obiter dicta sin mayor valor para la resolución del caso, que la Sala recuerda su doctrina flexible sobre la documentación que debe entregarse en el momento de inicio de un despido colectivo, recordando, con cita de su [sentencia de 27 demayo de 2013](#), que “no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”. Para la Sala, se han cumplido las obligaciones previstas en el art. 4 del RD 1483/2012 “para los despidos por causas económicas” (Subrayo este dato porque justamente la tesis del voto particular a favor de la nulidad de los despidos es que nos encontramos en presencia de un despido por causas organizativas y no económicas), y así deja constancia..., sin perjuicio de apuntar ya que una cosa es la entrega de la documentación y otra que la causa exista.

D) De mucha enjundia es el debate, ya ampliamente suscitado en instancia, sobre la existencia de buena fe negociadora por la parte empresarial y si se ha producido un fraude de ley (recordemos que las decisiones de los despidos se producen varios meses después de que se planteara la reorganización de la actividad empresarial, o más exactamente la adopción de un nuevo modelo organizativo en el que la externalización de buena parte de la actividad que anteriormente llevaban a cabo las empresas integradas en el Ente tendrían un papel relevante). En el repaso que la Sala hace de las argumentaciones de las partes y de la sentencia de instancia me interesa destacar que se recoge la tesis de la sentencia recurrida de que si bien se rechaza la falta de buena fe negociadora por parte empresarial “califica de desleal el argumento empresarial relativo a que la externalización de la prestación de servicios de emisión de señal de TV sea provisional, dado que el propio Ente sostiene que tal medida es imprescindible para lograr el equilibrio en sus finanzas”. Desde luego, a mi parecer queda suficientemente

claro que el nuevo modelo organizativo estaba planificándose, como mínimo, desde mayo de 2012, mientras que la presentación del procedimiento de despido colectivo se llevó a cabo varios meses más tarde, exactamente el 5 de diciembre.

Delimitado el objeto del debate jurídico, la Sala repasa su consolidada doctrina jurisprudencial sobre el deber de negociar de buena fe, con amplias citas de varias de sus sentencias y también de la dictada por el [Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 16 de julio de 2009 \(Asunto C-12/08\)](#). El deber de buena fe se configura, por citar la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2012, “...no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe”. Una vez recordado el soporte jurídico del deber de buena fe y la obligación de las partes negociadoras de respetarla, la Sala recuerda el contenido de los hechos probados en instancia, donde subraya el carácter desleal de la actuación empresarial que planteó como provisional algo que el TSJ no consideró como tal, y que ahora la Sala debe abordar si es así y qué impacto tiene sobre la petición de declaración de nulidad de la sentencia de instancia, es decir “si se mantiene como tesis causal la externalización de los servicios que EPRTM consideró externalizables en su propuesta de reducción de gasto para obtener el obligado equilibrio financiero en 2013”, debiendo tener presente además que se ha modificado el hecho probado sexto con la incorporación de datos que a juicio de la recurrente (en este caso la CGT) demostrarían la situación económica positiva de la empresa”.

Como en una buena película de intriga, la Sala no da aún respuesta a la cuestión debatida, ya que considera necesario poner en relación los datos anteriores con todo lo que se ha dicho en el apartado anterior (la doctrina jurisprudencial sobre la buena fe) y aquello que se expondrá a continuación, argumentando que “será la conjunción de las circunstancias concurrentes que pudiere, en su caso, llevar a una concreta calificación del actuar empresarial”.

Dicho “apartado posterior” es el examen de la existencia o no de fraude de ley en la actuación empresarial, fraude de ley que ha sido examinado con toda rigurosidad en la importante [sentencia relativa a los despidos colectivos de los agentes locales de promoción de empleo del consorcio territorial de Sierra Morena en Andalucía de 17 de febrero de 2014](#) (por cierto, aun pendiente de ejecución al igual que las restantes que se han dictado con idéntico resultado y dirigidas a otros grupos de ALPES), de la que transcribe gran parte de su argumentación jurídica. Sobre esta importante sentencia de los ALPES [reproduzco un fragmento de mi comentario anterior](#): “... la sentencia tiene un marcado carácter doctrinal de indudable interés, siendo hasta donde mi conocimiento alcanza la primera sentencia del TS tras la reforma laboral de 2012 que aborda de manera exhaustiva la figura jurídica del fraude de ley y sus efectos en punto a la declaración de nulidad de la decisión empresarial. Es cierto que la petición de nulidad no sólo fue planteada por la recurrente con respecto al posible fraude de ley, sino también por incumplimiento de varias de las obligaciones empresariales con respecto a cómo se inició el procedimiento de despido colectivo y durante el período de consultas. Ahora bien, la Sala entra a valorar y examinar en primer lugar las relativas al posible fraude por considerar, con razonable criterio procesal, que si existe este ya no tendría



razón de ser el examen de las otras causas de nulidad alegadas, argumentando que “en un plano ontológico, parece razonable decidir antes la corrección del acto en sí mismo atendiendo a su finalidad, que atender a su validez formal”. Y es aquí donde sienta la nueva e importante doctrina con respecto a la consideración del fraude de ley como causa de nulidad de la decisión empresarial. ..

Es cierto que la decisión extintiva puede impugnarse según art. 124.2 LRJS porque se haya adoptado, entre otros supuestos, en fraude de ley, pero esa posibilidad no aboca, en caso de producirse, a la declaración de nulidad de la sentencia si nos atenemos a los términos literales del art. 124.11, ya que esta se predica de determinados incumplimientos formales o por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Pero no lo es menos que el fraude de ley tampoco está incluido entre los supuestos que pueden llevar a declarar que la decisión empresarial es no ajustada a derecho, calificación jurídica que se reserva para los casos de inexistencia de causa. Por consiguiente, parece que el legislador dejó la puerta abierta en la Ley 3/2012 (me pregunto si de forma voluntaria o no, algo a lo que la Sala responderá considerando que no lo fue) a que el fraude de ley pudiera tener un determinado efecto jurídico u otro, aunque sin duda no hay que olvidar, y así lo hará la Sala más adelante en su razonamiento, la importancia del art. 6.4 del Código Civil respecto a delimitar los efectos jurídicos de la conducta fraudulenta por parte empresarial. Para la Sala, no tiene mayor importancia, por considerar que esa circunstancia obedece “... a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna”, que en el art. 124.9 de la LRJS en la modificación operada por el RDL 3/2012 sí se incluyera el fraude ley como causa de nulidad, mientras que no lo recogiera el citado precepto (ahora en su apartado 11) tras la tramitación parlamentaria que llevó a la aprobación de la Ley 3/2012...”.

Del examen de los hechos probados el TS concluye que la presentación de la propuesta de despidos colectivos fue con alegación de causas económicas, las restricciones presupuestarias y unidas a la reducción de ingresos comerciales y el alto grado de endeudamiento existente con entidades financieras, pero que realmente (insisto, no lo digo yo ahora sino que lo dice la sentencia) “por el Ente y sus sociedades para la adecuación de la estructura empresarial, se procedió a la elaboración de un “nuevo modelo” empresarial, que comportaba la externalización de servicios, y que justificaba la extinción de los 925 contratos de trabajo”, nuevo modelo que justificaría precisamente la necesidad de extinguir dichos contratos.

De esta constatación realizada por la Sala cabría inferir que podría aceptarse la petición de nulidad de la sentencia por haberse llevado a cabo el trámite de consultas con clara vulneración de la normativa vigente, al estar debatiendo sobre unas causas económicas cuando en realidad estaríamos ante unas causas organizativas (y así se recogerá en el voto particular que considera que debió declararse la nulidad de la decisión empresarial)... pero no es así, y muy sorprendentemente a mi parecer la Sala adopta un enfoque meramente formalista y argumenta que dado que la empresa alegó una causa económica y no organizativa para proceder a los despidos no puede aceptarse la tesis de nulidad de la decisión empresarial, es decir no se acepta que haya habido fraude ley y falta de buena fe por parte empresarial en la negociación, aunque sí se mantiene (pero me pregunto para qué sirve a efectos jurídicos) la calificación de desleal que la actuación empresarial mereció a la sentencia de instancia. Y las dudas de la Sala debieron ser importantes porque aunque sea en otro apartado del mismo fundamento jurídico, la Sala defiende que la empresa presentó el despido con alegación de causas

económicas y que por ello ha de partirse de la alegación de la empresa... pero poco antes el mismo párrafo en el que se incluye esa frase empieza de la siguiente, y muy clara, manera: “sin perjuicio del componente de causa organizativa que pueda tener la medida adoptada por la empresa...”.

Me sigo preguntando si vale sólo responder por la Sala con la alegación de que como la causa económica es la alegada por la empresa sólo cabe entrar a conocer de su justificación, y creo que la respuesta debe ser negativa en cuanto que la Sala ha de entrar a conocer de la existencia y justificación de la causa o causa que se aleguen para proceder a los despidos, pero en modo alguno queda enconsertada o condicionada por la alegación empresarial cuando del conjunto de hechos probados se deduzca que la auténtica causa del despido es otra u otras distintas de las alegadas.

Repárese, y lo digo pensando en casos que puedan suscitarse a partir de ahora ante los tribunales, que de prosperar la tesis extraordinariamente formalista de la Sala, sería muy difícil, por no decir que imposible, argumentar que detrás de la causa alegada por la parte empresarial existen otras que son las reales y verdaderas. Que el debate sobre esta cuestión debió ser duro e intenso, creo que queda reflejado en una manifestación del párrafo en el que se rechaza la petición de nulidad, y que por su interés reproduzco literalmente: “Sobre la oportunidad de tal externalización, respecto a la que consta que forma parte de un “nuevo modelo” empresarial que en su caso podría estar amparado en causas organizativas, la Sala no debe pronunciarse, pues la causa alegada, como queda dicho, es la insuficiencia presupuestaria, causa de naturaleza económica –no organizativa-, por ello expresando el parecer de la mayoría de la Sala, la conducta empresarial no puede calificarse en fraude de ley que daría lugar a la nulidad del despido colectivo, ni tampoco puede afirmarse que haya existido ausencia de buena fe en la negociación”.

E) En su largo, extenso y detallado análisis de los recursos (algo que hay que agradecer en especial, me imagino, a la ponente de la sentencia, con independencia de estar o no de acuerdo con su contenido), la Sala se detiene a continuación en el examen de las quejas formuladas sobre la designación de los trabajadores afectados, reproduciendo gran parte de lo probado en instancia sobre esta cuestión, de cuya sentencia conviene recordar que manifestó que “En definitiva, se observa una selección totalmente atípica en la que no se ha realizado concreción alguna de los trabajadores afectados; y en la mayor parte de las áreas en que se externalizan la práctica totalidad de servicios, no obstante ello, se mantienen los puestos de sus responsables”.

Nuevamente el enfoque de la sentencia del TS es muy formalista, poniendo el acento en que aquello que pide la norma a la parte empresarial, y que en caso de no hacerlo podría suponer la nulidad de la decisión empresarial, es la aportación de los criterios de aplicación, y como la empresa sí los ha aportado no procede declarar la nulidad, “con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos” y sin perjuicio del derecho del trabajador afectado que considere que la decisión empresarial no es conforme a derecho a accionar por la vía de la reclamación individual del art. 124 de la LRJS.

Me pregunto si con esta tesis, nuevamente formalista en exceso, qué sentido puede tener plantear la nulidad no ya por inexistencia de criterios sino porque estos no son conformes a derecho. Y por poner un ejemplo bien concreto, y que sin duda tendrá que

abordar la Sala en el recurso de casación interpuesto por TRAGSA contra la [sentencia de la AN de 28 de marzo](#), y a cuyo extenso comentario por mi parte me permito ahora remitir, cuando la nulidad de los despidos se ha declarado justamente porque no se ha respetado la normativa de los criterios de selección ¿cómo responderá el TS? ¿Aceptará acaso el recurso porque se han cumplido las formas pero en absoluto el fondo según la sentencia de instancia? Dejo aquí planteada mi duda.

En relación con la selección de trabajadores, la Sala rechaza la queja de no respeto de la prioridad de trabajadores fijos y hace suya la sentencia de instancia en cuanto que tal prioridad se predica para el personal de las AA PP, siendo así, como se ha argumentado desde el inicio de la respuesta a los recursos, que no nos encontramos en tal supuesto, y nuevamente con recordatorio del derecho del trabajador individualmente afectado a accionar ante los tribunales al amparo del art. 124 de la LRJS si entiende que no se han respetado los criterios de preferencia. También se acepta la tesis de instancia sobre la inexistencia de nulidad en caso de incumplimiento, total o parcial, de la obligación de presentar un plan de recolocación externa, incumplimiento que no está contemplado como causa de nulidad en el art. 9 del RD 148/2012 y del que además, en este caso, concreto, quedó constancia en hechos probados de que fue mejorándose por la empresa durante la tramitación del período de consultas, por lo que Sala entiende que dicho Plan “cumple los requisitos mínimos de la norma reglamentaria”.

F) Otro núcleo duro de la sentencia se encuentra los apartados octavo noveno y décimo del macrofundamento jurídico octavo, dedicados al estudio de las causas aducidas para justificar los despidos, en su caso la falta de concurrencia de las presentadas, y el control judicial de la decisión empresarial (no recuerdo una vez más, para no hacerme pesado, el intento del legislador del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 para limitar la intervención judicial, intervención que por otra parte no necesariamente ha de ser “pro-trabajador” sino que puede ser claramente “business friendly”, es decir de apoyo a la libertad de empresa como eje central alrededor de la cual deben girar, y depender de ella, las reformas de la normativa laboral, como puede observarse en algunas sentencias). Encuentro en el apartado octavo una cierta reiteración del debate ya habido con anterioridad sobre la existencia o no (para la mayoría de la Sala no existe) del fraude de ley, por lo que me remito a los comentarios anteriores. En cuanto a las alegaciones de la parte sindical no sólo sobre la oculta causa del despido, la reestructuración y reorganización del ente público, sino también sobre la necesidad de no regirse por un estricto criterio de rentabilidad (entiendo que económica) al tratarse de un servicio público, y las alegaciones de las empresas codemandadas sobre las obligadas restricciones presupuestarias por la aplicación de la [Ley orgánica 2/2012](#), la Sala confirma la sentencia de instancia por considerar la tesis más ajustada a derecho la decisión adoptada por la misma de entender existente una situación negativa pero no de tal calado que obligue a una reducción de 925 trabajadores sobre un total de 1161 de la plantilla, no existiendo por consiguiente la proporcionalidad adecuada entre las causas alegadas y el número de despidos efectuados.

Respecto a la insuficiencia presupuestaria, y su distinta valoración sobre si ya existía varios años antes de la tramitación de los despidos o ha encontrado sustancialmente su punto de referencia en la necesidad de cumplir con la normativa de disciplina presupuestaria, la Sala acoge la respuesta de la de instancia, añadiendo, como respuesta a la argumentación empresarial, que “a pesar de que en los ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 6/2012 que modifica la Ley General de Comunicación

audiovisual y obliga a cumplir el principio de equilibrio y sostenibilidad financiera, las aportaciones presupuestarias no estaban limitadas, lo cierto es que la situación anterior a la modificación normativa ya era de endeudamiento patológico, por lo que no es posible alegar tal circunstancia como causa de despido”.

En sus consideraciones sobre si concurre o no la causa económica alegada, la Sala recuerda los tres pasos que debe cumplir la empresa tras la reforma laboral de 2012 para justificar los despidos, y que ya han merecido mucha atención en sentencias de la AN y de los TSJ: que exista la situación económica negativa, que impacte sobre los contratos de trabajo que serán extinguidos por la amortización de los puestos de trabajo que ocupaban los trabajadores afectados, y que exista “la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad”. De la argumentación de la Sala, que creo que hubiera podido llevar a la declaración de nulidad de los despidos, me quedo con su análisis del primer requisito, la situación económica negativa, y su tesis de que su existencia no debe confundirse con la causa extintiva alegada por la empresa, y mucho más (¿no se está refiriendo la Sala una vez más a la existencia de causas organizativas aún sin nombrarlas?) cuando aquello que pretende conseguir la empresa es “un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización, y así aprovechando la reducción presupuestaria, impuesta por la Ley, lo que se está articulando es una reestructuración contable”. En cuanto a la tercera, que no existe adecuación, idoneidad, proporcionalidad (el uso de las palabras cada vez baila más según las distintas sentencias, aunque no creo que afecte al fondo de la cuestión) entre las medidas adoptadas y las causas alegadas.

La Sala, con buen criterio a mi parecer en este punto y siguiendo la tesis de la sentencia de instancia, desestima la alegación empresarial de tratarse de una medida adecuada sin pretender entrar en modo alguno en las decisiones que adopte la empresa en el marco de las posibilidades ofrecidas por el ordenamiento jurídico vigente; es decir, la Sala no efectuará “juicio de oportunidad” sobre la decisión empresarial que forma parte de sus criterios de gestión, pero sí entrará a valorar si la causa alegada justifica proporcionalmente la medida o medidas adoptadas; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “no compete a la Sala efectuar un juicio de “oportunidad” sobre cuál sea la medida que se debió adoptar, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Pero, no basta para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, como se constata de una reducción presupuestaria, entre un 5% a 10%, que en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva, pues no es ni plausible, ni razonable, ni proporcional”.

En apoyo de esta tesis no está de más recordar (aunque tampoco será merecedor de análisis crítico alguno, sino incluso de aceptación positiva en términos de gestión empresarial, en el voto particular favorable a la estimación del recurso empresarial) que la sentencia recurrida, y ahora la Sala del TS, destacan el mínimo impacto de los despidos sobre los trabajadores altos cargos excluidos del convenio, algo que fue duramente criticado por la representación de la parte trabajadora en la comisión del período de consultas”.

En estrecha relación con todo lo anterior (en realidad creo que hay una cierta redundancia en algunos fragmentos de la respuesta de la Sala, aunque nunca será rechazada toda aquella repetición que provoque el reforzamiento de los derechos de las personas trabajadoras) la Sala se plantea la posibilidad de ejercer el control judicial sobre la medida adoptada y responde de manera afirmativa con remisión (amplia) a lo

dispuesto en su sentencia de 27 de enero de 2014, para concluir que sin cuestionar la libertad de empresa o de gestión empresarial para adoptar las decisiones que estime más convenientes y mejores para la empresa, las causas alegadas además de ser reales “tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al Standard de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012”, para concluir que “compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada”.

F) Los apartados decimoprimeros y decimosegundos del fundamento jurídico octavo abordan dos cuestiones de menor importancia a efectos de la resolución de litigio, sin descartar la importancia que el segundo pudiera merecer para un número no menospreciable de trabajadores. La falta de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social para los trabajadores de 55 años o más que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 no está recogida ni en la LET ni en el RD 1483/2012 entre las causas de nulidad de los despidos llevados a cabo, y que además, refiriéndonos a este caso concreto y nuevamente con el enfoque muy formalista del que hace gala la mayoría de la Sala, “Se trata de una obligación que solamente puede ser cumplida cuando se establece un listado personal de afectados, o cuando los criterios de designación posibilitan el conocimiento con nombre y apellidos de los mismos, lo cual no concurre en el presente caso”. En cuanto a la hipótesis suscitada por la CGT de haberse vulnerado la normativa legal (art. 44 LET) y convencional (art. 35 del II convenio colectivo de la industria de la producción audiovisual, la Sala rechaza la alegación, tras una muy amplia reproducción de la sentencia de 18 de febrero, en cuanto que entiende que los contratos mercantiles suscritos entre Telemadrid y algunas empresas para la prestación de determinados servicios, sin que anteriormente hubiera relación jurídica entre las mismas, “no supone ni una transmisión ni una sucesión empresarial” de las reguladas en las citadas normas.

La Sala nuevamente se acoge, y en este caso puede considerarse que hay un margen razonable para aceptar su tesis, a una tesis formalista, consistente en entender que para que exista subrogación empresarial debe existir una transmisión de empresa, centro de trabajo o una parte de la actividad con sustantividad propia (no poniendo pues el acento, que sí hubiera sido necesario para otro tipo de negocio, en la incorporación de buena parte de la plantilla de la empresa que anteriormente llevaba a cabo una determinada actividad a la que ha asumido la ejecución de esta). Para la Sala, a modo de conclusión de la argumentación de la tesis que lleva a desestimar el recurso de la CGT en este punto, “se ha transferido la producción de noticias la recepción de señales, la realización de programas y buena parte de su soporte material, pero en todo caso, lo que no se ha transferido es una organización, un conjunto de medios organizados a un fin y este es el factor objetivo necesario para la aplicación de la Directiva y del art. 44 del E.T”.

4. Me tomo un corto pero muy merecido descanso tras haber leído, analizado y comentado ... 122 páginas de las 165 de que consta el texto que es objeto de mi atención. Una vez recuperado, procedo al examen de los aspectos más importantes de los dos votos particulares, tan diametralmente opuestos que ponen de manifiesto, por si alguno se había olvidado de ello o tenía desconocimiento de su existencia, las “diferentes sensibilidades” (la neolengua me viene de perlas en esta ocasión) existentes en el seno del alto tribunal.

Realizaré el comentario de los dos votos particulares por el orden de publicación en el texto al que he tenido acceso, siendo el primero, favorable a la estimación de los recursos de la parte empresarial y por ello de declaración de procedencia de los despidos, a cargo del magistrado Aurelio Desdentado, al que se adhieren los magistrados José Luis Gilolmo y José Manuel López García de la Serrana. A mi parecer se trata de una “segunda sentencia” con un alto voltaje doctrinal y en el que se pretende dejar sentadas determinadas tesis (algunas sin apoyo jurídico, a mi parecer, en la normativa sustantiva y procesal) que obligarían, caso de ser aceptadas, a un intervencionismo o activismo judicial muy superior al deseado por el legislador de las reformas de 2012 (aunque no digo que no le satisficiera parte de ese activismo, para el que probablemente no habría palabras negativas de los altos cargos del MEySS).

5. El contenido más relevante del voto particular de los magistrados citados en el párrafo anterior, y que concluye afirmando que “consideramos que deben estimarse los recursos de las entidades demandadas para casar la sentencia recurrida y declarar ajustado a Derecho el despido colectivo impugnado”, podría sintetizarse a mi parecer en la afirmación de que la actuación empresarial fue plenamente conforme a derecho, por una parte, y que además el TSJ madrileño incurrió en omisión, pero no por las razones aducidas en el recurso empresarial sino por no haber dado una respuesta exacta a su tesis de la falta de proporcionalidad de la medida adoptada, ya que a juicio del voto particular el TSJ hubiera debido “fijar el número de despidos procedente”... pero no podía hacerlo en este caso concreto porque la eventual incongruencia omisiva por esta causa “no ha sido alegada y no puede apreciarse de oficio, ni llevaría a resultado distinto del que aquí se establece en virtud de lo dispuesto en el art. 215.2.b) de la LRJS” (último párrafo del apartado a de la Consideración Jurídica Primera).

A) El voto se pronuncia en primer lugar sobre la revisión alegada de hechos probados en el recurso de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO y en el de la CGT. Respecto al primero, y en relación con un documento debatido como era el Plan Económico Financiero de la Comunidad, concluye que “como señala la parte recurrida, las cantidades que se mencionan no son aportaciones extraordinarias de la Administración autonómica para la financiación del déficit de las entidades demandadas, sino que, por el contrario, se trata de contribuciones de esas entidades al déficit del sector público correspondiente”, añadiendo que “aunque las cantidades se consideraran como determinantes de aportaciones al déficit no llevarían a conclusión distinta sobre la viabilidad del proyecto empresarial”. Con relación al segundo, aceptado por la sentencia y que a juicio de la CGT demostraría la situación económica positiva de la empresa, el voto entiende que debió desestimarse su adición porque del conjunto de los documentos económicos resultaría “verosímil” la tesis de la sentencia de instancia y también defendida por el Ministerio Fiscal en su informe, mientras que “no es verosímil” que pudiera darse un incremento tan importante de las subvenciones del contrato programa si se presta atención a los datos de 2011 y 2012, remachando su tesis desestimatoria de la estimación de la adición solicitada con la tajante afirmación de que la incorporación de los datos aportados por la CGT “no podría alterar las conclusiones que sobre la situación de las entidades demandadas se realizará en su momento a la vista de la evolución de su gestión económica”.

B) El voto particular se suma a la sentencia en cuanto a la no consideración de Administración Pública del ente público TeleMadrid, y en cuanto a la existencia de un

grupo de empresas a efectos mercantiles y laborales plantea, sin perjuicio de que no afecta a la resolución del conflicto, que no se darían las condiciones para afirmar la existencia del grupo laboral o patológico porque no se cumplirían los requisitos fijados en la doctrina jurisprudencial más reciente de la Sala de 27 de mayo y 19 de diciembre de 2013, entendiéndose que aquello que se ha producido en la práctica, y a partir de los hechos probados, es “simplemente una actuación coordinada de los miembros del grupo; no del grupo como tal”, grupo calificado de “peculiar” en atención a la naturaleza jurídica de la entidad dominante y la de los otros miembros”.

Sobre la interesante y cada vez más compleja cuestión de los grupos de empresas y su impacto jurídico en los despidos colectivos, hay una aportación teórico-práctica muy reciente del magistrado del TSJ de Cataluña Carlos Hugo Preciado, en la que se pasa revista a la doctrina elaborada por los tribunales tras la reforma laboral de 2012, titulándose la obra [“Los grupos de empresa tras la reforma laboral de 2012” \(Ed. Bomarzo\)](#), y en cuya presentación se afirma, con acierto, que se ha producido una revitalización del debate sobre los grupos de empresa, “sobre todo a partir de las consecuencias procesales que su existencia arroja en los procesos de despido colectivo, pero también, qué duda cabe, en cualquier proceso que se sustancia en el día a día judicial”.

C) De mucho calado son las consideraciones formuladas sobre el deber de negociar de buena fe, en las que se recuerda, supongo que a “efectos pedagógicos” para futuros recurrentes y también para ulteriores litigios en donde se debata sobre la misma cuestión (y cada vez son más los casos en los que se plantea), que “frente a lo que pretende el motivo (alegado por CC OO) y parece haberse convertido ya en cláusula de estilo de algunos recursos, las obligaciones de consultar y negociar no son obligaciones de llegar a un acuerdo”, o lo que es lo mismo, existe “una obligación de negociar, no de pactar”. El profesor Alonso Olea ya puso de manifiesto hace muchos años las diferencias entre negociar y concluir un acuerdo, y ahora parece que algunos desean recordarlo, pero estoy seguro de que todos los sujetos negociadores conocen bien la diferencia y no se les puede criticar que traten de explotar al máximo todas las posibilidades que permite la normativa para llegar a un acuerdo.

Pues bien, en el litigio ahora analizado el voto particular entiende que sí hubo negociación de buena fe por parte empresarial, con contrapropuestas a las realizadas por la parte trabajadora, aunque ciertamente lo más importante, y sin duda polémico a mi entender, de la tesis defendida es la negación, aceptando así la argumentación empresarial, de la mala fe comercial por haber planteado los despidos colectivos en diciembre de 2012 cuando el debate sobre el nuevo modelo organizativo estaba en marcha desde el mes de mayo, realizando una determinada interpretación del art. 51.2 de la LET que parece que no se corresponde con el principio de actualidad de la causa que debe predicarse de la relación entre los despidos y aquella o aquellas, afirmando que “lo que establece el art. 51.2.1º ET es que antes de despedir se abra un periodo de consultas; no exige que cuando el empresario haya decidido despedir se abra inmediatamente ese periodo, pues los despidos efectivos pueden en determinados casos estar alejados en el tiempo de la decisión de despedir; es antes de que esa decisión se manifieste al exterior con efectos jurídicos cuando hay que iniciar el procedimiento de consulta”.

D) El voto particular se detiene a continuación en el motivo alegado por la parte sindical (CGT) de abuso de derecho por el carácter desproporcionado de los despidos. Del argumento de los magistrados me interesa resaltar algo en lo que probablemente no reparen quienes no hayan leído la importante sentencia de 17 de febrero de la Sala (a la que han seguido varias más en idéntico sentido) dictada con ocasión de los despidos colectivos de los agentes locales de promoción de empleo en Andalucía y el valor dado al fraude de ley para estimar la nulidad de tales despidos aunque no se haga expresa mención del mismo en el art. 124.11. El voto vuelve (¿sólo en este caso concreto?) a una lectura literal de las causas de nulidad, entre las que no se encuentra la alegada por la parte recurrente. Dejo planteada la duda que me suscita la tesis del voto particular.

Se considera igualmente que no existió fraude de ley que alegaba CC OO “en atención al carácter no limitado de la transferencia de créditos”, ya que se entiende que la normativa autonómica aplicable al Ente Público y la normativa laboral permitían la actuación empresarial en los términos en que se llevó a cabo, sin que además exista ninguna norma “que obligue a la Comunidad de Madrid a transferir créditos de otras partidas a las entidades demandadas para mantener un servicio deficitario”, e insistiendo al final de su argumentación en la misma tesis ya referenciada en el párrafo anterior y que serviría para acreditar la inexistencia del fraude de ley alegado, “pues es obvio que no se habría excluido ninguna norma que prevea la nulidad del despido acordado”.

E) Una vez finalizada la consideración jurídica primera, en la que se ha dado respuesta (negativa) a las argumentaciones de los recursos sindicales tendentes a obtener la declaración de nulidad de los despidos, el voto se adentra, y lo hace con profundidad, en el examen de los recursos interpuestos por el Ente Público y sus sociedades, realizándolo conjuntamente “dada la identidad de su planteamiento”. Es en este bloque donde se encuentra a mi parecer el mayor, y polémico, voltaje jurídico doctrinal que parece querer dejar el camino preparado, insisto, a casos posteriores de los que deba conocer el TS. Y es probablemente su tesis sobre la necesidad de que los tribunales concreten cuántos despidos son procedentes si la sentencia considera que el número propuesto por la empresa es desproporcionado con respecto a la causa alegada (y esto es lo que ocurre en el conflicto de TeleMadrid) la parte más polémica del voto.

El voto entra en el examen de la alegación de incongruencia omisiva por error, alegada por la parte empresarial, entendiéndolo, de acuerdo con la sentencia, que aquello que la Sala ha efectuado es una argumentación que ha concluido con un resultado que simplemente discrepa del pretendido por el recurrente. Ahora bien, el voto es del parecer que la sentencia sí ha incurrido en incongruencia omisiva pero por un motivo no alegado en el recurso (¿reconstruye el recurso el voto particular?) y que consiste, eso sí se dice que es simplemente obiter dictum, en que la Sala “no ha resuelto sobre toda la oposición deducida por la parte demandada en su integridad”. Para los magistrados que han formulado el voto, el grupo demandado sostenía en su recurso “que todos los despidos individuales incluidos en el despido colectivo son ajustados a Derecho”, y la sentencia recurrida, “que como veremos, acepta que algunos despidos son procedentes, declara que todos son improcedentes, al calificar como improcedente el despido colectivo en su totalidad”.

El fantasma de la [polémica suscitada por la sentencia de “uno o dos despidos colectivos”, de 20 de septiembre de 2013 \(Caso CELSA ATLANTIC\)](#), anulada por el [auto de 26 de marzo de 2014](#), que no he encontrado publicado aún ni en el CENDOJ ni



en las redes sociales, vuelve a aparecer con fuerza, y no es de extrañar dado que quienes suscriben el voto particular formaron parte de la mayoría de la Sala en la citada sentencia y de la minoría en el auto, y además acuden justamente al voto particular del auto para mantener las tesis defendidas en el mismo. Para los magistrados ahora en minoría, “cuando se solicita la declaración de procedencia de todos los despidos acordados se está pidiendo también la misma declaración de algunos de ellos, de forma que si la sentencia considera que no son procedentes todos despidos acordados, pero que sí los son un número inferior de ellos, tiene que pronunciarse declarando la procedencia de estos últimos. Si no se hace así es porque se produce una confusión sobre el concepto de despido colectivo, que se ve como algo único e inescindible y no como la suma de varios despidos individuales”.

El voto, de indudable, y extraordinariamente polémico, alcance doctrinal, afirma sin tapujos que su tesis es la “única solución” que se corresponde “con la verdadera naturaleza del despido colectivo”, del que destaca, y desde luego no creo que nadie lo ponga en duda, que en su regulación del art. 51.1 de la Ley hay un componente cuantitativo (obviamente, of course, ya que ese componente, añadido yo ahora, es el que el legislador ha incorporado para diferenciarlo de los despidos individuales y plurales) para a continuación dar el salto mortal final (de momento sin red jurisprudencial de apoyo, y tampoco normativa – ni estatal ni europea – a mi entender --) y afirmar que “cuando se combate ese despido en su totalidad y se resiste esta pretensión también en su totalidad o en parte, la sentencia deberá fijar el número de los despidos procedentes cuando considera que es excesivo el número de ceses acordado, pero no la totalidad de ellos”.

Más aún, a mi entender el voto particular no solo da un salto mortal sin red protectora al reinterpretar el art. 51. 1 de la LET sino que reinterpreta el art. 124.11 de la LRJS que deja meridianamente claro que “Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida”, y que “La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva”.

De aceptarse la tesis del voto particular, me surgen algunas preguntas que traslado a los jueces y magistrados que deberían aplicarla, y también a los sujetos negociadores: ¿Será necesario que el período de consultas acabe, si no hay acuerdo, con más de una propuesta empresarial y en su caso de la parte trabajadora, para que el juzgador, si considera desproporcionada la medida más dura en número de despidos aplique una inferior que también debería quedar recogida en el acta final? ¿Y si sólo hay una propuesta empresarial cerrada, y rechazo de la parte trabajadora, qué deberá hacer entonces el juzgador si no lo considera proporcionada? Si aceptamos, a efectos meramente dialécticos, que el juzgador deberá decidir, concretar, el número de despidos “procedentes”, ¿bastará con indicar el número y después el empleador aplicará los criterios de selección aportado en el período de consultas? ¿Y si hay dudas sobre la conformidad a derecho de esos criterios de selección, o no han quedado suficientemente claros jurídicamente hablando en el período de consultas, qué ocurrirá? En fin, que no sigo, porque me estoy haciendo un lío jurídico..., pero de mucha menor importancia que es el que podría tener el juzgador.

F) El voto particular considera que deberían haberse incorporado todos los gastos de explotación del grupo desde 2005 a 2011, tal como pedía el recurso empresarial, considerando su incorporación relevante en cuanto que disponer de esos datos, que la sentencia, recordemos, considera intrascendentes para resolver el litigio, sería muy útil dado que una mayor amplitud de la serie temporal de gastos e ingresos “resultan más significativas para el análisis de evolución del grupo si parte de un periodo más extenso -2005-2011- que si se limita a los últimos años (2011–2013)”, Obsérvese pues la clara discrepancia entre la sentencia y el voto particular en cuanto al carácter relevante de tales datos, aunque el voto particular refuerza su argumentación sobre la validez de los despidos con la tajante afirmación de que “hubiera podido llegarse al mismo resultado sin ellos”.

G) Igualmente tiene alto voltaje jurídico la polémica aportación doctrinal sobre la causa del despido, aunque bien es cierto que la tesis defendida por los tres magistrados ya aparece recogida, si no de forma total sí parcialmente, en otras sentencias de la Sala dictadas tras la reforma laboral de 2012, aunque creo que en esta ocasión se refuerza más si cabe que en la (anulada) sentencia de 20 de septiembre de 2013 la orientación favorable a la libertad de empresa como eje alrededor del cual ha de girar la aplicación e interpretación de las normas laborales, en este caso concreto de las relativas al despido colectivo (repárese, por si alguien se ha olvidado de ello, que en el preámbulo de la [Ley 3/2012](#) no se citan preceptos de la Constitución que se refieran directamente a derechos laborales, algo que sería completamente lógico si se repara que es una norma de contenido laboral, pero sí hay una mención expresa al art. 38 al referirse a la intervención de la Administración en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y la posibilidad de inaplicación de un convenio colectivo estatutario, intervención que se justifica “en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”).

Desde el plano doctrinal, insisto, se argumenta que la situación económica negativa mencionada en el art. 51.2 de la LET es “un concepto abierto”, que no queda encerrado en los casos particulares que cita la ley, ni en el supuesto de la regla de automaticidad”, tratándose de una situación que expresa “la ruptura del equilibrio de producción de la empresa de una forma que afecta de forma total o parcial el nivel de empleo de la empresa”, aceptándose (en este punto hay coincidencia con la sentencia recurrida y creo que con la doctrina mayoritaria) que tal situación por sí sola “no es suficiente para determinar la procedencia de los despidos”, sino que debe determinar “la necesidad de reducir la plantilla de la empresa o de cesar de forma total en la actividad y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad”. La relación entre causa y medida adoptada, la conexión de funcionalidad entre ambas, no ha desaparecido desde luego tras la reforma laboral, si bien el voto particular añade ahora un “plus de flexibilidad” a favor de la parte empresarial, ya que parece dar por sentada la imposibilidad de fijar “de forma exacta” la relación entre la causa y su efecto (es decir la medida adoptada), y ello debe determinar que el órgano judicial, una vez que se haya constado la relevancia de la causa “deje un margen de discrecionalidad al empleador para establecer el alcance y el efecto de las medidas”, con lo que la valoración de esa “discrecionalidad”, añadido yo ahora, sería otro elemento que debería tomar en consideración el juzgador al resolver el conflicto y contrapesar la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores.

H) La consideración jurídica tercera lleva a los magistrados firmantes del voto particular a examinar los argumentos en que sustentó la sentencia recurrida la improcedencia de los despidos y que también apoyan la decisión del TS. Es aquí donde los firmantes, además de estar de acuerdo con la situación económica negativa de la empresa acuden a los datos aportados en el recurso empresarial para el período 2005-2011, y que consideraron que hubieran debido incorporarse a los hechos probados, para enfatizar que el análisis de la serie histórica de la financiación (considerada intrascendente por la sentencia) "... muestra algo más grave: que la actividad empresarial es económicamente inviable", y apoya su argumentación justamente en esos datos y en las limitaciones presupuestarias establecidas tanto en la normativa estatal de general aplicación como en la autonómica específicamente aplicable al ente público. El voto destaca que la viabilidad de este ente público, y de otros cuyos recursos no provengan del mercado en un esquema de autofinanciación (el voto se olvida de que una parte de los recursos derivan de los ingresos por publicidad) "está en función de decisiones políticas externas que se traducen en reglas presupuestarias y financieras, cuyo control no corresponde a este orden social y que además resulta notorio que pueden responder a una reorientación del gasto público en un momento de crisis".

Pero, ¿y si bajo la apariencia de un despido por causas económicas se esconde otro que tiene su razón de ser en la concreción de un nuevo, y externo, modelo organizativo, no habrá que justificar el despido en base a causas organizativas y no económicas, o bien acudiendo conjuntamente a causas económicas y organizativas? Esta es la pregunta que me he hecho en reiteradas ocasiones tras la relectura, primero de la sentencia del TSJ madrileño y de mi comentario a dicha sentencia, y de la lectura posterior de la sentencia del TS, y es la misma que se plantea, y resuelve, el segundo voto particular para considerar existente en realidad un despido por causas organizativas.

Pero volvamos al primer voto particular, el favorable a la tesis empresarial, porque la prevalencia del "interés de la empresa", que parece confundirse, siendo jurídicamente incorrecto, con el interés sólo de una parte de quienes la integran, el empleador, va a manifestarse con mayor claridad si cabe en nuevas aportaciones doctrinales contenidas en el voto, tras poner de manifiesto nuevamente que la sentencia de instancia fue incongruente "por haber declarado improcedente el despido colectivo en su conjunto", al mismo tiempo que, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, criticar tanto la sentencia como las tesis o propuestas de "alguna organización sindical que según el hecho 13º contemplaba una reducción de plantilla de 370 personas". El alto contenido doctrinal del voto, y la defensa de la "función económica" de la relación jurídico-laboral (obsérvese como las aportaciones de la economía han calado en el alto tribunal) se refleja sobradamente a mi parecer en este párrafo que transcribo:

"En el esquema legal, a partir de un determinado punto crítico de pérdidas o de caída de ingresos, hay que considerar razonable la decisión de despedir de forma total o parcial a la plantilla, pues no resulta lógico mantener una actividad que no puede financiarse, ni cabe convertir el enjuiciamiento del despido económico en un análisis y decisión de las alternativas para la superación de la crisis de la empresa. El despido económico se ha definido como un despido en "interés de la empresa" que se justifica cuando se acredita que hay razones objetivas para entender que ese interés requiere la extinción del contrato de trabajo. Es éste un contrato de cambio con prestaciones recíprocas basadas en un principio de equivalencia de beneficios para las partes, lo que significa que el contrato pierde su función económico-social y puede extinguirse desde

el momento en que por determinadas circunstancias deja de tener interés o utilidad patrimonial para alguna de las partes, como sucede para el empresario en los casos de los arts. 51 y 52 del ET y para el trabajador en los supuestos de los arts. 40, 41 y 50 del mismo texto legal. El derecho al trabajo que consagra el art. 35 de la Constitución comprende, como ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 22/1981 y 20/1994), el derecho a no ser despedido sin justa causa y en este sentido obliga a los poderes públicos a establecer una regulación de la extinción del contrato a iniciativa del empresario que respete el principio de causalidad, pero de ello no se deriva que la regulación o la aplicación de las causas económicas del despido deba hacerse imponiendo la continuidad de la relación cuando ésta ha perdido su función económica para una de las partes”.

Aún más leña al fuego en defensa de la libertad de empresa, del poder de decisión empresarial y de la imposibilidad, según los firmantes del voto, de un control judicial que impida el ejercicio de una prudente discrecionalidad al empleador en el ejercicio de su poder de dirección: el voto se refiere expresamente a uno de los más polémicos párrafos de la sentencia de 20 de septiembre de 2013 (remito a mi comentario de la misma”, para recordar el limitado margen de que disponen los órganos jurisdiccionales tras la reforma laboral para controlar las decisiones empresariales; sentencia por cierto, recordemos una vez que anulada por auto del propio TS, aunque para los firmantes de este voto particular “conserva todo su valor doctrinal, aunque haya perdido el jurisprudencial” (¿dejando preparado el camino, acaso, para su “recuperación” en posteriores sentencias?), y que ahora concreta, o pretende concretar más aún al afirmar que el “canon de control” de la normativa de 2012 “no es un control de óptimos”, de que la decisión empresarial sea la más adecuada “en sentido técnico gestión empresarial o en términos de coste social”, sino que se trata de un “control del supuesto de hecho”, que consistirá en que el órgano jurisdiccional “debe limitarse a verificar si la situación fáctica es la prevista en la norma para determinar la procedencia del despido, con independencia que pueda ser posible otra que a juicio del órgano que realiza el control resultara más adecuada...”. Muy claro, ¿no les parece?

I) La última consideración jurídica del voto particular versa sobre dos cuestiones. En primer lugar, sobre el “carácter no sobrevenido de la causa” al que se refiere la sentencia de la Sala en idénticos términos que la sentencia recurrida, que para el voto particular sí existe, siempre a partir de los datos económicos a partir del año 2005 y no sólo del 2011”, si bien debe ser muy clara la conclusión a la que llegan los firmantes tras el estudio de tales datos ya que concluyen con la existencia de ese carácter sobrevenido de la causa “sin necesidad de entrar en detalles”, si bien parece que sí entra cuando explica a continuación los motivos de su tesis.

En segundo término, el voto aborda la cuestión del personal afectado por los despidos y el hecho de que un muy alto porcentaje de aquellos (básicamente cargos de dirección) que estaban excluidos del ámbito de aplicación del convenio no hayan sido incluidos en el mismo, y formula “algunas precisiones” sobre esta decisión empresarial y sobre las críticas vertidas en la sentencia recurrida, y mantenidas en la Sala, sobre la distorsión que los criterios aplicados por la parte empresarial han podido tener a la hora de justificar (aunque finalmente no se consideraran determinantes) “el cumplimiento del requisito causal justificativo del despido”.

En la lógica de la primacía de la libertad de empresa y del predominio del poder de dirección empresarial siempre que no sea absolutamente arbitrario, no es de extrañar que se defienda la bondad de la decisión empresarial, en la que teóricamente no puede entrarse, ya que el mayor coste de personal (es de Perogrullo, añadido yo ahora) se concentra en el personal incluido en convenio (por cierto, sería interesante comparar salarios de convenios y salarios de fuera de convenio, pero parece que esto tampoco tiene interés), para concluir, y aquí que el voto particular “se moja” de forma clara en la defensa de la libertad de empresa en este caso concreto, que si el nuevo modelo de gestión ha optado por la externalización (me pregunto entonces nuevamente si el despido ha tenido lugar por causas económicas o causas organizativas) “parece en principio lógico que la extinción se localice en los trabajos de producción y se mantenga el núcleo directivo y los servicios no externalizados”. En cuanto a los criterios de selección, el voto considera que no ha habido vulneración de la normativa de aplicación, y que si algún trabajador se considera indebidamente afectado tiene el cauce de la impugnación individual del art. 124.13 de la LRJS para tratar de defender sus intereses.

6. Respiro nuevamente, descanso unos minutos y vuelvo “al tajo” (ya sé que es una expresión poco adecuada para la neolengua, pero recuerda muy bien cuáles son los orígenes del Derecho del Trabajo y la forma de trabajar, aunque ahora hayamos suplido buena parte de la actividad física por la intelectual) para comentar el segundo voto particular, formulado por el magistrado Jordi Agustí y al que se adhieren los magistrados Fernando Salinas, María Luisa Segoviano y Manuel Ramón Alarcón, comentario que será bastante más breve y no desde luego, ni mucho menos, por la calidad intelectual del mismo, sino porque buena parte de su argumentación se encuentra recogida en comentarios que he ido efectuando a lo largo de mi trabajo y que han destacado la importancia de tomar en consideración las dudas existentes en la sentencia sobre la existencia de causas organizativas detrás de las formalmente presentadas como económicas, poniendo de manifiesto, tal como hará el voto particular, que estamos ante una decisión organizativa empresarial que, sin discutir sobre el poder de decisión empresarial para ponerla en marcha, sí requiere del cumplimiento de unas normas que no son las mismas que para el despido por causas económicas y que además distorsionarían el efecto útil del período de consultas por no estar debatiendo sobre las auténticas causas del despido”.

A) El voto particular asume todo el contenido fáctico de la sentencia recurrida y la modificación incorporada al hecho probado sexto por la aceptación de la revisión solicitada por la CGT respecto a la adición de determinado datos económicos que acreditarían la situación económica positiva de la empresa, y recuerda que todas las demás revisiones solicitadas han sido rechazadas, y efectúa una selección de aquellos hechos probados que a su juicio van a poner de manifiesto “sin ningún género de dudas” que existen dos elementos fundamentales que no fueron tomados en consideración por la posición de mayoría de la Sala y que se convirtió finalmente en sentencia; en primer lugar, que la única causa alegada por la empresa es económica, y en segundo término, aunque estrechamente relacionada con la anterior, que “la verdadera causa del despido es organizativa”, afirmación que se sustenta en “el cúmulo de datos fácticos acreditados” (véanse las páginas 148 a 156 de la sentencia) que a juicio de quienes comparten el voto “es tan abrumador” que “no puede cuestionarse”, si bien cabe destacar que se pone el acento en los criterios de selección o afectación de los trabajadores afectados (recogidos en los hechos probados 14º y 15º), es decir la vinculación entre supresiones de departamentos o áreas de la empresa y adscripción

organizativa de los afectados a los mismos. El voto particular recuerda, y no le falta razón, las dudas que tenía la Sala al formar su convicción sobre cuál era la auténtica causa del despido colectivo y de las que he realizado amplia explicación en páginas anteriores, aunque finalmente acogiera la tesis meramente formalista de aceptación de la causa alegada por la empresa.

B) Si la causa real del despido es distinta de la alegada ello llevará a una clara y evidente distorsión del proceso negociador, no sólo por debatir sobre causas no reales sino también porque la documentación aportada (vid. LET y RD 1483/2012) no será exactamente la que debería aportarse por la empresa. Por consiguiente, se producirá aquello que en el voto particular se califica de nulidad del despido “por invocar y sostener causa distinta –económica- de la real –organizativa- para proceder al despido colectivo, y por ende, insuficiencia de la documentación aportada y devaluación del período de consultas (artículo 51. 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores), artículos 1.2, 5.2 y 7 del Real Decreto 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de trabajo, y artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”.

Si se ha presentado la documentación requerida para las causas económicas pero no las específicas para los despidos por causas organizativas es obvio que estará incumpliendo lo dispuesto en el art. 5 del RD 1483/2012. El voto particular recuerda, y ya he dejado constancia de ello, que es la dirección de la empresa la que puede adoptar las medidas que considere más adecuadas dentro del marco jurídico vigente, y que siempre que lo haga deberá cumplir tanto con las normas generales como las más concretas de aplicación al caso litigioso; o por decirlo con las propias palabras, muy clarificadoras, del voto particular: “una vez ejercitada la opción –u opciones-, necesariamente, la empresa debe ajustarse al mecanismo legal y reglamentario establecido. En el presente caso, ha quedado acreditado, hasta la saciedad –y reconocido expresamente por la sentencia de instancia- que la causa real y verdadera del despido colectivo es la organizativa y no la económica invocada y sostenida a lo largo de todo el procedimiento por la demandada, siendo de destacar que en la propia sentencia recurrida parece apuntarse, además a una cierta mala fe, cuando señala la existencia de deslealtad al negar las demandadas el proceso externalizador”.

A la argumentación anterior el voto particular añade dos nuevos razonamientos para defender la nulidad de los despidos cuando no se haya expuesto la auténtica causa, aunque en puridad creo que se tratan de un complemento (necesario) del anterior: en primer lugar, que no se ha aportado la documentación exigible para acreditar la existencia de la causa verdadera; y en segundo lugar, que al no haber facilitado la información adecuada el período de consultas ha quedado desvirtuado en cuanto al objetivo que debe perseguir el mismo, ya que la negociación no hubiera permitido conocer los argumentos reales de la empresa y por consiguiente no hubiera posibilitado debatir y discutir sobre la posibilidad de adoptar otras medidas menos traumáticas.

C) Por último, el voto particular también considera que la “indebida especificación” de los criterios de selección de los trabajadores afectados debe llevar igualmente a la nulidad de los despidos, y pone el acento (en sentido frontalmente contrario al del primer voto particular) en el hecho probado de que la mayoría de las extinciones afectaban al personal incluido en convenio, dejando fuera a una parte de trabajadores con un elevado coste económico para la empresa, y que además la selección se realizaba

en virtud de las decisiones adoptadas por la empresa sobre el nuevo modelo organizativo, acudiendo para justificar su tesis, entre otros argumentos, a una frase muy gráfica de la sentencia de instancia que refleja muy bien los “criterios de selección”: “la actividad objeto del ente es la difusión de radio y televisión en la Comunidad de Madrid, respondiendo a unos criterios marcados por la dirección del Ente y de sus respectivas sociedades que la individualizan convirtiendo este objeto en un elemento ideológico en manos de una dirección piramidal que no forma parte de ninguno de las actividades contratadas con las empresas de servicios.”

Dado que los “criterios de selección” adoptados por la empresa no guardaban relación con la causa económica alegada, sino con el nuevo modelo organizativo, es obligado concluir como razona el voto particular que la decisión no ha sido respetuosa con la normativa vigente y añade un nuevo argumento para declara la nulidad del despido colectivo “previa estimación de los recursos de casación interpuestos por los sindicatos recurrentes”.

Buena lectura de la sentencia.., pero permítanme un consejo: háganlo cuando dispongan de bastante tiempo para ello.

## **21. Sentencia del TS de 18 de febrero de 2014.**

1. Hace más de un año, concretamente el 24 de marzo de 2013, publiqué [una entrada en el blog](#) con el título “De Andalucía y Canarias (Estepona y La Oliva), a Canarias y Andalucía (Galdar y Jerez de la Frontera). Los ERES en las Administraciones locales tras la reforma laboral del gobierno popular. Análisis de las cuatro sentencias dictadas por los dos Tribunales Superiores de Justicia”. En dicha entrada efectué el comentario de las sentencias dictadas por los TSJ en litigios de despidos colectivos de personal que presta sus servicios en las Administraciones Locales.

Vuelvo ahora sobre estos conflictos ya que el Tribunal Supremo dictó el 18 de febrero de este año sentencia, de la que fue ponente el magistrado Gonzalo Moliner, en el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de La Oliva contra la [sentencia del TSJ canario \(sede LasPalmas\) de 19 de diciembre de 2012](#), de la que fue ponente el magistrado Ignacio José Duce, si bien la notificación no se produjo hasta el 27 de mayo. Hasta donde mi conocimiento alcanza es la primera sentencia del TS que se pronuncia sobre los despidos colectivos en las Administraciones Locales tras la entrada en vigor de la reforma laboral operada primero por el Real Decreto-Ley 3/2012 y después por la Ley 3/2012.

2. De la resolución del TS, <http://bit.ly/11L1khC> , se encuentran algunas [breves referencias](#) en la [prensa canaria](#) y en la [información facilitada por el propio ayuntamiento](#) y CC OO de Canarias. Agradezco, como ya dije en una entrada anterior, a la Federación de servicios a la ciudadanía de CC OO, y más concretamente a su secretario de acción sindical, Sr. Raul Olmos, la amabilidad de enviármela.

Empecemos por el final, porque esta vez es importante. La sentencia, en contra del criterio del Ministerio Fiscal que informó desfavorablemente sobre el recurso, estima parcialmente el recurso de casación y casa y revoca la sentencia recurrida que declaró, como recordaré más adelante, la nulidad de la extinción de 46 contratos, pero no se pronuncia sobre la conformidad o no a derecho de la decisión empresarial, ya que devuelve las actuaciones al TSJ; en efecto, el TS decide que “... ante la insuficiencia de

los hechos probados de la sentencia y su falta de argumentación y pronunciamiento sobre la adecuación o no a derecho de la decisión de despedir”, procede devolver las actuaciones a la Sala de instancia “para que con libertad de criterio proceda a una clarificación de lo que estima probado acerca de la realidad económica de la entidad y se pronuncie con la debida motivación sobre si considera ajustada a derecho la decisión extintiva...”.

Por consiguiente, deberá ser la Sala de lo Social del TSJ canario la que se pronuncie sobre la existencia o no de las causas alegadas por la Corporación Local para proceder a la extinción de los 46 contratos, con un voto particular a la sentencia del TS que entiende que debió resolverse también sobre la concurrencia de la causa, y otro que se pronunció en el sentido de considerar que debía haberse desestimado el recurso y confirmado íntegramente la sentencia recurrida. Pero mientras tanto, parece que el Ayuntamiento ha optado por entender que la sentencia del TS le permite extinguir los contratos por causas objetivas, algo que a mi parecer resulta claramente contrario a lo dispuesto en el art. 124 de la LRJS en relación con los arts. 52 y 53 de la LET, y todo ello en relación con el fallo de la sentencia del TS. He tenido conocimiento de esta decisión por medio de la [notainformativa publicada el pasado sábado por CC OO de Canarias](#), en la que se informa del envío de cartas de despido a 40 trabajadores que surtirán efectos a partir de hoy lunes, en la que se informa también de que “los servicios jurídicos de CCOO están estudiando la acción colectiva a realizar contra estos despidos, pero advierten que de forma individual los afectados pueden plantear antes de 20 días demanda por despido nulo”.

3. La [sentencia dictada por el TSJ canario](#) mereció mi atención como ya he indicado en una [entrada anterior del blog](#), y ahora reproduzco su contenido más relevante porque ayudará a situar el litigio y las actuaciones empresarial y de la representación trabajadora, así como los términos en que se pronunció el TSJ.

“La sentencia declara la nulidad de la extinción de 46 contratos y “con derecho de los trabajadores a la reincorporación a sus puestos de trabajo, de conformidad a lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 123 LRJS..”.

La sentencia tiene especial interés por tratarse de la segunda (al menos hasta donde mi conocimiento alcanza) dictada en ERES presentados por ayuntamientos, tras la primera del TSJ de Andalucía el pasado mes de septiembre en el ERE del Ayuntamiento de Estepona, y los puntos a debate son el contenido de la documentación a presentar por la Corporación para justificar las extinciones, por una parte, y la voluntad de llevar a cabo un auténtico proceso negociador durante el período de consultas, debiendo destacarse que el ERE se presenta el 11 de junio de 2012, se cierra el período de consultas sin acuerdo el 11 de julio, y el día 25 del mismo mes se comunica a la representación de los trabajadores la extinción de los contratos.

Según consta en el hecho probado primero la Corporación presentó, en el inicio del período de consultas, una memoria explicativa de la decisión de extinguir 46 contratos de un total de 255 trabajadores asalariados del ayuntamiento, y la solicitud del informe a la representación laboral. En cuanto a los criterios utilizados para seleccionar los trabajadores afectados, tenían que ver con puestos de trabajo no incluidos en la RPT, la supresión de servicios no obligatorios, y “titulación, antigüedad y edad”. Es importante destacar, al referirnos al cumplimiento o no de los requisitos formales previstos en la normativa, que la autoridad laboral requirió al ayuntamiento, entre otros documentos,



para que presentara las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, mientras que por parte de aquel se aportó “certificación de la interventora con las cuentas de los cuatro últimos años”, de cuyos contenidos se obtiene una sucinta, pero suficiente a mi parecer, información en los hechos probados cuarto, quinto y sexto. Por la parte trabajadora se formularon propuestas detalladas, que constan recogidas en el hecho probado séptimo, sobre la adopción de distintas medidas que permitirían corregir la difícil situación económica de la Corporación y que evitarían los despidos (mejora de la gestión de los ingresos, reducción de diversas partidas del presupuesto, prejubilaciones, reducción de jornada, transformaciones de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial,...) Todas las propuestas fueron rechazadas por la parte empresarial con los argumentos que se recogen en el mismo fundamento jurídico.

La parte demandante alegaba la nulidad del ERE por los defectos formales en su tramitación, y de forma subsidiaria la declaración de inexistencia de la causa económica alegada y la declaración consiguiente de no conformidad a derecho de la decisión empresarial. La estimación de la primera petición llevará a no entrar en la segunda formulada. El TSJ pasa revista, en primer lugar, a la normativa aplicable al tratarse de un ERE en una Administración Pública, es decir la nueva disposición adicional 20ª de la Ley del Estatuto de los trabajadores incorporada por el RDL 3/2012, y relaciona dicho precepto con el nuevo artículo 51 de la LET resultante de la reforma, con el art. 124 de la LRJS y de la normativa reglamentaria vigente en las fechas del ERE, es decir el RD 801/2011, interpretado/modificado por la Orden ESS/487/2012. La sentencia pone de manifiesto, a modo de obiter dicta, la dificultad de la delimitación contable de qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria sobrevenida durante tres trimestres consecutivos, “dada la necesaria anualidad de los presupuestos de las Administraciones Públicas” (dificultad que ha tratado de corregir el RD 1483/2012) y se remite a la disposición adicional 20ª de la LET (recuérdese que estaba en vigor el RD 801/2011, que no contemplaba la presentación específica de ERES en las Administraciones Públicas, a diferencia de cómo lo hace, y de forma detallada, el RD 1483/2012) para poner de manifiesto que el ERE debía efectuarse “en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de dichas Administraciones Públicas”.

A tal efecto (y sigo insistiendo en que no había regulación detallada para presentación documental en ERES en las AA PP) la Sala acude a la normativa reguladora propia de la Administración Local, en concreto la Orden EHA/4041/2004, de 23 de noviembre, en la que se dispone que las cuentas anuales de una Corporación Local consisten “en el balance, la cuenta de resultados económico-patrimonial, el estado de liquidación del presupuesto y la memoria”. De ahí que considere plenamente insuficiente la documentación aportada por la Corporación, consistente sólo en la memoria, en primer lugar, y en los informes de la interventora, de los que no se deduce en modo alguno la situación deficitaria alegada. El TSJ es muy crítico con el ayuntamiento y su incumplimiento de la normativa aplicable, afirmando con rotundidad que “los trabajadores despedidos no saben a ciencia cierta cuál es la situación económica de la Corporación que ha hecho necesario su cese como única y drástica medida correctora de los desequilibrios pretendidos”, y con mayor rotundidad si cabe afirma que “tan abrumadora falta de documentación contable y financiera – cuya llevanza es más exigible aún de una Administración Pública – produjo ya la más absoluta indefensión de los trabajadores, quienes se han visto afectados por una decisión determinante para sus vidas y las de sus familias sin mayor justificación”.

Los defectos formales no se paran aquí, a juicio de la Sala, sino que siguen en el período de consultas, aun cuando en puridad podemos hablar más de una mezcla de cuestiones formales y de fondo en cuanto que a la falta de documentación puede sumarse la falta de voluntad negociadora. En efecto, la Sala reprocha a la Corporación su nulo esfuerzo por buscar alternativas a las extinciones de contratos durante el período de consultas, con independencia del reconocimiento de las limitaciones que tiene una AA PP cuando negocia un ERE, pero limitaciones que no impedían, ni antes ni después de la entrada en vigor del RD 1483/2012 un esfuerzo por ambas partes, y en este caso, por la Administración Local para buscar puntos de acercamiento, algo a lo que se negó la Corporación, ya que no aceptó ninguna propuesta de la parte laboral, y de esta manera según la Sala ( y resalto aquí nuevamente la importancia del período de consultas y la negociación durante el mismo en el nuevo marco normativo de los ERES) se evidenció una absoluta falta de voluntad negociadora por parte de aquella, “únicamente encaminada a imponer rígidamente y sin cesión alguna su decisión, ya adoptada sin ofrecer alternativas ni dilucidar sobre las medidas propuestas”.

4. Pasemos ya al examen del contenido más destacado a mi parecer de la sentencia del TS, indicando previamente que según consta en el antecedente de hecho sexto de la deliberación, votación y fallo estaba prevista para el 2 de septiembre de septiembre de 2013, si bien se produjo un primer aplazamiento hasta el 23 de octubre, y uno segundo hasta el 12 de febrero de este año, en el que el ponente asignado, el magistrado José Luís Gilolmo, manifestó no compartir la decisión mayoritaria de la Sala y que por ello formularía voto particular, habiendo sido entonces designado ponente el magistrado Gonzalo Moliner.

A) El fundamento de derecho primero reproduce sustancialmente los hechos probados de la sentencia de instancia y la argumentación jurídica de la Sala para llegar a la declaración de nulidad de los despidos, si bien con algún “añadido” del TS que valora ya alguna tesis del TSJ, ya que afirma que el tribunal autonómico aplicó el RD 801/2011, en la parte relativa a la información que debía facilitarse a la representación laboral, en aquellos aspectos transitoriamente vigentes según la Orden ESS/487/2012 de 8 de marzo, “cuya aplicabilidad, según parece entender aquella Sala, fue confirmada por la disposición transitoria única del RD 1483/2012, y por otro, aunque este extremo no resulta del todo claro en la sentencia impugnada, la Orden EHA/4041/2004 de 23 de noviembre... por la que se aprueba la instrucción del modelo normal de contabilidad local..”.

B) El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en los apartado d) y e) del art. 207 de la LRJS, solicitando en primer lugar revisión de hechos probados por error del TSJ en la apreciación de la prueba. El TS desestima el recurso en este punto tanto porque no se concreta dónde debería operarse la modificación sino también porque en caso de aceptarse, y en el supuesto incluso (no previsto que yo sepa en la LRJS) de que “esta Sala supliera esa labor e identificara en el documento...” la revisión solicitada “desvirtuaría la interpretación real de su contenido”, haciendo suyo la Sala, aquí sí, el informe del Ministerio Fiscal.

C) El segundo bloque, mucho más importante a mi parecer, del recurso, y sobre el que se detendrá extensamente la Sala, versa sobre la infracción de la normativa y

jurisprudencia aplicable, siendo objeto de atención los arts. 49.1 i), y 51 de la LET, y art. 124 de la LRJS.

Las alegaciones de la parte recurrente se centran en la bondad jurídica, es decir conformidad a derecho, de la documentación presentada y del desarrollo del período de consultas, por una parte, y de la existencia de las causas alegadas por otra. La parte recurrente alega que la empresa sí aceptó entrar a debatir propuestas de la parte trabajadora cuando era viable, muy pocas ciertamente, pero que no podía, tanto por razones materiales como jurídicas, entrar a debatir de la mayor parte de las presentadas. Desde la perspectiva jurídica sustantiva y procesal, se alegó que la Sala había aplicado una normativa derogada, el RD 801/2011, y que por ello la empresa se ajustó a la normativa que estaba vigente en el momento en que se presentó su propuesta de extinción de contratos, que para la recurrente sería sólo el art. 51 de la LET, y como según ella los cumplió escrupulosamente nunca hubiera debido declararse la nulidad de las extinciones por incumplimiento formales. La recurrente reabrió así el debate sobre la vigencia del RD 801/2011, sobre la cual pocas dudas tuvieron numerosas sentencias de TSJ e incluso el propio TS en sus primera sentencias sobre la reforma, si bien con exclusión del ordenamiento jurídico de la Orden ESS/487/2012 por no respetar el principio de jerarquía normativa.

a) El inicio del apartado 2 del fundamento de derecho tercero es contundente y no deja lugar a dudas (es decir, un tribunal puede ser muy claro), ya que afirma que “el motivo entero debe ser estimado”, y a partir de ahí se plantea qué causas pueden alegarse, y cómo probarse, en despidos colectivos en las Administraciones Públicas, y en segundo término qué documentación debe presentarse y en qué términos puede desarrollarse el período de consultas, añadiendo a continuación, a título aparentemente incidental pero con bastante más trascendencia real, que al hilo de ambas cuestiones, y para responder al recurso, “habremos de pronunciarnos una vez más (SSTS 20-3 y 25-5-2013, esencialmente), ahora en relación a las corporaciones locales, sobre la vigencia y aplicabilidad de determinadas disposiciones de carácter general, dada la profusión normativa que al respecto se ha producido en los últimos tiempos”.

b) Dije ya hace mucho tiempo, al efectuar los primeros comentarios normativos sobre la reforma laboral, que la normativa general aplicable a las Administraciones Públicas tendría un impacto considerable sobre la política laboral, y desde luego no era necesario ser muy avisado para defender esta tesis tras la aprobación de la modificación constitucional, poco tiempo antes, del art. 135.2 de la Constitución y su posterior desarrollo legal por la Ley Orgánica 2/2012, siendo desde entonces “el equilibrio presupuestario” el marco jurídico (y obviamente económico) sobre el que giran todas las decisiones públicas, señaladamente ahora de las Administraciones Locales, en materia presupuestaria (para bien o para mal es sin duda motivo de una reflexión mucho más pausada, y crítica, que ahora no cabe realizar), y es un marco sobre el que la sentencia declara de entrada y sin ambages que se trata del “marco general sobre el que debe descansar todo nuestro análisis...”, para a continuación recordar que también debe ser de obligada aplicación, aquí con un contenido laboral específico, la disposición adicional vigésima de la LET sobre los despidos colectivos del personal laboral de las AA PP por causas económicas “... en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la Administraciones Públicas”.

c) Pero antes, la Sala se pronuncia sobre qué documentación debe presentar el ayuntamiento, en su condición de empleador (“antes incluso de que comience el período de consultas”) y también sobre el contenido de las consultas. Para el TS estas dos cuestiones son de apariencia formal pero tienen una clara incidencia “tanto en el posterior estudio y determinación de las causas materiales que podrían justificar la medida de fondo, como en el proceso previo de consultas y de posible negociación que incluso cabría que concluyera con algún acuerdo con los afectados”. La Sala reitera en primer lugar su tesis ya defendida en anteriores sentencia de la vigencia “ya sea parcial” (en aquel momento) del RD 801/2011 y hasta la entrada en vigor del RD 1483/2012.

d) A continuación, y en cierta medida como si se tratara de un artículo doctrinal sobre cómo debe interpretarse la normativa aplicable, que no es ciertamente un artículo pero que sí tiene mucho de doctrina en cuanto que fija la posición del alto tribunal (y recuérdese que hay pendientes varios recursos de casación contra otras sentencias de TSJ dictadas con ocasión de despidos colectivos en otras corporaciones locales), la Sala procede a explicar las novedades más importantes operadas por la reforma laboral de 2012 en materia de despidos colectivos en general, en donde se ha suprimido la autorización administrativa, y en el sector público en particular, con la delimitación de su concepto, las causas por las que pueden operarse los despidos, y su obligado respeto a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con indicación de la obligación del empleador público de llevar a cabo un período de consultas y de aportar la documentación requerida por la normativa legal y de negociar de buena fe.

e) Hasta aquí, no hay nada en principio que decir en cuanto que se trata de un recordatorio del marco legal de actuación, pero es partir del apartado 5 del fundamento jurídico tercero cuando la Sala va a ir introduciendo restricciones o limitaciones a las posibilidades de actuación de las Administraciones Públicas en cuanto a sus posibilidades de negociar en un período de consultas, y sus consecuencia sobre qué deberá entenderse por respeto al principio de buena fe negocial, dado que si las posibilidades de negociación son mucho más limitadas que en el sector privado entonces el respeto al principio de buena fe no pasará necesariamente por la aceptación de propuestas de la parte laboral que podrían ser válidas en el sector privado pero que no tendrán cobertura jurídica para ser aceptada, y aplicada, por el empleador público.

Dos frases muy claras de la sentencia resumen todo aquello que acabo de exponer: en primer lugar, que los límites constitucionales impuestos a las administraciones locales (se cita el principio de legalidad del art. 93, y las normas propias recogidas en los arts. 137 a 140, y me imagino que ya no se cita por dar por sabida su aplicación el art. 135.2) tienen como consecuencia que “su capacidad negociadora no es idéntica a la del ámbito privado”; y en segundo lugar que el respeto a tales preceptos implica una reconfiguración del principio de buena fe porque la autonomía de la voluntad negocial del empleador se encuentra “sensiblemente limitada, al menos en la medida en que no pueden acordar soluciones que incumplan normas de distribución competencial o de cualquier otro orden en el terreno administrativo, que, como es sabido, constituye una actividad reglada”. Para la Sala sí hubo una negociación y hubo, dentro de los límites disponibles, propuestas planteadas por el empleador, por lo que considera que su actuación fue conforme a derecho y estima las alegaciones del recurrente.

Después de leer el apartado 6 del fundamento jurídico tercero, compruebo que la Sala de instancia hizo una determinada valoración de cómo se desarrolló el período de

consultas, valoración que es justamente la contraria por parte del TS con una reinterpretación del hecho probado séptimo que, aunque se afirme por la Sala que lo único que hace es aceptar la tesis de la recurrente “y sin apartarse en lo fundamental del extenso relato que contiene el hecho probado séptimo...”, más parece una nueva valoración en toda regla de los hechos probados sin que se hayan modificado los mismos. ¿Es ello jurídicamente viable con arreglo a lo dispuesto en el art. 207 de la LRJS?

De forma incidental, y sin que se alcance a entender qué impacto puede tener sobre la resolución del litigio, la Sala afirma a continuación, antes de adentrarse en si ha habido o no negociación, y si la empresa cumplió con las obligaciones fijadas de entrega de una determinada información económica, que la Directiva de 1998 excluye de su ámbito de aplicación (art. 1.2 b) “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)”. Y digo que no alcanzo a entender qué sentido tiene aquí recordar este precepto si justamente gran parte de la argumentación de la propia Sala, y no podría ser de otra forma al responder al recurso y al examinar la sentencia de instancia, se basa en la aplicación de la normativa estatal de aplicación del procedimiento de despidos colectivos a las Administraciones Públicas y al sector público en general, posibilidad que encontraría apoyo jurídico (y que no recuerdo que hasta ahora hubiera sido criticada o rechazada ni por el TS ni tampoco por la AN y los TSJ) en el art. 5 de la propia Directiva (“La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”).

Porque ciertamente lo que hace la Sala inmediatamente a continuación es analizar la disposición adicional vigésima de la LET y su concepto de causa económica, con mención expresa a la insuficiencia presupuestaria sobrevenida como causa que diferencia la actuación de un ayuntamiento, por referirme ahora al caso concreto enjuiciado, de la de una empresa del sector privado. Y sigue después su examen del conflicto, siempre a partir del recurso, con el análisis de la documentación aportada, que considera que, aunque fuera una “incompleta información inicial”, durante el período de consultas, con las nuevas aportaciones de aquellos que califica como “detallados informes de la interventora del Ayuntamiento”, y que la Sala de instancia valoró de forma radicalmente contraria, la representación laboral dispuso de información suficiente para poder negociar en tiempo y forma útil; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, tras los dimes y diretes sobre la información necesaria, se llega a la conclusión de que “existía base para poder llegar, en su caso, a soluciones pactadas”.

La Sala insiste en una tesis ya recogida en su sentencia de 27 de mayo de 2013 y que también había sido antes acogida por la AN y algunos TSJ, esto es que si la representación laboral demanda una determinada información adicional a la presentada por el empleador debe indicar expresamente cuál es la relevante para poder negociar, y que si no se ha hecho así no cabe imputar responsabilidad al empleador, si bien esta tesis, permítanme ahora también una afirmación que puede parecer redundante, no excluye que la parte empresarial esté obligada a presentar toda la información necesaria para poder llevar a cabo un adecuado y útil período de consultas.

La Sala reitera su tesis, ya apuntada, de que el empleador público facilitó la información necesaria y que negoció de buena fe sobre aquello que era posible motivar, dando respuesta motivada a las propuestas de la parte trabajadora. Hay aquí un claro reforzamiento de la aceptación de la inamovilidad de la decisión empresarial inicial (tesis que choca con recientes sentencias de la AN que han puesto el acento, también en conflictos en el sector público, en la obligatoriedad de llevar a cabo una auténtica negociación), pues no de otra forma cabe entender que la motivación existe aunque la respuesta “no supusiera, en efecto, una variación respecto a la posición inicial del empleadora”, basando su respuesta la Sala, también con reiteración de lo antes expuesto, en que debido a su naturaleza y régimen jurídico aplicable “tiene más dificultades jurídicas para negociar gran parte de las referidas medidas”. Dificultades que a mi parecer no impiden buscar formulas imaginativas y que puedan encontrar un punto de equilibrio entre las partes.

La Sala rechaza la tesis de instancia de que deba cumplirse por la empleadora la presentación de documentación citada en las Órdenes por las que se aprueban los modelos básico, normal y simplificado, de contabilidad local, porque entiende que se trata de una normativa aplicable al supuesto laboral concreto de despidos colectivos y porque la normativa laboral aplicable no obligaría a su aportación “en contra de lo que al respecto parece sostener la sentencia impugnada”, y argumenta, supongo que a modo de obiter dicta con el que pretende reforzar su argumentación, que la parte empresarial facilitó la información que después ha sido recogida como obligatoria por el RD 1483/2012.

f) Como conclusión, la Sala entiende que la recurrente presentó la documentación a la que estaba legalmente obligada y que negoció de buena fe, con tesis como puede comprobarse radicalmente contraria de la defendida en instancia. Pero, dado que la declaración de nulidad de los despidos llevó al TSJ a no entrar en la valoración de la existencia o no de las causas económicas alegadas por la empresa, y ante las dudas que le suscitan unos hechos probados, del quinto al octavo, “de difícil interpretación”, acuerda devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que, aceptando que la empleadora ha cumplido con los requisitos formales (“partiendo del efectivo respeto a lo previsto en el art. 51.2 del ET por parte de la entidad demandada”), resuelva sobre la existencia de la causa económica alegada.

En definitiva, se trata a mi parecer de una sentencia que realiza grandes declaraciones sobre la aplicación de preceptos constitucionales pero que se apoya después en la normativa específica de aplicación y con una reinterpretación de los hechos probados de la sentencia de instancia altamente criticable en cuanto que no se revisaron tales hechos. ¿Marcará tendencia esta sentencia con respecto a las que están por venir en otros litigios de ayuntamientos, y muy en especial con respecto a la documentación a aportar y a la obligación – flexibilidad – de negociar? De ser así, y habrá que estar atentos al respecto, no parece que la expectativas de los trabajadores afectados por los despidos sean precisamente favorables.

5. Una nota breve sobre los dos votos particulares para concluir esta entrada. El primero está suscrito por los magistrados José Luis Gilolmo y José Manuel García de la Serrana y defiende que el TS debió entrar a conocer “de la totalidad de las actuaciones planteadas en el recurso” por considerar que en la sentencia recurrida ya se disponía de la información necesaria para resolver sobre la existencia de la causa y que por ello

hubiera debido entrarse para respetar los principios informantes del proceso laboral de celeridad y economía procesal. Entienden los magistrados que la Sala de instancia se pronunció implícitamente sobre la consideración de los despidos como no ajustados a derecho por no concurrir las causas alegadas, y de ahí que había base jurídica no sólo para rechazar la nulidad de los despidos sino también para entrar en el examen de las causas, dejando apuntada obiter dicta su tesis de que el TS hubiera podido considerar la procedencia, es decir el carácter ajustado a derecho, de tales despidos, con afirmaciones que cuestionan la tesis de la sentencia de instancia sobre la aplicación de determinadas partidas presupuestarias.

En cuanto al segundo voto particular, formulado por la magistrada Rosa Virolés, se defiende la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. El voto reproduce gran parte de las tesis de la resolución judicial de instancia, y subraya que del conjunto de los hechos probados se evidenció claramente “una falta de voluntad negociadora de la Corporación, al mantener una postura de imposición rígida y sin cesión alguna respecto de su decisión, ya adoptada, sin ofrecer alternativas ni dilucidar sobre las medidas propuestas”, y que tampoco se respetó la obligación de negociar de buena fe en los términos que ya ha recogido una abundante doctrina jurisprudencial, que sintetiza en la sentencia de la Sala de 16 de noviembre de 2012 y que se configura, dicha negociación, “no como un mero trámite preceptivo... sino como una verdadera negociación... que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe...”.

Buena lectura de la sentencia.

## **22. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2014.**

1. Es objeto de esta entrada del blog una breve explicación de la [sentencia dictada el 16 de abril por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#), de la que fue ponente el magistrado Jordi Agustí. Dicha sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la representación unitaria del ayuntamiento canario de Galdar contra la dictada por el [Tribunal Superior de Justicia de Canarias \(sede Las Palmas\) de 19 dediciembre de 2012](#).

2. La resolución del TSJ canario fue objeto de atención por mi parte en una [entrada anterior](#), que por su interés para situar correctamente los términos en que se manifiesta el TS reproduzco a continuación.

“La sentencia se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la representación unitaria de los trabajadores (Comité de Empresa) del Ayuntamiento de Galdar contra la decisión de la Corporación de proceder al despido colectivo de 46 trabajadores.

En los hechos probados se da debida cuenta de las circunstancias que motivan el ERE a juicio del Ayuntamiento, cuales son las causas económicas derivadas de “la persistente insuficiencia presupuestaria sobrevenida de la Corporación”. Queda acreditado que se celebró el período de consultas y que se formularon contrapropuestas por parte de la representación del personal a la propuesta empresarial en términos de mejora de la indemnización legalmente establecida, que fueron aceptadas sólo parcialmente por la empresa y que conllevó que no se alcanzara acuerdo en el período negociador. Debe destacarse, igualmente, que según la Memoria aportada por la Corporación el total de gastos del personal “se hallaba por encima del 80 % sobre los recursos ordinarios”, y que con anterioridad a la elaboración del plan de ajuste aprobado el 14 de junio,

valorado favorablemente por la Secretaría general de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y que es el origen del ERE presentado, la Corporación había elaborado un anterior Plan de Ajuste que no había merecido el visto bueno de la autoridad estatal.

La petición de la parte demandante es la declaración de nulidad, o subsidiariamente la improcedencia, de la decisión extintiva adoptada el 7 de mayo de 2012 y con inicio de la tramitación de ERE el 10 de abril, siendo por consiguiente de aplicación el RDL 3/2012 de 10 de febrero y la normativa reglamentaria vigente en aquel momento, es decir el RD 801/2011 de 10 de junio, “interpretado” por la Orden ESS/487/2012 de 8 de marzo. En el ámbito procesal, y de acuerdo a lo dispuesto en la disposición transitoria undécima de la Ley 3/2012 de 6 de julio, el litigio debe resolverse con aplicación del art. 124 de la Ley 36/2011, de aplicación “a los despidos colectivos iniciados con posterioridad al 12 de febrero de 2012”.

La Sala desestima todos los argumentos de la parte demandante y declara ajustada a derecho la decisión de extinguir los contratos de trabajo adoptada por la Corporación. En primer lugar, el Comité alegaba existencia de fraude y abuso de derecho en la decisión empresarial, argumentando (fundamento jurídico segundo) que la extinción de los contratos, por no considerarse necesarios esos puestos de trabajo por la Corporación, era contradictoria con la decisión del Ayuntamiento de considerar a los trabajadores afectados “necesarios y no amortizables, otorgándoles incluso el derecho a funcionarizarse”, basando su argumentación en un precepto del convenio colectivo municipal, argumentación que ciertamente me sorprende si es tan clara y manifiesta, como parece por la sentencia, su no validez, en cuanto que había dos sentencias anteriores, la de instancia y de la suplicación, que habían declarado en 2010 y 2011, es decir bastante antes de la presentación del ERE, su no conformidad a derecho y habían procedido a su anulación.

Más enjundia tiene a mi parecer el argumento de la parte demandante de la existencia de un despido nulo por fraude, en sentencia del TSJ que así lo declaró en 2011 y que afectaba a trabajadores que han sido despedidos en el ERE ahora enjuiciado, así como también que otro colectivo afectado por la extinción ya se había visto afectado por un ERE extintivo en septiembre de 2011 y que la autoridad administrativa laboral, entonces competente para resolver el conflicto, había desestimado parcialmente. La Sala desestima este argumento con la apelación a las “nuevas circunstancias”, y a la existencia de la “normativa vigente” que ciertamente es distinta de la existente en 2011. No obstante, se echa en falta, aunque de la información facilitada en la sentencia no se puede saber si la parte demandante argumentó más extensamente dicha causa de nulidad, que el TSJ hubiera reflexionado sobre la existencia de dicho fraude y la aplicación de las reglas generales sobre el fraude de ley para llegar, en su caso, a la misma o distinta respuesta que la ahora aportada. Es cierto que parece que la situación económica del ayuntamiento era más difícil cuando se presentó el nuevo ERE, y que la reforma laboral de 2012 ha abierto considerablemente las puertas a los ERES en las AA PP, pero ello no quita a que detrás de una actuación aparentemente conforme a derecho pudiera esconderse una decisión fraudulenta por afectar a trabajadores que ejercieron sus derechos con anterioridad (garantía de indemnidad).

Respecto a la causa económica, la parte demandante basa su tesis en que la propia empresa reconoce que la insuficiencia presupuestaria no es sobrevenida y afecta a tres trimestres consecutivos, tal como regula la disposición adicional segunda del RDL



3/2012, sino que sólo es “persistente”, es decir que deriva de desequilibrios económicos generados desde tiempo atrás. La Sala entiende, con los datos recogidos en hechos probados, que nos encontramos en una situación de insuficiencia presupuestaria “sobrevenida”, con referencia a los datos económicos de los ejercicios 2010 y 2011, que son en los que se basa para entender correctamente adoptada la decisión empresarial, ya que en etapas anteriores, la contratación de trabajadores cuya extinción se adopta ahora en el ERE se debió a la favorable situación económica, “hasta el punto de que llegó a negociarse no sólo su fijeza sino también su funcionarización...”. El hecho de que la parte demandante reconociera en el acto de juicio esa difícil situación durante los dos años referenciados, junto con el informe pericial en el mismo sentido, y los datos recogidos en la auditoría de gestión realizada al ayuntamiento en fecha 29 de octubre de 2012, llevan a la Sala a concluir que se ha acreditado fehacientemente la situación deficitaria, que debe servir para dar validez a la tesis empresarial, volviendo de pasada la sentencia a la alegación del fraude para destacar, sin que entienda ahora por mi parte qué importancia puede tener, que carecen “de trascendencia alguna aquellas circunstancias previas de los trabajadores afectados”.

Una segunda causa de impugnación se basa en la presunta vulneración del art. 23.2 de la Constitución, o dicho de otra forma se alega vulneración del derecho fundamental de acceso a la función pública, basando su argumentación en aquellas expectativas generadas por la regulación convencional antes citada, tesis que no puede lógicamente prosperar si el artículo en cuestión fue declarado en sede judicial no conforme a derecho, y mucho más, vuelve a insistir la Sala, si se han producido “nuevas circunstancias” que han obligado al Ayuntamiento, por causas económicas, a adoptar la decisión extintiva. Por consiguiente, tampoco puede aceptarse la petición subsidiaria de improcedencia, que a juicio de la Sala sólo podría ser la decisión no ajustada a derecho, por argumentar la inexistencia de la causa económica alegada, siendo así que la sentencia ha reconocido dicha existencia.

Dos argumentos de índole administrativa aportados en último lugar por la parte demandante son también rechazados por la Sala, relativos al momento en que se produjo la amortización de los puestos de trabajo extinguidos en la plantilla y en los presupuestos, razonando la sentencia que sólo puede producirse la misma una vez que se ha procedido a la extinción y no con anterioridad, y a los poderes del Alcalde-Presidente de la Corporación para adoptar la decisión extintiva, con rechazo de la tesis de la necesidad de ratificación de la decisión por parte del Pleno del Ayuntamiento y que hubiera requerido, a mi parecer, de una somera referencia, como mínimo, a los preceptos de la normativa reguladora de régimen local sobre las competencias del alcalde y del pleno municipal.

En definitiva, la Sala desestima la demanda porque la actuación empresarial ha sido ajustada a derecho, o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, la Corporación “ha acreditado su situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente; ha observado todas sus obligaciones formales, y se ha prestado de buena fe a la precedente negociación en el período de consultas, con una contraoferta plasmada en el hecho probado 3º anterior, a la que se acogieron algunos trabajadores”.

3. La [sentencia del TS](#) resuelve el recurso de casación interpuesto al amparo de los apartados d) (error en la prueba) y e) (infracción de normas) del art. 207 de la LRJS. En los cuatro motivos alegados al amparo del apartado d) se intenta demostrar que la difícil situación económica alegada para proceder a los despidos no era sobrevenida sino

persistente, ya que se refería, según manifestación de la representación empresarial, “a cuatro ejercicios consecutivos”, y que los datos económicos presentados por la empresa deberían ser corregidos en términos que demostrarían una situación económica diferente, por más favorable, que la alegada para proceder a los despidos. Como petición de adición de un párrafo en el hecho probado noveno, se pedía que se recogiera que los despidos efectuados fueron de los trabajadores cuyo expediente de regulación de empleo se rechazó por la, entonces competente, autoridad administrativa laboral.

La Sala repasa en primer la doctrina general sobre los requisitos que deben cumplirse para que pueda apreciarse en el error en los hechos probados, siendo uno de ellos, y desde luego no menos importante, que el texto que se propone de modificación o incorporación a la sentencia “tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia”. Rechaza todas las alegaciones de la recurrente por entender que en realidad está proponiendo una nueva valoración de la prueba, algo que no corresponde a la Sala salvo cuando se aporten pruebas documentales que permitan deducir la equivocación del juzgador de instancia; es decir, no estamos en presencia de un recurso de apelación civil, sino de un recurso estrictamente regulado en cuanto a las aportaciones que pueden presentarse para llevar al convencimiento del juzgador que ha habido uno o más errores en la apreciación de la prueba, y a juicio de la Sala ha quedado bien probado en instancia que existía una situación de insuficiencia presupuestaria y que iba más allá de los tres trimestres consecutivos mencionados en la disposición adicional vigésima de la LET; o dicho en otros términos que era tanto sobrevenida como persistente, sin que pudiera entenderse que se incumplía la obligación empresarial por el hecho, alegado por la recurrente en un hábil intento de modificar los hechos probados con las consecuentes repercusiones jurídicas, de que la parte empresarial respondiera durante el período de consultas a un pregunta de la parte trabajadora en términos de que no eran sobrevenidas las causas sino persistentes, “puesto que se refiere a 4 ejercicios consecutivos”.

En cuanto a los cinco motivos alegados al amparo del apartado d) del art. 207 de la LRJS, todos van a ser igualmente rechazados, girando algunos en relación al necesario cambio que hubiera debido aceptarse de la redacción de los hechos probados respecto a la insuficiencia presupuestaria, y al no haberse producido decae la alegación de infracción jurídica.

Por ejemplo, se alega infracción en primer lugar del art. 124.9 de la LRJS en cuanto que al no existir, presuntamente, dicha insuficiencia, la parte empleadora habría actuado en fraude de ley, dado además que con su decisión pretendía la extinción de contratos que anteriormente había sido denegada por la autoridad administrativa (en aplicación de la normativa anterior a la reforma de 2012) y asimismo pretendía incumplir un auto del TSJ canario que había acordado la suspensión cautelar de una decisión adoptada por el Pleno respecto a la suspensión y extinción de un determinado número de contratos. Como digo, la aceptación de los hechos probados de instancia y por consiguiente el mantenimiento de la existencia de una insuficiencia presupuestaria sobrevenida va a llevar a la Sala a desestimar el motivo del recurso, añadiendo además que el posible indicio de actuación fraudulenta quedaba desvirtuado porque la decisión empresarial se basó en la existencia de una causa económica que demostraba la gravedad de la situación y que por ello podía calificarse de cambio sustancial y relevante que permitiría presentar un nuevo procedimiento de despido colectivo en términos respetuosos con la importante doctrina sentada por la Sala en su sentencia de 12 de marzo.

En esta misma línea, el rechazo del tercer motivo del recurso, insistiendo la parte recurrente en el hábil juego de palabras sobre la existencia de una situación de insuficiencia económica persistente pero no sobrevenida, cuando la normativa aplicable se refiera a ambas, encuentra su razón de ser en que la Sala de instancia sí considero probado el carácter tanto persistente como sobrevenida de la insuficiencia presupuestaria como causa económica alegada, añadiéndose ahora por el TS que la decisión del Ayuntamiento, la extinción de 26 contratos, fue razonable, es decir respetó el principio de proporcionalidad entre la situación económica y la decisión adoptada, pasando la plantilla de 291 a 265 trabajadores, no siendo ocioso destacar, y así lo hace el TS con recuerdo de lo recogido en el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, que “el total de gastos del personal se hallaba por encima del 80 % sobre los recursos ordinarios”.

Un segundo argumento jurídico versa nuevamente sobre la infracción del art. 124.9 de la LRJS por entender la recurrente que la decisión empresarial era nula al no respetar lo dispuesto en un precepto del convenio colectivo estatutario de empresa (disposición transitoria segunda), esto es el derecho a la “funcionarización” del personal que prestara sus servicios en el Ayuntamiento antes de la entrada en vigor de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, es decir el 13 de mayo de 2007, cambio en el vínculo jurídico (de contractual laboral a estatutario funcional) que debería producirse mediante el derecho que asistía a dicho personal de “participar en un proceso selectivo de promoción interna, convocado por el sistema de concurso-oposición para convertir su plaza de laboral en funcionario”.

La Sala no se plantea las dudas que sí ha tenido el TC en un caso que ciertamente parece más claro que el ahora enjuiciado, y que le han llevado a declarar la [inconstitucionalidad de una ley foral navarra](#) que facilitaba el proceso de funcionarización de un determinado sector del personal laboral porque “no se prevé en ningún caso la realización de pruebas de acceso libre en convocatoria pública”. En el caso enjuiciado se preveía la realización de un proceso selectivo de promoción interna en concreto de los trabajadores que tuvieran contrato indefinido no fijo, y la Sala no cierra totalmente la puerta, a mi entender, a que ello pudiera llevarse a cabo (cuestión distinta es saber qué ocurriría si dicho proceso selectivo fuera impugnado) pero entiende por una parte, que no estamos en presencia de un derecho sino de una expectativa de derecho, sin que quede constancia de que se hubiera ya activado el inicio del proceso de funcionarización, y por otra, y esta es la argumentación que me parece más relevante y que demuestra que la normativa convencional ha de ser clara e indubitada para no poder ser afectada por un decisión empresarial, que un precepto convencional como este no podría impedir la aplicación de la normativa legal, esto es, por decirlo con las propias palabras de la Sala, “no puede suponer un valladar a que la empresa, de concurrir causa legal suficiente pueda extinguir el contrato de dichos trabajadores”.

De menor importancia me parece el cuarto motivo del recurso en el que se volvía a solicitar la nulidad, por infracción del tantas veces citado art. 124.9 de la LRJS, por entender que hubieran debido amortizarse previamente en la plantilla y en los presupuestos municipales los puestos de trabajo ocupados por los trabajadores afectados, haciendo suya la Sala la tesis del Ministerio Fiscal respecto a la corrección de la medida en los términos que se recogen en la sentencia de instancia, esto es que la citada modificación se produjo el 26 de julio de 2012, poco después de que se hubieran producido los despidos, el 7 de julio, “pues sin su concurrencia difícilmente podría acordarse tal amortización”.

Por último, dejo constancia de algunas dudas que me suscita como resuelve, negativamente, la sentencia la alegación de no ser conforme a derecho la decisión adoptada en cuanto que los despidos fueron efectuados por el alcalde y no se llevaron a ratificación del Pleno municipal, siendo así que el art. 50.10 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el [Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales](#), dispone que le corresponde a aquel “separar del servicio a los funcionarios de la entidad, ratificar el despido del personal laboral e imponer sanciones por faltas graves o muy graves a los funcionarios con habilitación de carácter nacional que no supongan la destitución del cargo ni la separación definitiva del servicio”, y que el art. 21.1 h) de la [Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local](#), dispone que el alcalde ostenta las atribuciones de “desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta ley”.

Tales incumplimientos se produjeron, o cuando menos, por decirlo con las propias palabras de la sentencia “la dación de cuentas-ratificación no queda expresamente probada”. Ahora bien, tal incumplimiento formal se salva por diferentes vías, como son la no alegación de nulidad por la parte recurrente en cuanto que se hubiera producido algún vicio procedimental, ni tampoco la impugnación, de la afirmación contenida en los fundamentos jurídicos, “pero con indudable valor de hecho probado”, de que “tanto la iniciación del expediente como su finalización, fueron realizados por el Alcalde-Presidente de la Corporación demandada como máximo representante de la misma expresando la voluntad de ésta, por lo que dichos actos se presumen legítimos a los efectos previstos en la Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores”. Para la Sala, queda así expresamente probado que el Alcalde actuó durante toda la tramitación del procedimiento de despido, incluida pues la decisión final de extinción de contratos, “representando a la Corporación y expresando la voluntad de esta”.

La tesis antiformalista de la Sala en punto a salvar el no cumplimiento de un trámite administrativo por la aceptación de una manifestación expresamente recogida en la sentencia de instancia puede ser válida, ciertamente, si ello queda debidamente acreditado, pero no es menos cierto que por esta vía habrá de examinarse en cada caso concreto, sin una respuesta automática preconfigurada, si un incumplimiento formal de la normativa administrativa aplicable en las Administraciones Locales puede salvarse con la prueba de que se actuaba “expresando la voluntad de la Corporación”. Auguro aquí algunos problemas prácticos de seguir por esta vía algunos alcaldes en sus decisiones, no siendo irrazonable a mi parecer, ni mucho menos, sugerir el cumplimiento de las normas para evitar posibles declaraciones de nulidad o no conformidad a derecho de la decisión adoptada.

Buena lectura de la sentencia.

### **23. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2014.**

1. Dedico esta entrada a un breve comentario de la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 21 de abril](#), de la que fue ponente el magistrado Miguel Ángel Luelmo, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la

[sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2012.](#) El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Despido colectivo. Servicios de contact center. Causas organizativas y productivas motivadas por la supresión del servicio de teleconcertación por haber decidido poner fin al mismo la empresa que lo había solicitado, dada la crisis del mercado publicitario a que pertenece la misma, sin que la empleadora tuviera actividad contratada con otras empresas ni perspectivas ciertas de obtenerla que permitiera la recolocación de los trabajadores del servicio en extinción. Mala fe empresarial: no se aprecia”.

2. La [sentencia de la AN](#) mereció atención detallada por mi parte, y para situar la dictada por el TS reproduzco a continuación, con alguna corrección técnica por haber observado errores de los que no fui consciente en su día, el [comentarioefectuado en este blog](#), cuando aún no era consciente, ni mucho menos, de la importancia que adquiriría la doctrina de la AN en resolución de procedimientos de despidos colectivos, suspensiones de contratos y reducciones de jornada tras la reforma laboral operada por el RDL 3/2012, primero, y por la Ley 3/2012, después.

“La sentencia, de la que fue ponente el magistrado Manuel Poves Rojas, se pronuncia sobre la demanda interpuesta por la Confederación General del Trabajo, a la que se adhirió en el acto del juicio el representante del comité de empresa del centro de trabajo de Madrid, contra la empresa Global Sales Solutions Line SL. El litigio versa sobre la extinción de 42 contratos de trabajo por causas organizativas y productivas, concretadas según la empresa, tal como aparece en el hecho probado tercero, “por la supresión con efectos 30 de Abril de 2012 del servicio de teleconcertación que GSSL venía prestando a favor de YELL PUBLICIDAD SA, derivada de la decisión de poner fin al mismo adoptada por esta última empresa debido a la situación de crisis que afecta al mercado publicitario y de consumo en general.”. El contrato citado estaba concertado con vigencia hasta el 31 de diciembre de este año. Tras la celebración del período de consultas se llegó a un acuerdo con la comisión negociadora sindical (4 representantes de UGT, 4 de CCOO, 3 de CGT y 2 de CTI), cuyo contenido se transcribe en el hecho probado octavo, fijándose la indemnización a percibir, la creación de una bolsa de empleo y los efectos de la extinción. Dicho acuerdo fue suscrito por nueve de los trece miembros de la comisión negociadora.

En los fundamentos jurídicos la Sala pasa a examinar las alegaciones de los demandantes tras recordar el contenido del art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social respecto a la fundamentación de la demanda en un proceso como el que está enjuiciando, y del art. 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores sobre la definición de qué debe entenderse por causas organizativas y productivas, para manifestar a continuación, en obiter dicta no carente en modo alguno de importancia teórica, que la prolija redacción del citado precepto de la LET “no priva al despido colectivo de su carácter de medida excepcional frente a la continuidad en el trabajo que es el principio rector en esta materia”, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la reforma y que concreta en la sentencia de 29 de noviembre de 2.010, para pasar a continuación a formularse la pregunta que debe responder en la sentencia y que versa sobre si la extinción del contrato antes reseñado constituye una justa causa para el despido de 42 trabajadores, o dicho en otros términos “si el único dato esgrimido por la empresa puede incidir negativamente en su organización y/o en su producción”. Encontramos una referencia interesante en la sentencia de la Sala a la dictada por el Tribunal Constitucional núm. 192/2003 de 27 de octubre, sobre el derecho a no ser despedido sin justa causa, y otra referencia al preámbulo de la Ley

3/2012 para “marcar” las líneas de juego del conflicto, afirmando el tribunal que dicho preámbulo “de manera contundente y tajante declara que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

Sobre las críticas jurídicas formuladas por la representación letrada de la CGT de vulneración de la normativa vigente sobre el período de consultas, con alegación de falta de documentación por la parte empresarial y de información dolosa, rechazada por la empresa que alegó la imposibilidad de recolocar a los trabajadores despedidos en otras actividades, la Sala recuerda la importancia de dicho período en el nuevo marco normativo, así como también la obligación empresarial de facilitar una información adecuada a la representación de los trabajadores, y se remite a su sentencia de 28 de mayo para poner de manifiesto que dicha información ha de permitir conocer razonablemente la existencia de la causa o causas alegadas, y que la negociación durante ese período debe ser efectiva, “garantizándose como tal aquella en que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas con las consiguientes tomas de posición de unas y otras, independientemente de que las negociaciones alcancen buen fin...”.

La Sala desestima la demanda en este punto por entender acreditado, por el contenido de las actas, que sí hubo la información necesaria y adecuada para poder abordar la negociación, y aquí me interesa destacar un dato que seguramente ha pesado mucho en la decisión final de desestimación de la demanda, cual es el hecho de que existiera un acuerdo suscrito por la dirección de la empresa y nueve representante de los trabajadores, y más concretamente con respecto al debate sobre la existencia o no, y la veracidad o no, de la información facilitada, el hecho de que en el acuerdo se pactara la creación de una bolsa de trabajo para facilitar la recolocación de los trabajadores despedidos si sus perfiles profesionales se ajustaban a los puestos de trabajo ofertados, porque, según la Sala, “dicho acuerdo suscrito, no se olvide, por el 75 % de la representación de los trabajadores acredita la admisión implícita de que sus perfiles no se ajustaban a los puestos de trabajo existentes en el momento del despido, ya que si no hubiera sido así, la bolsa de empleo pactada sería inútil”.

Otra cuestión formal alegada por la parte demandante, al amparo del art. 124 LRJS, versó sobre el incumplimiento de los plazos legales para comunicar el despido a los afectados por el ERE, debatiéndose sobre la obligación de respetar el plazo de treinta días no sólo cuando no hubiere acuerdo en el período de consultas, sino también en caso de acuerdo y finalización de dicho período antes del plazo legalmente establecido. La Sala desestima la alegación de la parte demandante por entender que la nulidad en un procedimiento colectivo como el ahora examinado sólo procede si se infringe lo dispuesto en el art. 51.2 en relación con el art. 124.9 LRJS, si bien deja la puerta abierta a que se formulen reclamaciones, en su caso, por vía individual si se entiende que no se respetó lo dispuesto en el art. 51.4 de la LET para cada trabajador afectado. Por consiguiente, será en sede de conflicto ante el Juzgado cuando deberá sustanciarse esta posible nulidad, que implicaría la readmisión del trabajador o trabajadores afectados por el despido.

La Sala desestima la existencia de causas productivas, por entender, con apoyo en doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 29 de noviembre de 2010, que la empresa había perdido una contrata importante pero había quedado debidamente acreditado que en el mismo período se habían suscrito otros contratos “que neutralizan con creces la pérdida sufrida por la empresa demandada”. La argumentación de la

sentencia toma en consideración, como es lógico, la naturaleza del negocio de la empresa demandada, “la actividad de Contact Center, que pivota sobre la campaña o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de Contact Center”, y de ahí que no pueda aceptarse como causa productiva de forma mecánica la finalización de una contrata, sino que deberá acreditarse que existe imposibilidad por parte de la empresa de recolocar a los trabajadores despedidos en otros puestos de trabajo, siendo reseñable la argumentación de la Sala, que encuentra apoyo en jurisprudencia del TS, de que la extinción de una contrata en cualquier otra actividad “supondría normalmente la concurrencia de causa productiva”, pero que en supuestos como el de la empresa afectada, “debe relacionarse... con la emergencia de nuevas contrataciones, puesto que las segundas equilibran, de una u otra manera la pérdida de las primeras”.

Descartada la existencia de causa productiva, sí acepta la Sala, por el contrario, la de causas organizativas, y vuelvo a insistir en que en la decisión de la Sala habrá tenido mucha incidencia el acuerdo alcanzado en el período de consultas y su concreto contenido, es decir el debate sobre la adecuación o no de los nuevos puestos de trabajo de los que disponía la empresa, con las nuevas contrataciones, para los trabajadores despedidos, con diferencias de categorías, jornadas y retribuciones entre ambos.

En el fundamento jurídico cuarto se detallan el grupo profesional y los niveles, dentro del grupo, de los trabajadores despedidos, así como también el de los puestos de trabajo de nueva creación. La Sala realiza un análisis muy interesante de la movilidad funcional prevista en convenio y su relación con el art. 22.3 de la LET, poniendo de manifiesto las posibilidades que a su parecer tenía la empresa en algunos casos para llevarla a cabo mientras que en otros no sería posible por los desajustes entre los conocimientos profesionales de los despedidos y los requeridos para otros puestos de trabajo, destacando igualmente, y el dato no es de menor importancia, que la mayor parte de los contratos de los trabajadores afectados por el ERE eran de carácter indefinido, a diferencia de los contratos de duración determinada requeridos para los puestos de trabajo relacionados con las nuevas contrataciones y con jornadas laborales de menor duración. La Sala acoge la tesis del acuerdo, y se apoya también en el informe emitido por la ITSS sobre la inexistencia de dolo, fraude de ley, coacción o abuso de derecho en la suscripción del acuerdo, por entender que la cualificación profesional de los trabajadores despedidos era más elevada que la requerida para los nuevos puestos de trabajo, y que para poder mantener a dichos trabajadores hubiera debido aplicar la movilidad descendente dentro del grupo profesional, siendo así que esta medida no era en modo alguno obligatoria para la empresa ya que en tal caso “debería continuar retribuyendo trabajos de nivel inferior y con jornadas inferiores con las retribuciones de procedencia”, es decir con un coste económico superior, algo que a juicio de la Sala justifica legalmente la decisión extintiva adoptada.

En fin, la Sala, y me parece muy oportuna su observación o recomendación, llama la atención a las partes sobre el hecho de que hubieran podido utilizarse medidas de flexibilidad interna, y no externa, previstas en la LET tras la reforma laboral, como reducciones de jornada y reducciones salariales, al amparo de lo previsto en los arts. 39, 41, 47 y 82 de la LET, pero es obvio que se queda ahí, en dicha manifestación, ya que en el caso enjuiciado no se reclamaron esas medidas ni tampoco se debatieron en el acto del juicio, con una nueva referencia de la Sala al acuerdo en el período de consultas para fundamentar su tesis, ya que los negociadores del acuerdo “no contemplaron, siquiera, esa posibilidad”.

En conclusión, un conflicto que hubiera podido resolverse sin necesidad de extinciones contractuales, pero no se le puede pedir a un tribunal que sustituya la voluntad de las partes libremente manifestada durante la tramitación del período de consultas. Que la empresa y los representantes de los trabajadores hayan acertado o no en la decisión es algo que compete al ámbito de la negociación, siempre y cuando, como ha quedado probado en el litigio examinado, se haya desarrollado conforme y de acuerdo a la normativa vigente”.

3. La [sentencia del TS](#) da respuesta, negativa, al recurso de casación interpuesto por la CGT al amparo de los apartados d) y e) del art. 207 de la LRJS, es decir, por error en la apreciación de la prueba y por infracción de la normativa aplicable. La Sala se pronuncia en los mismos términos que el preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal. Por otra parte, me interesa destacar, al ser la primera vez que lo encuentro en los recursos de casación interpuestos hasta la fecha (sin duda, es posible que haya alguno más, pero no tengo conocimiento de ello o no he sabido encontrarlo), que una representación sindical que participó en la suscripción del acuerdo que dio lugar a la extinción de los contratos de trabajo, procedió a la impugnación de aquel, en concreto la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CCOO.

En cuanto a la revisión de hechos probados la recurrente pretende la adición de uno nuevo con el que quedaría demostrada, a su parecer, la mala fe empresarial al engañar a la representación laboral respecto al número de contrataciones a realizar una vez que se procediera a las extinciones y con la finalidad de posibilitar nuevas contrataciones en un período posterior y siempre que las nuevas circunstancias organizativas y productivas lo permitieran, llegando a sostener que la decisión de la parte laboral de suscribir el acuerdo fue consecuencia del engaño de la empresa y que “quizás no hubieran hecho de tener la información completa”. La parte demandada se opone a la alegación con el razonamiento de que la información sobre dichas nuevas contrataciones no se dio sólo en una reunión sino en tres, y que tanto en la segunda como en la tercera se concretó con mayor detalle el número de contratos en términos que nunca pudieron llevar a engaño a la parte trabajadora. En parecidos términos se pronuncia el informe del Ministerio Fiscal, y es del mismo parecer COMFIA CCOO en su escrito de impugnación del recurso, en el que sostiene, y cito textualmente un párrafo del fundamento de derecho primero, que “la pretensión de revisión de la prueba documental es improcedente porque no resulta o se deduce de manera clara, patente y directa de la prueba documental que se menciona, de manera que no se ha producido en modo alguno error en la apreciación de la prueba, y que la valoración realizada por la sentencia recurrida "se encuentra adornada de las notas de racionalidad e imparcialidad", compartiendo también el criterio de la Sala "cuando en el fundamento de derecho segundo descarta que la empresa utilizara palabras o maquinaciones insidiosas como exige el art 1269 CC que indujeran a los representantes de los trabajadores a firmar el acuerdo".

El TS repasa el contenido de la sentencia recurrida respecto a los hechos expuestos y la fundamentación jurídica que acompaña a los mismos, y me remito aquí al comentario anteriormente efectuado de la sentencia de instancia, considerando plenamente conforme a derecho la misma por haber “valorado específicamente la cuestión que se trata de introducir con este nuevo hecho”, con rechazo de la tesis de la recurrente por diversos motivos: por su inconcreción, por no poderse arrogarse qué pensaron o dejaron de pensar todos los representantes de la parte social, ya que estos no sólo no han impugnado el acuerdo sino que incluso una parte ha procedido a su impugnación, y



porque la redacción propuesta del nuevo hecho incorpora un elemento de “intencionalidad” que llevaría a “un juicio de valor predeterminante del fallo”, por lo que no podría figurar en los hechos.

El segundo motivo del recurso versa sobre la infracción del art. 51 de la LET (no se cita el apartado 1 pero tanto las sentencias como el recurso se refieren directamente al mismo), por entender la recurrente que la decisión empresarial de proceder a la extinción por causas organizativas, dado que los puestos de trabajo de nueva creación eran de categorías inferiores a las extinguidas, “no es tal, puesto que no supone cambio alguno en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”. Coinciden la parte demandada, el Ministerio Fiscal y COMFIA CCOO en su oposición al recurso, siendo de especial interés a mi parecer la alegación sindical, que recoge sustancialmente lo acordado durante el período de consultas, de que ““ha quedado acreditado que la empresa demandada tenía un excedente de mano de obra más cualificada que la exigida para los puestos de teleoperadores, cuyas jornadas son generalmente inferiores a las desempeñadas por los despedidos, lo que obligaría a una movilidad descendente dentro del Gupo D que supondría un alto coste para la empresa, que debe seguir retribuyendo trabajos de nivel inferior y con jornadas inferiores, con las retribuciones de procedencia, por lo que quedan justificadas las extinciones producidas” (Fundamento Jurídico Segundo).

El TS desestima el motivo alegado y se basa esencialmente en el hecho de que una amplia mayoría de la parte social suscribió el acuerdo “y no se ha considerado víctima de una actuación torticera de la empresa, por más que así lo trate de ver la parte recurrente..”. Al no haber quedado probada la mala fe empresarial, y por tanto no existir una conducta dolosa que hubiera podido provocar la nulidad de la decisión empresarial, la presunción de buena fe debe operar a la hora de valorar el texto suscrito, y no se encuentran argumentos por la Sala para manifestarse en contrario. En fin, como aportación aparentemente de menor importancia pero que no me lo parece tanto en cuanto que se recuerda que la redacción del art. 51 es muy abierta y no excluyente de otras posibilidades, la Sala afirma que el artículo citado no sólo incluye entre las causas organizativas cuando se produzcan cambios “en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”, porque inmediatamente antes ha dicho que tales cambios pueden producirse “entre otros”, entendiendo la Sala que “se expresan a mero título de ejemplo, dejando abierta la posibilidad a otro tipo de cambios”.

Buena lectura de la sentencia.

## **SEGUNDA PARTE. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO SOCIAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL.**

### **1. Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2.012.**

La sentencia dictada por la [Sala de lo Social de la AN el 27 de julio, con número de recurso 127/2012](#), versa sobre la existencia o no de un ERE, defendiendo la parte demandante que así es ya que la empresa (con más de 1.300 trabajadores en plantilla en centros de trabajo) despidió a más de 30 trabajadores, por vía disciplinaria u objetiva, en un período de 90 días anteriores a la fecha del último despido referenciado en la demanda, mientras que la parte demandada alegó como excepción procesal la inadecuación de procedimiento y argumentó que al tratarse de despidos disciplinarios y

objetivos no quedaban subsumidos en el concepto de despido colectivo del artículo 51.1 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#).

Para resolver el conflicto la Sala acude a la normativa vigente, art. 51 LET, y en concreto al siguiente párrafo del apartado 1: “Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco”. Con apoyo en la literalidad del propio texto y de la doctrina del otros TSJ, la AN afirma que “parece evidente que los despidos por causas objetivas no son imputables a los trabajadores, siendo criterio reiterado y pacífico en la doctrina judicial que no lo son tampoco los despidos disciplinarios cuya improcedencia se reconoce directamente por la empresa o en conciliación judicial o extrajudicial”. Cabe señalar aquí que en los hechos probados de la sentencia se recoge que hubo, en el período de 90 días, 29 despidos objetivos y 5 despidos disciplinarios, habiendo reconocido la empresa la improcedencia de estos últimos. El hecho de que buena parte de los despedidos no impugnaran ante el Juzgado la decisión empresarial no altera en modo alguno el razonamiento judicial anterior, poniendo la sentencia de manifiesto el distinto iter procesal de los despidos individuales y colectivos, y destacando que la acción para impugnar el despido colectivo “corresponde únicamente a los representantes legales o sindicales y sólo podía activarse en el momento en el que se superaron los umbrales legales para la concurrencia de despido colectivo”.

Este mismo razonamiento es el que sirve a la Sala (que creo que realiza una interpretación muy ajustada a derecho del artículo 51.1 de la LET y del artículo 124.1 de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social](#)) para desestimar la alegación empresarial de excepción de cosa juzgada al amparo del artículo 222 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) respecto a los trabajadores que habían conciliado sus despidos en sede judicial o extrajudicial y rechazar que existieran las identidades exigidas por ese precepto, ya que el despido colectivo “no puede accionarse por los trabajadores afectados individualmente sino por sus representantes legales o sindicales... y la finalidad de la impugnación del despido colectivo es obtener una sentencia puramente declarativa con respecto al despido colectivo”.

## **2. Sentencia de la AN de 26 de julio de 2.012.**

La [sentencia de la Sala de lo Social de la AN es de 26 de julio y número recurso 124/2012](#), resulta de especial interés por la doctrina sentada por el tribunal en un conflicto en el que intervienen empresas afectadas por concurso junto con otras que no lo son. Además, la importancia del período de consultas y la correcta delimitación de aquello que es un grupo de empresas a efectos laborales son también materias abordadas, destacando en el litigio el conflicto suscitado sobre las presuntas actuaciones fraudulentas de las empresas y las presiones a los negociadores de la parte trabajadora, presunciones que acaban convirtiéndose en realidad tras el examen de los hechos probados.

A) Detengámonos en aquellos contenidos de los hechos probados de mayor interés. En primer lugar, la presentación de ERE el mismo día por tres empresas de un grupo; en segundo término la celebración del período de consultas de forma conjunta con las tres

empresas pero levantándose actas diferenciadas de las reuniones para cada una de ellas; en tercer lugar, la falta de información legalmente exigida a la empresa por el art. 51 de la LET y el [RD 801/2011](#), corregida parcialmente ante la advertencia realizada por la autoridad laboral sobre la falta de fijación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, respondiendo por parte empresarial que el criterio era “su adscripción a los centros de trabajo que se pretendía cerrar”; en cuarto lugar, la solicitud de concurso presentada por otras empresas del grupo y la declaración del juzgado mercantil de concurso de acreedores cinco días después de la presentación de la demanda laboral en la que se solicitaba la nulidad de los ERES; en quinto lugar, que los trabajadores afectados por el ERE no habían percibido los salarios de los tres meses anteriores a la presentación de la demanda, mientras que sí los habían percibido los restantes trabajadores; en sexto lugar, la inclusión (la empresa afirmó que se había tratado de un error) de representantes de los trabajadores en la lista de trabajadores con contrato a extinguir, aunque dicha afectación desapareció durante el período de consultas; en séptimo lugar, la mera remisión por parte de las empresas codemandadas al pago de la indemnización legalmente fijada y a cargo del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA); en fin, en último lugar a los efectos de mi explicación, la inclusión entre los trabajadores despedidos (en sentido contrario a lo afirmado por las empresas a la autoridad laboral) de quienes no trabajaban en centros que se pretendían cerrar “trasladándose los trabajadores de los mismos a los centros de los que procedían los trabajadores incluidos efectivamente”.

Destaco que varios de los hechos probados se tienen como tales por la Sala a partir del informe de la Inspección de Trabajo, informe que como ya he expuesto en otras entradas está adquiriendo una importancia mucho mayor de la que inicialmente pudo pensarse por el legislador y que está obligando a las empresas, dicho sea incidentalmente, a preparar cada vez mejor bien la documentación que debe entregarse a la representación del personal y que después deberá poner a disposición de la Inspección de Trabajo, y también de la autoridad judicial si hubiera demanda contra el ERE.

B) A efectos tanto doctrinales como de futuras resoluciones judiciales es de especial interés el fundamento jurídico segundo, ya que la parte demandada alegó incompetencia de jurisdicción por razón de la materia al haber empresas concursadas, mientras que la parte demandante alegó que se trataba de un grupo de empresas a efectos laborales y que por ello era competente el orden jurisdiccional social, con apoyo en el [Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de de 6 de juliode 2011](#), del que fue ponente Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Para la Sala, se trata de resolver “si la [Ley concursal](#) encomienda de modo exclusivo y excluyente al juez del concurso el conocimiento exclusivo y excluyente de los despidos colectivos consumados, como sucede aquí, con anterioridad a la declaración del concurso”. Ya adelanto que la respuesta es favorable a la tesis de la parte demandante, y que la Sala añade la mención de otro [Auto de la Sala de Conflictosdel TS, de 28 de septiembre de 2011](#), y mismo ponente, en la que se sustenta que “La aplicación de las reglas expuestas al caso de autos, en el que la demanda de extinción del contrato de trabajo y acumulada de cantidad se ha interpuesto antes de la declaración del concurso de la empleadora concursada, y que, por otra parte, se ha dirigido de forma acumulada contra la empleadora concursada y contra otra sociedad no declarada en concurso, por configurar junto con la primera un grupo empresarial, sin que en ello se haya apreciado por el Juzgador evidente fraude de Ley o

procesal, es determinante de la atribución al Juzgado de lo Social número ... de .... de la competencia para conocer de la demanda interpuesta por ...”.

Del primer Auto del TS, y por el especial interés que tiene para la resolución del conflicto ahora analizado, destaco aquellos razonamientos que me parecen más relevantes:

“...Como regla, el Juez Mercantil carece de competencia para conocer tanto de las demandas contra despidos individuales efectuados por el empleador, como de las demandas de resolución de los contratos de trabajo individuales a iniciativa de los trabajadores, con independencia de que se interpongan antes o después de que el empleador sea declarado en concurso.

“... Del análisis de la norma y de la jurisprudencia de esta Sala de Conflictos deriva que, a tenor del artículo 64.10 de la LC, el Juez Mercantil excepcionalmente es competente para conocer las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo que, a los efectos de su tramitación, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo siempre que reúnan los siguientes requisitos acumulativos:

1) Haberse interpuesto con posterioridad a la declaración de concurso, siendo irrelevante la fecha de admisión a trámite del mismo (en este sentido, auto 12/2010, de 24 de junio, dictado en el conflicto de competencia 29/2009).

2) Dirigirse contra el concursado, ya que de dirigirse contra un "grupo empresarial" generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda " sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el (objeto) contemplado en el artículo 64.10 de la [Ley Concursal](#) "....

“... La aplicación de las reglas expuestas al caso de autos, en el que la demanda se ha dirigido de forma acumulada contra la empleadora concursada y contra otra sociedad no declarada en concurso, por configurar junto con la primera un grupo empresarial, y contra dos personas físicas vinculadas a dichas sociedades, sin que se haya apreciado por el Juzgador evidente fraude de Ley o procesal, es determinante de la atribución de la competencia para conocer de la demanda acumulada de extinción del contrato de trabajo y de reclamación de ... interpuesta por don ... al Juzgado de lo Social número .... de ....”.

C) La Sala procede al análisis de la normativa concursal, en concreto de los artículos 8.2. y 64.1 de la Ley 22/2003, destacando por mi parte ahora que en el segundo precepto citado se indica que “si a la fecha de declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso”. La Sala, tras un atento examen de la normativa mercantil concluye que el requisito constitutivo para activar la competencia del juez del concurso en las extinciones colectivas “es que la empresa haya sido declarada en situación de concurso”, y en el caso enjuiciado los despidos colectivos se consumaron antes de la presentación del concurso, por lo que descarta que la impugnación de los despidos colectivos anteriores “corresponda exclusiva y excluyentemente al juez del concurso”. De paso, la Sala “aprovecha” la reforma laboral para reforzar sus competencias, y

limitar la intervención del juez del concurso para autorizar o denegar los despidos colectivos, señalando que el artículo 64.1 de la Ley concursal se refiere a EREs presentados ante la autoridad laboral que se encuentren pendientes de resolución por la misma en la fecha de declaración del concurso, “lo que no sucede aquí, puesto que la nueva versión del art. 51 ET, dada por el RDL 3/2012, liquidó la autorización administrativa para los despidos colectivos, que se deciden libremente por el empresario, de manera que el juez del concurso ya no tiene nada que autorizar”.

D) Por otra parte, la Sala se detiene en la consideración de “juicio declarativo” que tiene la impugnación de un despido colectivo al amparo del art. 124.9 de la LRJS, para confirmar su competencia para conocer del litigio y no por el juez del concurso, acudiendo al art.51.1 de la Ley Concursal y a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el [Auto de la Sala de Conflictos del TS de 24 de junio de 2010](#). Dicho precepto dispone que “los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia”. Por último, la Sala aborda el estudio de la norma mercantil y razona que el juez del concurso puede autorizar o no la medida extintiva colectiva, pero la declaración de nulidad del ERE, justamente por no haberse obtenido esta, se declarará por los tribunales laborales competentes y no por el juez del concurso, “puesto que la nulidad del despido colectivo sólo puede declararse mediante sentencia y el juez del concurso resuelve mediante auto, a tenor de lo dispuesto en el art. 64.7 LC”.

E) En los restantes fundamentos de derecho se abordan las restantes alegaciones de la parte demandante. Destaco el cuidado y riguroso análisis que hace la Sala, una vez más, de los conceptos de grupo de empresa a efectos mercantil y laboral, y de sus diferencias (la parte demandada aceptó que era un grupo de empresas mercantil pero no laboral), y tras el estudio del caso, y reiterando doctrina de anteriores sentencias de la Sala y también de la del TSJ de Cataluña, concluye que sí se dan los requisitos pedidos por la jurisprudencia del TS para afirmar la existencia de un grupo de empresas laboral ya que el grupo actúa en régimen de caja única, desarrolla la totalidad de la actividad administrativa de todas las empresas, “incluyendo el abono de los salarios de los trabajadores”, y prestan servicios de forma indistinta para las empresas los trabajadores del grupo; en fin, y ya lo he explicado antes y ahora lo destaca la Sala, “es revelador que en las negociaciones del período de consultas se negociara conjuntamente por todas las empresas, acreditando, de este modo, la unidad empresarial, aunque se intentara generar más confusión, si cabe, mediante la formalización de actas diferenciadas, que no acreditan la realidad de lo sucedido”.

Con relación al cumplimiento de los requisitos legalmente fijados sobre la documentación a entregar a la representación de la parte trabajadora para que el período de consultas pueda desarrollarse de forma eficaz (el “efecto útil”, en terminología del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), al no haberse aportado las cuentas del grupo no se respetó lo dispuesto en el art. 51.2 de LET. Igualmente, la empresa incumple la buena fe contractual al incluir en el expediente, inicialmente, a los representantes de los trabajadores, y a los trabajadores a quienes no había abonado sus salarios en los tres meses anteriores, constituyendo una medida de presión que vicia para la Sala, con buen criterio a mi parecer, todo el período de consultas y el correcto y ordenado desarrollo del mismo, “ya que el impago selectivo de salarios constituye un trato peyorativo, que no podía tener más finalidad que forzar la conformidad de los representantes de los

trabajadores, presionados por el impago de salarios a sus compañeros”. La parte demandada, además, no probó que ese impago se debiera a un error.

La no fijación inicial de los criterios de selección de los trabajadores afectados también vulneró la normativa estatal y la [Directiva europea de 1998](#), así como la interpretación que de dicha Directiva ha efectuado la jurisprudencia del TJUE respecto a la importancia del período de consultas para intentar llegar a un acuerdo entre las partes. La subsanación extemporánea por la parte empresarial no resuelve el conflicto, y menos cuando no se aplica en la práctica, “quebrándose nuevamente los principios de la buena fe, puesto que se propuso un sistema de selección y se aplicó arbitrariamente otro”.

### **3. Sentencia de la AN de 28 de septiembre de 2.012.**

La [Sentencia nº 0106/2012](#) se dicta el 28 de septiembre por la AN, y versa sobre la demanda interpuesta por el Comité Intercentros de un grupo empresarial, la Federación de Industrias Afines de UGT y la Federación de Industria de CC OO. En el antecedente de hecho cuarto se recogen los puntos que fueron objeto de litigio. Destaco los que, obviamente a mi subjetivo parecer, son las más relevantes para la fundamentación jurídica que posteriormente realizará la Sala.

A) Los recurrentes habían solicitado la nulidad, o subsidiariamente la improcedencia de los despidos colectivos efectuados por el grupo demandado. Alegaron fraude de ley por parte empresarial, por haberse presentado el ERE en el ámbito estatal después de su rechazo en una Comunidad Autónoma, la canaria, de un ERE que afectaba sólo a trabajadores de dicho territorio; argumentaron vulneración de la normativa sobre derecho de información en el trámite procedimental de consultas, en cuanto que “no se les había proporcionado información durante el período de consultas sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados”, y que no se había informado debidamente por la empresa a los trabajadores de los centros de trabajo afectados por el ERE en los que no había representantes, que su representación podía estar a cargo de una comisión designada por los propios trabajadores o por representantes sindicales (en el hecho probado segundo la Sala manifiesta, con relación a la actuación de la parte demandada, que “ni en la nota informativa ni en las instrucciones del procedimiento electoral, ni en el modelo del acta para la asamblea, consta mención alguna a la posibilidad de designar una comisión ad hoc de composición sindical”).

B) El núcleo más destacado del debate jurídico, y al que la sentencia dedica mayor atención, versa sobre la posibilidad de que un grupo de empresas pueda instar un despido colectivo, defendiendo los sindicatos recurrentes (básicamente la UGT, ya que según consta en los antecedentes de hecho CC OO se adhirió a la demanda y a sus peticiones) que tal hipótesis no está contemplada ni en la [Directiva 98/59/CE](#) ni en el art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), así como también que en la presentación del ERE “no se había sugerido en ningún momento que estuviéramos ante un grupo a efectos laborales”. También se recoge la argumentación ugetista, sin duda planteada desde la perspectiva de defensa del derecho de libertad sindical para la mejor protección del conjunto de los trabajadores, según la cual “la heterogeneidad de las empresas hace imposible la negociación colectiva a nivel global, salvo que se canalice por los sindicatos”.

Por la parte demandada, se destacó el cumplimiento de todos los requisitos procedimentales requeridos por la normativa vigente, la prueba de la concurrencia de las

causas económicas y productivas que justificaban a su parecer la presentación del ERE (pérdidas económicas y caída de la cifra de negocios durante los últimos cuatro años); igualmente, el carácter no fraudulento de la decisión adoptada, debido a la agravación de la crisis y al respeto de lo pactado en sede autonómico en un ERE anterior de no despedir durante un período de dos años. En fin, y esta es la parte más relevante, la parte demandada defendió “que su naturaleza no es mercantil, sino laboral, por presentar unidad de dirección, caja común y confusión de plantillas, y en tal sentido está legitimado para promover un despido colectivo como grupo”.

Los hechos probados quinto y séptimo dan debida cuenta del inicio, desarrollo y finalización del período de consultas, con la presencia de los representantes de los trabajadores (unitarios y sindicales), la constitución de la mesa de negociación para “todas las empresas y centros afectadas por el despido”, y el acuerdo sobre la toma de decisiones por voto ponderado en la parte social, en atención a cómo se había compuesto la misma y el número de representantes. La finalización del período de consultas se produce tras nueve reuniones en las que, siempre según los hechos probados, “se sucedieron ofertas y contraofertas, contemplándose hipótesis de flexibilidad interna sobre las que no hubo acuerdo”, y finalmente el desacuerdo entre las partes, haciendo constar la parte trabajadora que este radicaba en la “carencia absoluta de racionalidad meditada con la exposición de criterios de extinción diferenciados para según qué empresa afectada. Disconformidad plenamente por cómo se ha presentado un ERE de Grupo con estas empresas”. Es también importante destacar el hecho probado octavo, por su afectación a cómo la Sala abordará el análisis jurídico de la viabilidad del grupo empresarial laboral como sujeto que puede presentar un ERE, en cuanto que queda acreditado que la sociedad matriz del grupo tiene cuentas y fiscalidad consolidadas, unidad de dirección, confusión patrimonial y caja común, y se produce “confusión de plantillas, en la medida en que ha habido prestaciones sucesivas de trabajo entre diferentes sociedades del grupo y acuerdo de intercambio de plantillas entre algunas de ellas”.

Los fundamentos de derecho de la sentencia analizada (14 páginas) ponen de manifiesto el cuidado estudio que ha llevado a cabo la Sala antes de dictar su [resolución](#). Nuevamente, y desde mi personal visión de la sentencia, destacó todo aquello que me parece más destacado de los mismos.

A) El valor concedido al Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por su presunción legal de certeza iuris tantum, no destruida mediante prueba en contrario, además de poder ser corroborado por otros medios probatorios. A juicio de la Sala el Informe no ha sido desvirtuado jurídicamente, por lo que hay que aplicar esa presunción, que la Sala avala con la cita de numerosas sentencias del TS, que “no sólo alcanza a los hechos directa y personalmente percibidos o apreciados por el inspector actuante en el curso de las actuaciones comprobatorias, sino que también se extiende, entre otros, a los hechos comprobados a través de testimonios o declaraciones, ya sean de trabajadores o de sus representantes legales, del empresario o de sus representantes o terceros”.

B) La Sala dedica seis fundamentos de derechos (en realidad es un “macrofundamento” que se ha dividido en seis partes, supongo que para que pueda seguirse mejor la argumentación jurídica) a la cuestión de la titularidad jurídica del grupo de empresas para presentar un ERE, cuestión a la que concede tanta importancia porque “ha de resolver un conflicto que el legislador no ha contemplado”, habiendo tesis contrarias entre las dos partes del litigio, y aún cuando los grupos de empresas “son una realidad

cada vez más generalizada”... y de que “el propio legislador les ha ido dando entrada en las normas laborales en coherencia con dicha generalización”.

La Sala le dedica especial atención a este punto ya que, en efecto, no hay una mención expresa a los grupos de empresas como titulares de un ERE ni en la normativa legal y reglamentaria española vigente (art. 51 LET y RD 801/2011) ni en la directiva de la UE sobre despidos colectivos, y también porque sólo dos meses antes, en [sentencia de 25 de julio](#), la Sala había mantenido una interpretación literal de la normativa para defender la imposibilidad de presentar ERES por centros de trabajo cuando el ERE debe presentarse por empresa. Y es aquí donde la Sala razona el cambio de criterio desde una perspectiva garantista y en modo alguno limitadora de los derechos de los trabajadores y sus representantes, razonando después de forma muy detallada como la negociación con el grupo de empresa puede constituir una mayor garantía de defensa de tales derechos; es decir, el silencio del legislador no es un argumento suficiente para la Sala para negar el acceso de un grupo de empresas al ERE, y mucho más, con referencia al caso concreto enjuiciado, “habiéndose probado que la amplia dimensión de la comisión negociadora no impidió, obstaculizó o mermó la negociación colectiva”.

Con rigurosidad intelectual y académica la Sala (y estoy seguro de que la magistrada ponente le ha dedicado mucho tiempo a preparar la primera redacción de estos seis fundamentos) estudia y analiza la existencia, acreditada en juicio, de un grupo de empresa a efectos laborales (con cita del TS, “realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas que integran el grupo”), y con apoyo de la doctrina elaborada por los Tribunales Superiores de Justicia que han debido conocer de ERES tras la reforma, concluye que en los despidos colectivos “resulta determinante ...la identificación del empresario real, y tratándose de un grupo de los denominados patológicos, sin duda se identifica con este último”, por lo que esta noción de empresario se acerca sensiblemente “a la que se maneja tanto en la Directiva como en el Estatuto de los trabajadores y en el Reglamento de los despidos colectivos”, apoyándose nuevamente en doctrina del TSJ para defender que estamos ante un empresario en los términos del art.1.2 de la LET, “y como tal, está claro que puede instar un despido colectivo”.

La Sala también apoya su argumentación en la necesidad de valorar la situación económica de todo el grupo para determinar la existencia o no de una situación económica negativa, valoración así efectuada por el TS y seguida por los TSJ, ya que en una situación de unidad empresarial habrá que estar a la situación de todo el grupo “...ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por las empresas que configuran la situación de unidad empresarial”.

Igualmente, la Sala acude a la doctrina del orden contencioso-administrativo, que ha conocido de los ERES hasta la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, para fortalecer su tesis de la viabilidad jurídica de la extinción tramitada globalmente para todo un grupo empresarial, con cita, por ejemplo, de la STS de 4 de octubre de 2007, en la que se argumenta que cuando se trate de una decisión que afecta a todo el conjunto empresarial, es decir “si se opta por una tramitación conjunta con intervenciones plurales, el cauce adecuado implica una acumulación de las pretensiones porque se trata de medidas afectantes a diversas colectividades de trabajadores”.

En fin, no menos importante, y creo que la Sala hubiera podido detenerse algo más en este punto para justificar su tesis, se recuerda que el grupo de empresas sí es sujeto titular de la negociación colectiva de acuerdo a lo dispuesto en el art. 87 de la LET



(“Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 de este artículo para la negociación de los convenios sectoriales”).

La Sala es consciente, sin duda, de los problemas que también puede plantear una negociación a escala de grupo si no se desarrolla de forma que se garanticen plenamente los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y de ahí que afirma que para que ello sea verdad la negociación ha de ser “real y efectiva, como ha quedado acreditado en el caso que nos ocupa”, por lo que deja una puerta entreabierta a que casos en los que se plantee un ERE en término grupal puedan ser impugnados si se han tramitado de dicha manera para disminuir la protección laboral. Pero, más allá de esta hipótesis de futuro, la Sala defiende con firmeza el carácter más garantista de la consulta – negociación a escala de grupo, ya que en tal negociación “se produce un claro incremento de la información de que se dispone en el período de consultas, ya que se examinan las cuentas de cada una de las sociedades en todo caso y no sólo los requisitos que a tal efecto exige el art. 6.4 RD 801/2011 – empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector, con saldos deudores o acreedores entre ellos –“.

Concluyo este análisis del “macrofundamento” destacando que a mi parecer la aceptación del grupo de empresas a efectos de presentación de un ERE se defiende por la Sala como vía para garantizar mayor protección de los trabajadores, y no por interés o estrategia empresarial.

C) Los fundamentos décimo a decimoquinto abordan las restantes cuestiones objeto del litigio. En el décimo se plantea la hipotética actuación contraria a derecho de la parte empresarial al no informar a algunos trabajadores de la posibilidad de elegir representantes propios o sindicales. La Sala realiza una interpretación no literal sino finalista del artículo 51.2 de la LET y de cómo deben ser interpretados los derechos de información y consulta en el trámite de consulta de un ERE, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de su propia doctrina sentada en la [importante sentencia de 25 de julio](#), .

A partir de todo este análisis, y tomando en consideración los hechos probados, la Sala concluye que hubo una efectiva negociación entre las partes y que se defendieron los intereses de los trabajadores, como lo prueba incluso el que no hubiera acuerdo en la negociación. Que quede claro, lo dice la sentencia (y también lo digo yo): la conducta de la empresa de no informar debidamente fue “reprochable”, pero, argumenta la Sala con prudencia ya que sólo puede referirse al caso concreto enjuiciado, “no tuvo, en este caso concreto, la suficiente entidad para desvirtuar el objetivo del período de consultas, por lo que no es posible fundamentar en ella la nulidad de la decisión extintiva”. Tampoco queda acreditado a juicio de la Sala (FJ undécimo) que no se constituyera debidamente la comisión negociadora y que no se facilitará información sobre los criterios de afectación del ERE, por lo que entiende válida (por su presunción iuris tantum de veracidad) la tesis del Informe de la ITSS de no haberse detectado “objeción alguna ni en los extremos de la comunicación ni en el período de consultas”.

D) Sobre el carácter presuntamente fraudulento del despido, por haberse presentado un ERE a escala nacional cuando poco antes se había rechazado un ERE en la Comunidad Autónoma de Canarias donde prestan sus servicios la mayor parte de los trabajadores de las empresas del grupo, alegándose que no había nuevas causas que justificaran su

presentación, la Sala (FJ duodécimo) procede en primer lugar a realizar un amplio estudio de la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de fraude de ley al que se refiere el art. 6.4 del Código Civil, es decir “actos realizados al amparo de texto de una norma que persiga el resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él”.

La Sala acoge la teoría mayoritaria de la Sala de lo Social del TS sobre “la intención maliciosa de violar la norma”, es decir “la utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial”. Por consiguiente, la Sala estudia si el ERE estatal, presentado al amparo de la nueva reforma laboral, es fraudulento por presentarse tras la desestimación del ERE autonómico, presentado antes de la aprobación de la reforma laboral y que no fue autorizado por la autoridad administrativa laboral.

La Sala no observa fraude alguno, ya que la regulación era distinta en uno y otro ERE, y lo único que hizo la empresa fue no recurrir contra la decisión administrativa (dicho obiter dicta, y no está de más recordarlo, se afirma que “distinto sería si (quien presenta el ERE) hubiera desistido de la solicitud a efectos de encauzar el despido conforme a la nueva regulación). En cuanto al importante número de trabajadores afectados que prestan sus servicios en las Islas Canarias, la Sala concluye que no puede predicarse actuación fraudulenta, a partir de los hechos declarados probados, ya que la mayor parte de los trabajadores del grupo prestan servicios en ese territorio, y además, y aquí hay un argumento muy interesante para defender en otros supuestos la nulidad de un ERE si se rompe el pacto, y así ya se ha reconocido en alguna sentencia, se recuerda que “durante dos años no fue posible hacer ajustes de personal, en virtud de un pacto de mantenimiento del empleo”.

E) Sobre la situación económica y productiva, el FJ decimotercero considera debidamente acreditada la argumentación de la empresa, ya que la parte recurrente no la ha desvirtuado según el Informe del ITSS, que detalla de forma minuciosa, y recuerdo que con presunción iuris tantum, todos los problemas aducidos por el grupo empresarial. No obstante, encuentro a falta mayor argumentación (bueno, más bien argumentación, porque no hay) sobre la poca importancia dada por la Sala al abono de horas extraordinarias en 2011 (¿había carga de trabajo que las justificara? ¿Cuál era su montante económico?) y a la contratación de los servicios de un bufete de abogados (¿cuál era su coste en relación con el ahorro económico que implica la reducción de plantilla de la empresa?). En cualquier caso, vuelvo a destacar, como he hecho en anteriores comentarios de sentencias sobre ERES, la importancia que está adquiriendo el Informe de la ITSS a efectos de la resolución del conflicto por el tribunal encargado de conocerlo.

F) Sobre la hipótesis de discriminación en el ERE por verse afectados un número importante de afiliados a la Intersindical Canaria, la Sala (FJ decimocuarto) no considera que exista discriminación sindical según “los datos objetivos expuestos”, y argumenta que siendo la práctica totalidad de los trabajadores afiliados a dicha organización en el territorio canario, donde se han producido la mayor parte de los despidos, “es matemáticamente inevitable que también un número importante de estos afiliados se vean afectados por el despido”.

Pues bien, me quedo, y acepto, la referencia a los datos objetivos, es decir los hechos probados en el conflicto que a juicio de la Sala constatan la no discriminación, pero creo que hubiera sido necesaria una mayor argumentación jurídico constitucional sobre la

inexistencia de esa discriminación, y recuerdo ahora las dos sentencias dictadas por el TSJ del País Vasco, de 4 de septiembre y de [9 de octubre](#) en donde, hasta donde mi conocimiento alcanza, se realiza un amplio análisis de la hipótesis de discriminación sindical y se concluye que en efecto así ha ocurrido, siendo muy importante destacar que también en las empresas afectadas por los ERES había una presencia mayoritaria de afiliados a un sindicato, y son justamente los más afectados por los despidos. No creo que el argumento de “ser la mayoría” de los trabajadores de la empresa pueda utilizarse como argumento de referencia para negar la hipótesis de discriminación (no lo hace de esta manera la sentencia de la AN, pero su argumentación puede dar pie a tesis que sí defiendan una actuación en dicho sentido).

G) Por último, y quizás ya con inevitable cansancio por parte de la Sala en atención a la complejidad del asunto, el FJ decimoquinto aborda la tesis de la parte demandante sobre la no validez jurídica del ERE porque cuestionaría la viabilidad futura del grupo por la reducción del número de trabajadores operada justamente por aquel.

Aquí está la parte de la sentencia que, lógicamente, ha merecido más la atención de la prensa antes mencionada y que sin duda puede ser uno de los puntos objeto del recurso de casación ante el TS que, supongo, interpondrán las organizaciones sindicales: la negativa a entrar en la gestión de la empresa de cara al futuro, o dicho con las propias palabras de la sentencia “el legislador ha determinado exactamente qué aspectos del despido pueden ser controlados mediante este procedimiento, y desde luego no lo es la mayor o menor habilidad que la entidad empresarial demuestre en la gestión de su negocio”. La Sala acude a la propia exposición del motivos del entonces vigente [RDL 3/2012](#), inalterada en este punto en la [Ley 3/2012](#) para argumentar que el juicio de oportunidad respecto a la gestión de la empresa (de futuro) es algo que “el legislador expresamente desea erradicar de la labora de supervisión judicial”.

Por consiguiente, la Sala sólo se pronuncia (y no es poco ciertamente) sobre si la actuación de la parte demandada encuentra fundamento jurídico en la regulación de los ERES actualmente vigente, y así concluye que sí lo es. Pero, se me ocurre una reflexión que, quíerose o no, estoy seguro que puede surgir en cualquier conflicto laboral: la decisión “actual” sobre intereses de la empresa, plasmados por ejemplo en la reducción de plantilla por un ERE, además de dar respuesta, mejor o peor, a una situación actual ¿no condiciona su vida de futuro y por consiguiente la posibilidad de que siga habiendo reducción de plantillas, o modificaciones organizativas de importancia, como consecuencia de las decisiones en principio “sólo actuales” que se han adoptado y que pueden haber sido aceptadas por los tribunales”.

#### **4. Sentencia de la AN de 14 de septiembre de 2.012.**

La [sentencia de 14 de septiembre de la AN](#), se pronuncia sobre la demanda interpuesta por varios sindicatos y los comités de empresa de los centros de trabajo afectados por el ERE contra la empresa Global Sales Solutions Line SL, de la que fue ponente el magistrado Manuel Poves Rojas. El litigio versa sobre la extinción de 42 contratos de trabajo por causas organizativas y productivas, concretadas según la empresa, tal como aparece en el hecho probado tercero, “por la supresión con efectos 30 de Abril de 2012 del servicio de teleconcertación que GSSL venía prestando a favor de YELL PUBLICIDAD SA, derivada de la decisión de poner fin al mismo adoptada por esta última empresa debido a la situación de crisis que afecta al mercado publicitario y de consumo en general..”. El contrato citado estaba concertado con vigencia hasta el 31 de diciembre de este año. Tras la celebración del período de consultas se llegó a un acuerdo con la comisión negociadora sindical (4 representantes de UGT, 4 de CCOO, 3 de CGT

y 2 de CTI), cuyo contenido se transcribe en el hecho probado octavo, fijándose la indemnización a percibir, la creación de una bolsa de empleo y los efectos de la extinción. Dicho acuerdo fue suscrito por nueve de los trece miembros de la comisión negociadora.

En los fundamentos jurídicos la Sala pasa a examinar las alegaciones de los demandantes tras recordar el contenido del art. 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) respecto a la fundamentación de la demanda en un proceso como el que está enjuiciando, y del art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) sobre la definición de qué debe entenderse por causas organizativas y productivas, para manifestar a continuación, en obiter dicta no carente en modo alguno de importancia teórica, que la prolija redacción del citado precepto de la LET “no priva al despido colectivo de su carácter de medida excepcional frente a la continuidad en el trabajo que es el principio rector en esta materia”, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la reforma y que concreta en la [sentencia de 29 de noviembre de 2010](#), para pasar a continuación a formularse la pregunta que debe responder en la sentencia y que versa sobre si la extinción del contrato antes reseñado constituye una justa causa para el despido de 42 trabajadores, o dicho en otros términos “si el único dato esgrimido por la empresa puede incidir negativamente en su organización y/o en su producción”. Encontramos una referencia interesante en la sentencia de la Sala a la dictada por el [Tribunal Constitucional núm. 192/2003 de 27 de octubre](#), sobre el derecho a no ser despedido sin justa causa, y otra referencia al preámbulo de la Ley 3/2012 para “marcar” las líneas de juego del conflicto, afirmando el tribunal que dicho preámbulo “de manera contundente y tajante declara que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

Sobre las críticas jurídicas formuladas por la representación letrada de la CGT de vulneración de la normativa vigente sobre el período de consultas, con alegación de falta de documentación por la parte empresarial y de información dolosa, rechazada por la empresa que alegó la imposibilidad de recolocar a los trabajadores despedidos en otras actividades, la Sala recuerda la importancia de dicho período en el nuevo marco normativo, así como también la obligación empresarial de facilitar una información adecuada a la representación de los trabajadores, y se remite a su sentencia de 28 de mayo para poner de manifiesto que dicha información ha de permitir conocer razonablemente la existencia de la causa o causas alegadas, y que la negociación durante ese período debe ser efectiva, “garantizándose como tal aquella en que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas con las consiguientes tomas de posición de unas y otras, independientemente de que las negociaciones alcancen buen fin...”.

La Sala desestima la demanda en este punto por entender acreditado, por el contenido de las actas, que sí hubo la información necesaria y adecuada para poder abordar la negociación, y aquí me interesa destacar un dato que seguramente ha pesado mucho en la decisión final de desestimación de la demanda, cual es el hecho de que existiera un acuerdo suscrito por la dirección de la empresa y nueve representante de los trabajadores, y más concretamente con respecto al debate sobre la existencia o no, y la veracidad o no, de la información facilitada, el hecho de que en el acuerdo se pactara la creación de una bolsa de trabajo para facilitar la recolocación de los trabajadores despedidos si sus perfiles profesionales se ajustaban a los puestos de trabajo ofertados, porque, según la Sala, “dicho acuerdo suscrito, no se olvide, por el 75 % de la representación de los trabajadores acredita la admisión implícita de que sus perfiles no

se ajustaban a los puestos de trabajo existentes en el momento del despido, ya que si no hubiera sido así, la bolsa de empleo pactada sería inútil”.

Otra cuestión formal alegada por la parte demandante, al amparo del art. 124 LRJS, versó sobre el incumplimiento de los plazos legales para comunicar el despido a los afectados por el ERE, debatiéndose sobre la obligación de respetar el plazo de treinta días no sólo cuando no hubiere acuerdo en el período de consultas, sino también en caso de acuerdo y finalización de dicho período antes del plazo legalmente establecido. La Sala desestima la alegación de la parte demandante por entender que la nulidad en un procedimiento colectivo como el ahora examinado sólo procede si se infringe lo dispuesto en el art. 51.2 en relación con el art. 124.9 LRJS, si bien deja la puerta abierta a que se formulen reclamaciones, en su caso, por vía individual si se entiende que no se respetó lo dispuesto en el art. 51.4 de la LET para cada trabajador afectado. Por consiguiente, será en sede de conflicto ante el Juzgado cuando deberá sustanciarse esta posible nulidad, que implicaría la readmisión del trabajador o trabajadores afectados por el despido.

La Sala desestima la existencia de causas productivas, por entender, con apoyo en doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 29 de noviembre de 2010, que la empresa había perdido una contrata importante pero había quedado debidamente acreditado que en el mismo período se habían suscrito otros contratos “que neutralizan con creces la pérdida sufrida por la empresa demandada”. La argumentación de la sentencia toma en consideración, como es lógico, la naturaleza del negocio de la empresa demandada, “la actividad de Contact Center, que pivota sobre la campaña o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de Contact Center”, y de ahí que no pueda aceptarse como causa productiva de forma mecánica la finalización de una contrata, sino que deberá acreditarse que existe imposibilidad por parte de la empresa de recolocar a los trabajadores despedidos en otros puestos de trabajo, siendo reseñable la argumentación de la Sala, que encuentra apoyo en jurisprudencia del TS, de que la extinción de una contrata en cualquier otra actividad “supondría normalmente la concurrencia de causa productiva”, pero que en supuestos como el de la empresa afectada, “debe relacionarse... con la emergencia de nuevas contratas, puesto que las segundas equilibran, de una u otra manera la pérdida de las primeras”.

Descartada la existencia de causa productiva, sí acepta la Sala, por el contrario, la de causas organizativas, y vuelvo a insistir en que en la decisión de la Sala habrá tenido mucha incidencia el acuerdo alcanzado en el período de consultas y su concreto contenido, es decir el debate sobre la adecuación o no de los nuevos puestos de trabajo de los que disponía la empresa, con las nuevas contratas, para los trabajadores despedidos, con diferencias de categorías, jornadas y retribuciones entre ambos.

En el fundamento jurídico cuarto se detallan el grupo profesional y los niveles, dentro del grupo, de los trabajadores despedidos, así como también el de los puestos de trabajo de nueva creación. La Sala realiza un análisis muy interesante de la movilidad funcional prevista en convenio y su relación con el art. 22.3 de la LET, poniendo de manifiesto las posibilidades que a su parecer tenía la empresa en algunos casos para llevarla a cabo mientras que en otros no sería posible por los desajustes entre los conocimientos profesionales de los despedidos y los requeridos para otros puestos de trabajo, destacando igualmente, y el dato no es de menor importancia, que la mayor parte de los

contratos de los trabajadores afectados por el ERE eran de carácter indefinido, a diferencia de los contratos de duración determinada requeridos para los puestos de trabajo relacionados con las nuevas contrataciones y con jornadas laborales de menor duración. La Sala acoge la tesis del acuerdo, y se apoya también en el informe emitido por la ITSS sobre la inexistencia de dolo, fraude de ley, coacción o abuso de derecho en la suscripción del acuerdo, por entender que la cualificación profesional de los trabajadores despedidos era más elevada que la requerida para los nuevos puestos de trabajo, y que para poder mantener a dichos trabajadores hubiera debido aplicar la movilidad descendente dentro del grupo profesional, siendo así que esta medida no era en modo alguno obligatoria para la empresa ya que en tal caso “debería continuar retribuyendo trabajos de nivel inferior y con jornadas inferiores con las retribuciones de procedencia”, es decir con un coste económico superior, algo que a juicio de la Sala justifica legalmente la decisión extintiva adoptada.

En fin, la Sala, y me parece muy oportuna su observación o recomendación, llama la atención a las partes sobre el hecho de que hubieran podido utilizarse medidas de flexibilidad interna, y no externa, previstas en la LET tras la reforma laboral, como reducciones de jornada y reducciones salariales, al amparo de lo previsto en los arts. 39, 41, 47 y 82 de la LET, pero es obvio que se queda ahí, en dicha manifestación, ya que en el caso enjuiciado no se reclamaron esas medidas ni tampoco se debatieron en el acto del juicio, con una nueva referencia de la Sala al acuerdo en el período de consultas para fundamentar su tesis, ya que los negociadores del acuerdo “no contemplaron, siquiera, esa posibilidad”.

En conclusión, un conflicto que hubiera podido resolverse sin necesidad de extinciones contractuales, pero no se le puede pedir a un tribunal que sustituya la voluntad de las partes libremente manifestada durante la tramitación del período de consultas. Que la empresa y los representantes de los trabajadores hayan acertado o no en la decisión es algo que compete al ámbito de la negociación, siempre y cuando, como ha quedado probado en el litigio examinado, se haya desarrollado conforme y de acuerdo a la normativa vigente.

## **5. Sentencia de la AN de 15 de octubre de 2.012.**

La [segunda sentencia de la AN que motiva este comentario es la dictada el 15 de octubre](#), en la demanda interpuesta por la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de CC OO, y los representantes de los trabajadores designados “ad hoc” para la tramitación del despido colectivo en los centros de trabajo de Asturias y Madrid contra la empresa Patric Sport SL, con alegación de causas económicas y productivas, siendo ponente de la sentencia la magistrada Carolina San Martín Mazzuconi. La AN estima la demanda, declara la nulidad de los despidos de 34 trabajadores de centros de trabajo de esas dos autonomías, y la obligación empresarial de readmitirles y abonarles los salarios de tramitación, incluyendo también la obligación de los trabajadores afectados de devolver la indemnización percibida una vez que sea firme la sentencia.

El debate versa fundamentalmente sobre el desarrollo del período de consultas y si los términos en que se desarrolló habían sido o no ajustados a lo dispuesto en la normativa vigente, es decir si la empresa había facilitado toda la información a que obliga el art. 51 de la LET y el, en aquel momento todavía vigente, [Real Decreto 801/2011](#). No obstante, también hubo otras quejas jurídicas formuladas por los demandantes, como la

“inamovilidad” de la empresa durante el período de consultas para tratar de encontrar otras soluciones al conflicto planteado, la existencia de un fraude de ley por mantener conversaciones individuales con los trabajadores de la empresa mientras se llevaba a cabo el período de consultas, y la no comunicación a la representación de los trabajadores de la decisión adoptada de proceder a los despidos, si bien por lo que respecta a este último punto de conflicto sí quedo probado a juicio de la Sala que se había cumplido por la empresa con la obligación formal de comunicación.

Sobre la insuficiencia de la información facilitada, la Sala desestima la demanda y se acoge a lo afirmado en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (vuelvo a insistir sobre la importancia que está asumiendo el Informe de la ITSS en la resolución de los conflictos por ERE, en la nueva redacción del art. 124 de la LRJS) en el que se afirma que de la documentación aportada por la parte empresarial consta acreditada la existencia de las causas económicas y productivas alegadas. En los fundamentos jurídicos quinto y sexto la Sala descarta igualmente la vulneración de la normativa, dado que sí consta que se cumplió con la identificación del período para llevar a cabo las extinciones, y que se facilitó a la representación de los trabajadores la información sobre la clasificación profesional de todos los trabajadores y la fecha de ingreso, información no estrictamente idéntica a la requerida por la LET pero que a juicio de la Sala “no puede decirse que los representantes de los trabajadores carecieran de información al respecto” (sobre el número y clasificación de los trabajadores habitualmente empleados en el último año).

Desde el plano del buen análisis teórico con que nos obsequian muchas sentencias de la AN, para trasladarlo después a la resolución del litigio enjuiciado, cobra especial relevancia el estudio que efectúa sobre la identificación de los criterios de selección en el período de consultas, ya que no se trata sólo, a su juicio, de una exigencia formal para garantizar la negociación de buena fe y permitir el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 51 de la LET, sino que también es “un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva”. A partir de este planteamiento previo, procede al estudio del art. 51 de la LET y más exactamente las causas posibles para presentar un ERE, refiriéndose a la relación entre concurrencia de una causa y comprobación de unos hechos, algo deseado por la exposición de motivos del [RDL 3/2012](#) y la [Ley3/2012](#), en el bien entendido que la Sala, con notable acierto a mi parecer, señala inmediatamente a continuación, que la pretensión de objetivar los criterios de apreciación de la causa o causas “no debe confundirse con su automaticidad” porque la propia LET permite que haya otras causas, y que, con fundamento en el art. 4 del [Convenio nº 158 de la OIT](#), los hechos con los que se identifican las causas “de ningún modo pueden valorarse aisladamente”, de tal manera que “si el despido ha de encontrar su justificación en una necesidad de la empresa, parece evidente que su finalidad tiene que ser atenderla”.

Aporta la Sala en apoyo de su tesis doctrina del TS sobre la justificación de los despidos en ERES, en sentencias dictadas en conflictos juzgados con la normativa anterior pero que sigue considerando válidos como son la necesidad de que queden probados el supuesto de hecho que determina el despido, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada, y la conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.

La Sala reitera que es consciente de los cambios introducidos en la reforma laboral de 2012 respecto a la no necesidad de que las medidas que se adopten contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí defiende, y la importancia del convenio 158 de la OIT se manifiesta en todo su esplendor, que sigue siendo necesario demostrar que las medidas extintivas adoptadas “permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa”, justamente para respetar la citada conexión de funcionalidad que se deriva del Convenio 158. En efecto, la norma no obliga ya a pensar de cara al futuro, pero sí obliga a justificar la medida en el contexto actual, y tras aportar la cita doctrinal del magistrado del TS Aurelio Desdentado, la Sala concluye que la empresa sigue estando obligada a justificar la causa, en los términos que acabo de exponer; por decirlo con sus propias palabras, “la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción”. Más claro, y más importante si cabe: la selección de los trabajadores afectados debe guardar una estricta relación de funcionalidad “con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada”. Es un nuevo toque de atención de la AN, a las empresas para que cumplan rigurosamente con todos los requisitos formales recogidos en la LET y en su desarrollo reglamentario, porque algunos de ellos guardan estrecha relación con la justificación de la medida adoptada.

Tras este largo, prolijo y muy cuidado análisis teórico, la Sala aborda la resolución del caso concreto, y a partir de los hechos probados y del contenido de las actas del período de consultas concluye que no ha habido vulneración de la normativa, ya que la empresa trató de acreditar, e incluso estuvo abierta a las modificaciones que fueran necesarias, que había relación entre las causas alegadas y los contratos que iban a extinguirse en virtud de las tareas asignadas, y que la representación de los trabajadores no manifestó discrepancias al respecto. En este punto la Sala “aprovecha” la oportunidad para dar un toque de atención a la parte trabajadora, aunque ciertamente lo haga desde una reflexión teórica, cual es que “el deber de negociar de buena fe compete a las dos partes en el período de consultas, y no sólo a la representación de la empresa”.

Con relación a la importante cuestión, que creo que asumirá más importancia si cabe en el próximo futuro y que obligará a replantear en numerosas ocasiones las estrategias negociadoras de ambas partes y muy especialmente de la empresarial, de la existencia o no de una “auténtica” negociación entre las partes durante el período de consultas, la Sala realiza igualmente un cuidado y detallado análisis teórico de la cuestión antes de llegar a la solución en el caso enjuiciado, y para ello se vale de anteriores resoluciones de la propia Sala así como también de la doctrina de Tribunales Superiores de Justicia como los de Madrid, Cantabria y Cataluña, desde la conceptualización general de que no cabe entender que se respeta el marco normativo, es decir que no hay una verdadera negociación, “si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder, y que no puede alegar la inamovilidad del contrario quien no ofrezca alternativas razonables y viables”.

De los hechos probados, y la importancia de las actas del período de consultas también está adquiriendo cada vez más relevancia, la Sala concluye que sí existió esa negociación, que se asumieron algunas peticiones de la parte trabajadora y que el rechazo de otras se justificó debidamente, explicándose incluso como algunas medidas previamente ensayadas de flexibilidad interna no habían funcionado y que por ello no quedaba otra opción que la de la vía de extinción de contratos.



Hasta aquí parecería que la Sala desestimaría la demanda, ya que la actuación empresarial se manifiesta conforme a derecho, pero como en las películas de intriga hemos de esperar al final, en concreto al fundamento jurídico décimo para encontrar un desenlace distinto, aunque reconozco que les he “estropeado” el final de la película jurídica porque ya se lo he anunciado al iniciar la explicación de la sentencia. La Sala entiende que la empresa no ha cumplido con un requisito obligado recogido en el art. 51.2 de la LET y que debe llevar a la nulidad de la decisión extintiva por aplicación del art. 124.11 de la LRJS.

Más exactamente la nulidad deriva del hecho de la comunicación de los despidos a los trabajadores afectados mientras se estaba desarrollando el período de consultas, cuando sólo se habían celebrado dos reuniones y en la primera se había entregado la documentación para su estudio por la parte trabajadora, por lo que no se había iniciado el proceso negociador propiamente dicho hasta la segunda reunión, y de ahí que la actuación empresarial impidió la posibilidad de llegar a un acuerdo, por lo que no actuó de buena fe y con voluntad de llegar a un acuerdo a juicio de la Sala. No cuestiona la AN que la decisión de la empresa estuviera justificada y que supiera a qué trabajadores debía afectar, aún cuando abrió una posibilidad de sustituir a unos trabajadores por otros, pero ciertamente esa posibilidad quedó cerrada desde la comunicación individual del despido a los afectados, de tal manera, según la Sala, que los argumentos y alternativas ofrecidos por los representantes de los trabajadores a partir de la tercera reunión “no fueron realmente escuchados, limitándose la empresa a buscar argumentos lógicos que justificaran adecuadamente su negativa a mover la posición”.

Dicho sea incidentalmente, la Sala recuerda, con referencia a la normativa aplicable al litigio, que el art. 51.2 de la LET “no exige un número mínimo de reuniones, ni impide en todo caso que pueda entenderse válido un período de consultas consistente en una única reunión más allá de la apertura del trámite”, normativa que ahora, en su desarrollo reglamentario, ha cambiado ya que el RD 1483/2012 de 29 de octubre fija un mínimo de reuniones, en el bien entendido que las partes pueden acordar en cualquier momento la finalización del período de consultas si llegan a un acuerdo. Sobre la comparación entre el RD 801/2001 y el RD 1483/2012 me permito remitir al [exhaustivo estudio del magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, Carlos Hugo Preciado Doménech](#), publicado en la página web de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas.

## **6. Sentencia de la AN de 16 de noviembre de 2.012.**

En la [primera sentencia](#), de 16 de noviembre, de la Audiencia Nacional, se debate sobre la demanda presentada por CC OO y UGT contra la empresa Sistemas Avanzados de Tecnología (SATEC), basando la petición de nulidad de la decisión empresarial en haber realizado la empresa negociación con los trabajadores afectados por el ERE al margen de la representación legal de los trabajadores, en haber importantes defectos de forma en la tramitación del período de consultas respecto a los sujetos participantes en la negociación, y en el hecho de que se negociara por centros de trabajo y no a escala del conjunto de la empresa, y subsidiariamente la improcedencia por no existir ni acreditarse las razones alegadas. El núcleo duro de litigio radica en la tramitación correcta o no del período de consultas, y la sentencia pone de manifiesto, con los hechos probados, que las negociaciones se llevaron a cabo en los centros de trabajo y no en el

ámbito de la empresa, y que en las negociaciones podían coincidir representantes unitarios y representantes designados “ad hoc”.

La Sala acude a su doctrina sentada en la sentencia de 25 de julio para reiterar que los acuerdos alcanzados en sede de centro de trabajo no son válidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 51.2 de la LET y que la consulta y negociación debe realizarse a escala de la empresa, recordando además que el RD 801/2011, vigente cuando se planteó el conflicto, no permitía la adopción de acuerdos en unos centros y no en otros, ya que requería, para que la autoridad administrativa laboral pudiera aprobar un ERE, que el acuerdo se hubiera producido en todos ellos. Obiter dicta, la Sala aprovecha las peculiaridades del caso enjuiciado, en el que incluso hubo negociaciones a título individual por tener un centro de trabajo un solo trabajador, para defender su tesis de la negociación a escala de empresa ya que (en este caso) “se observa con especial claridad hasta qué punto la tramitación de un despido colectivo por centros degrada las garantías para los trabajadores, puesto que convierte a los centros de trabajo en rivales entre sí, parcela y consecuentemente merma la fuerza negociadora de los representantes de los trabajadores, y hace de mayor debilidad a algunos afectados frente a otros”.

En fin, por si no fuera suficiente la tesis de la no conformidad a derecho de la negociación parcelada por centros, la Sala concluye que, además, se produjeron otras importantes irregularidades que darían pie, en su caso, a la declaración de nulidad, ya que no quedó probada la elección democrática de los representantes ad hoc, no hubo actas de constitución de las comisiones negociadoras, y no se facilitó información sobre los trabajadores afectados.

## **7. Sentencia de la AN de 21 de noviembre de 2.012.**

La [segunda sentencia](#) de la Audiencia Nacional, de 21 de noviembre, tiene especial importancia porque es la primera vez que la Sala examina un despido colectivo, “motivado principalmente por el derrumbamiento económico de las cuentas”.

a) Se trata de la demanda presentada por CC OO y varios trabajadores contra la empresa Guerin Rent a Car SLU, con motivo del ERE presentado por esta última por causas económicas y productivas, dirigido inicialmente 38 trabajadores pero que finalmente quedaron reducidos a 31. La sentencia es jurídicamente muy interesante no sólo por el resultado final de estimación de la demanda por considerar probada y acreditada la grave situación económica de la empresa, sino por las argumentaciones vertidas sobre la causalidad y funcionalidad de la decisión adoptada por la empresa y que debe ajustarse a unas determinadas reglas que no son las contempladas en la anterior normativa laboral pero que no eximen en ningún caso de su fundamentación.

b) Dejo constancia aquí del debate habido nuevamente sobre la composición de la comisión negociadora, ya que la parte demandante alega que la empresa sólo negoció, en ese ámbito, con las representaciones unitarias de Madrid y Barcelona, pero no hubo representación de centros de Valencia y Sevilla, con presunto incumplimiento que no es aceptado por la Sala, que reitera su argumentación sobre la obligatoriedad de la negociación a escala de empresa y no de centros de trabajo, para concluir que la comisión negociadora constituida a escala de empresa por los trabajadores estaba integrada por representantes de aquellos dos centros, que gozaron del asesoramiento de UGT y de CC OO, y que no se puso en cuestión su representatividad global (y no por centros de trabajo), y de ahí que la Sala entienda que la comisión “se ajustó

completamente a derecho, puesto que se formó por los representantes de los trabajadores existentes, cumpliéndose escrupulosamente lo mandado por el art. 51.2 ET, en relación con los arts. 3 y 4 RD 801/2011, de 10 de junio”.

c) Más dudas me suscita cómo ha resuelto la Sala la cuestión de la primera inclusión de siete representantes de los trabajadores en la lista de trabajadores afectados, sin respetar la prioridad de permanencia prevista en el art. 51 de la LET. La parte demandante alegó que se trataba de una medida coactiva para presionar durante el proceso negociador, mientras que la parte empresarial argumentó que la categoría profesional de dichos trabajadores quedaba radicalmente alterada al cerrarse centros de trabajo en los que ya no podrían desempeñar las funciones inherentes a las mismas. La Sala entiende que la empresa no respetó lo dispuesto en la LET pero que ello no puede llevar a la declaración de nulidad del ERE porque el art. 124.2 de la LRJS excluye del conocimiento del proceso las reclamaciones por inaplicación de las reglas de prioridad.

La Sala, a partir de los hechos probados, razona que la empresa fue flexibilizando su posición inicial hasta llegar a la aceptación de este grupo del ERE, y que no se incluyó a nuevos trabajadores en su sustitución, concluyendo que sería necesaria acreditar caso por caso si se ha producido esta actuación coactiva, que a juicio de la Sala no se ha producido en el caso enjuiciado, “por cuanto la empresa flexibilizó desde el primer momento su posición y no bloqueó la negociación”. No está de más recordar que la actuación de la empresa sí pudiera ser, aunque repito que la Sala no lo considera probado, una estrategia tendente a llevar la negociación por el terreno que más le interesara a ella, para forzar un acuerdo (que ciertamente no se produjo en este caso) a cambio de la retirada del ERE de los representantes, y su posible (y conflictiva) sustitución por otros trabajadores de la empresa, actuación que de producirse supondría una clara vulneración de la normativa laboral (LET y LOLS) sobre derechos y garantías de los trabajadores en la empresa, y una posible vulneración del derecho fundamental laboral del [art. 28.1 de la Constitución](#), tal como entendió el Tribunal Constitucional hace ya bastantes años.

d) Respecto a la elaboración de la lista de trabajadores afectados desde el inicio de la negociación, la Sala admite que no es una medida habitual en los despidos colectivos pero que no altera el proceso negociador, habiendo quedado demostrado que hubo cambios durante el proceso negociador y que, además, buena parte del debate se centró en las indemnizaciones a abonar por la empresa, aun cuando no se llegará a un acuerdo. Sobre la aceptación de la sala de que hubo negociación porque finalmente se retiró de la lista a los representantes de los trabajadores y no se les sustituyó por otros, ni tampoco se les impuso peores condiciones laborales que las anteriormente disfrutadas, reitero mis cautelas críticas expuestas en el párrafo anterior.

e) En cuanto al eje central de mi artículo, la fundamentación de la causa alegada por la parte empresarial, es de especial interés el fundamento jurídico séptimo. La Sala recuerda en primer lugar la nueva redacción del art. 51 LET y explica que han desaparecido “las justificaciones finalistas de la regulación precedente”, esto es vincular la decisión a mejorar la situación de la empresa o a prevenir su evolución negativa, pero que sigue existiendo la “conexión de funcionalidad”, vinculando la razonabilidad de la extinción con su impacto sobre el contrato de trabajo que desaparece, y todo ello para ajustarse a los términos del art. 4 del [Convenio número 158 de la OIT](#).

Para la Sala, y este es un argumento de primera importancia que comparto, la nueva regulación del art. 51 de la LET “no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la

causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación”, porque ya no se trata de contribuir con el ERE a la consecución de objetivos futuros, sino que deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, “lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva”.

Por consiguiente, sí deberá acreditarse la concurrencia de la causa, pero también su razonabilidad y proporcionalidad, a través de las tres fases que la Sala construye teóricamente para poder llegar a apreciar la justeza de los despidos, cuales son: “acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiere colocar en el mercado; determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir; probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad”. Sobre la prueba de la eficacia económica del contrato de trabajo, la Sala la relaciona con el devenir de la situación económica de la empresa, “cuya evolución podrá comprobarse a través de la cifra de negocios, que forma parte de la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas”, concluyendo que la evolución negativa de la actividad empresarial “permitirá comprobar si la extinción de contratos se ajusta razonable y proporcionalmente a la misma”.

f) Una vez realizada toda la explicación anterior, baste ahora reseñar que se acepta la grave situación económica de la empresa, que ha quedado debidamente acreditada en los hechos probados, que permite extinguir los contratos, y por tanto, la aceptación del ERE en sede judicial, si supera el juicio de “razonabilidad y proporcionalidad” en los términos que han sido objeto de análisis y explicación en el párrafo anterior, superación que la Sala acepta, en cinco escuetas líneas del fundamento jurídico octavo, aceptando que con la decisión empresarial queda debidamente acreditado “que los contratos extinguidos han dejado de tener virtualidad económica que justifique razonablemente su mantenimiento”.

## **8. Sentencia de la AN de 18 de diciembre de 2.012.**

La [sentencia de la AN de 18 de diciembre](#), se dicta con extraordinaria rapidez ya que el acto de juicio se celebró el día anterior, rapidez en la que probablemente haya tenido mucho que ver que la Sala reitere doctrina sentada en dos sentencias anteriores, la de 28 de septiembre con respecto a la legitimación de los grupos de empresas a efectos laborales para promover un ERE, y la de 21 de noviembre sobre la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de “relación de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa económica y productiva y las extinciones contractuales”. Se trata del conflicto del grupo de empresas Teletech, y no podemos olvidar que su origen se centra en el acuerdo alcanzado por la parte empresarial con los representantes de CC OO y UGT en la comisión negociadora (10 miembros de un total de 13) sobre las condiciones de las extinciones contractuales, acuerdo que suscitó en su momento un vivo debate en las redes sociales.

La argumentación formulada en solitario por la CGT (ya que en este punto la CSI-F mantuvo una tesis idéntica a la de las partes demandadas) respecto a la inexistencia de un grupo de empresas a efectos laborales en el litigio enjuiciado, y por consiguiente la nulidad de todo el proceso negociador, no es aceptada por la Sala, que reproduce extensamente (cinco páginas) su sentencia de 28 de septiembre y argumenta, con respecto al caso concreto, que tanto la parte empresarial como sindical aceptaron negociar a escala de todo el grupo y que la CGT no exigió “en ningún momento una

negociación empresa por empresa”, aunque bien es cierto que queda constancia de que pidió que los acuerdos alcanzados por la comisión negociadora fueran refrendados por los representantes unitarios de cada empresa, tesis desestimada por los restantes negociadores y que finalmente no se llevó a cabo.

La Sala acoge la tesis de los “propios actos” de la partes negociadoras, incluida la CGT, de aceptar que el grupo como tal era el auténtico empleador al negociarse de la manera explicada en la sentencia, añadiendo dos manifestaciones que considero más propiamente “obiter dicta” que no fundamentación de la resolución: una primera, en la que se afirma que la CGT no alegó ni probó que “dicha comisión no fuera representativa de la mayoría de los trabajadores de alguna de las empresas del grupo en particular, como no podría ser de otro modo, porque nunca exigió que se negociara a nivel de empresas”; y una segunda en la que la Sala expone su parecer de cuál es la mejor forma de negociar para los trabajadores, algo con lo que puedo estar de acuerdo en cuanto al fondo pero que dudo que corresponda afirmarlo a un tribunal: el supuesto objeto de resolución es “un despido colectivo específico, contemplado en el inciso cuarto del art. 51.1 ET, en el que la negociación global constituye, a todas luces, haya o no haya grupo de empresas a efectos laborales, una mayor garantía de defensa de los intereses de los trabajadores, por cuanto no se prevé la pervivencia de alguna de las empresas, en cuyo caso se salvarían algunos puestos de trabajo, sino la extinción ordenada de todos los puestos de trabajo de todas las empresas del grupo, quienes garantizan mayor solvencia que cualquiera de ellas por separado”.

Los restantes contenidos de las demandas de CGT y CSI-F sí son idénticos en su contenido. Respecto al incumplimiento de la normativa vigente en cuanto a la documentación a aportar por la parte empresarial, la Sala considera, a partir de los hechos probados, que sí se aportó y que las empresas demandadas cumplieron “sobrada y escrupulosamente” con su obligación de información, cumplimiento que anuda, algo que es en buena lógica aceptable pero que no debería llevar inexorablemente a considerarlo como elemento fundamental, a que el acuerdo se alcanzó con el 77 % de los representantes de los trabajadores, “lo que nos permite concluir que era más que suficiente para que el período de consultas alcanzara buen fin...”. Seguramente, y esto lo digo yo, es el hecho de haber alcanzado un acuerdo con el citado 77 % de la representación lo que lleva a la Sala a la aceptación de la existencia de un proceso negociador “real” entre las partes durante el período de consultas, negociación que, en otra tesis que me atrevo a calificar más de obiter dicta, considera “efectiva, puesto que se alcanzó un acuerdo más que aceptable para empresas que cesan su actividad de modo definitivo, sin afectar, de ningún modo, a recursos públicos”.

En cualquier caso, si es muy interesante la argumentación de la Sala respecto a la diferencia de trato entre trabajadores con contrato de obra vinculados en un caso a contrato con Telefónica y en otros a Orange, Servef y Catalunya Caixa, ya que los primeros sí fueron incluidos en el ERE y equiparados a los contratados por tiempo indefinido “puesto que se ha acreditado que la obra para la que fueron contratados no concluyó, sino que fue denunciado por las empresas demandadas”, mientras que los segundos vieron extinguidos su contrato por finalización, extinción o subrogación, y no fueron incluidos en el ERE. Recuerdo aquí, dicho sea incidentalmente, el debate que hubo en las redes sociales sobre la diferencia de trato entre unos trabajadores y otros, todos ellos con contrato para obra o servicio, y las valoraciones muy críticas que se hicieron por parte de algunos de quienes no quedaban incluidos en el ERE.

La Sala considera debidamente acreditada la existencia de causas económicas y productivas, reproduciendo “in extenso” la argumentación plasmada en su sentencia de 21 de noviembre y a la que me he referido con anterioridad. A partir de los hechos probados argumenta que se cumplen los requisitos de pérdidas en tres trimestres consecutivos con respecto a los mismos períodos del año anterior, a lo que añade el dato de las pérdidas previsibles para 2012 y 2013, documentadas por la empresa, ante la pérdida de los principales clientes, con independencia del motivo por el que se hayan perdido, no aceptando por consiguiente el argumento de las demandantes de que “la pérdida de clientes se debió a la propia voluntad de las demandadas”. Incluso la Sala va más allá de la mera aceptación de la decisión empresarial y razona que las decisiones adoptadas, que pretendían reducir costes económicos según las demandadas, justificaban “sobradamente” la extinción de los contratos mercantiles por las demandadas, “a quienes no se puede condenar a multiplicar sus pérdidas”, y que ante la situación del mercado la empresa sólo tenía dos posibilidades: “la liquidación ordenada o el incremento geométrico de pérdidas a la búsqueda de clientes quiméricos, cuya existencia ni se ha probado, ni se ha intentado probar por los demandantes”. Para la Sala, en una afirmación que hace borrosa la distinción entre un obiter dicta y una fundamentación de litigio, cabe calificar el acuerdo alcanzado de “muy favorable en las actuales condiciones de mercado”, y de ahí que concluya que el ERE “era la única salida razonable, puesto que concurría causa económica y causa productiva...”, concepto de razonabilidad ciertamente no compartido por las centrales sindicales demandantes.

### **9. Sentencia de la AN de 25 de febrero de 2.013.**

Trato a continuación de la sentencia dictada el 25 de febrero por la AN, <http://bit.ly/XxaIxp> en un nuevo litigio derivado de la presentación de un expediente de regulación de empleo. Ya les adelanto que es de mucho interés a mi parecer por su análisis sobre los grupos de empresa mercantiles y la imposibilidad (de momento) de presentar un ERE conjunto.

¿Cuál es el interés especial de la sentencia de 25 de febrero? ¿Qué valor añadido aporta a la doctrina de la Sala? ¿Qué características tiene el ERE que permitan diferenciarlo de otros presentados por distintas empresas y que también han sido conocido en sede litigiosa por los TSJ y la AN?

A) El ERE es presentado por la empresa dominante de un grupo de empresas a efectos laborales, mientras que la impugnación presentada por dos organizaciones sindicales y otros representantes de los trabajadores alegó que el ERE debía presentarse de forma individualizada por cada empresa del grupo. Deja debida constancia de esta peculiar confrontación (y digo peculiar porque hasta ahora los conflictos suscitados se planteaban al revés, es decir tratando los demandantes de demostrar que se está en presencia de un grupo de empresas a efectos laborales, al objeto de las responsabilidades que se deriven de la conducta empresarial y la obligación de presentar la documentación correspondiente a todas las empresas del grupo) el fundamento jurídico cuarto, en cuyos párrafo primero y segundo se expone que “Los demandantes pretenden la nulidad del despido colectivo, porque se negoció globalmente con la empresa dominante, cuando debió negociarse por cada empresa del grupo con los representantes de los trabajadores de cada empresa, oponiéndose las empresas

demandadas, quienes defendieron que eran un grupo de empresas a efectos laborales. Debemos despejar, a continuación, si las empresas demandadas constituyen un grupo mercantil, como defendieron los actores o, por el contrario, constituyen un grupo de empresas a efectos laborales, como mantuvieron las empresas demandadas y optamos por la segunda proposición”.

Obsérvese, por consiguiente, que es la parte demandante la que defiende la existencia de un grupo de empresas pero sólo a efectos mercantiles, circunstancia que abocaría, según la normativa legal y convencional vigente, a que se presentara un ERE por cada empresa afectada, aunque hubiera una con la consideración jurídica (a efectos mercantiles) de dominante, mientras que la demandada pretende demostrar, y lo consigue a juicio de la Sala, que existe un grupo de empresas a efectos laborales y que ello obliga a presentar el ERE por parte de la empresa dominante. ¿Será sólo un conflicto, o puede ser el inicio de un cambio de estrategia empresarial respecto a la presentación de ERES, que obligará por supuesto a la parte trabajadora a revisar la suya? Es un interrogante que de momento no tiene respuesta y que sólo dejo aquí planteado.

La respuesta afirmativa de la Sala a la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales tiene un doble fundamento: en primer lugar, el ya conocido, y recogido en numerosas sentencias desde que el Tribunal Supremo elaboró su teoría del “levantamiento del velo”, de la concurrencia de los requisitos que el alto tribunal considera necesarios para poder defender la existencia del grupo de empresa “patológico”. A juicio de la Sala, ha quedado debidamente probado en el litigio de referencia que “existe unidad de dirección entre las empresas del grupo, quienes comparten una dirección productiva única, que es la que distribuye los pedidos entre las diferentes mercantiles, que no compiten entre si, acreditando, de este modo, una unidad económica efectiva, en la que concurre una clara confusión patrimonial, comprobada por la existencia de caja única, así como cierta rotación entre las empresas del grupo, que han usado, al menos en algunas ocasiones, servicios de empleados retribuidos por otras empresas del grupo”.

Ahora bien, sin duda el argumento más novedoso, y al que se refiere la Sala en primer lugar, a diferencia de lo que acabo de hacer, es la valoración positiva que efectúa de la propia tesis defendida por las empresas demandadas que reconocen la existencia del grupo laboral, un reconocimiento que, razona con acierto la AN, tiene un especial valor jurídico, “por cuanto comporta aquí y también en el futuro, que todas las empresas del grupo responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas con sus trabajadores, siendo impensable, a nuestro juicio, que un reconocimiento de tal naturaleza, cuyas consecuencias son tan graves para las empresas, tenga por finalidad eludir la negociación del período de consultas en...”.

B) La existencia de un grupo de empresas a efectos laborales tiene las obligadas repercusiones en términos de la correcta constitución de la mesa negociadora, con la elección de sus miembros en número adecuado a su representación efectiva, así como también respecto a la documentación a presentar y sobre la que va a debatirse durante el período de consultas. A estas características se añade una específica en el caso enjuiciado, cual es la existencia de un acuerdo colectivo extraestatutario, suscrito meses antes de la presentación del ERE, en el que las partes marcaron las líneas generales por donde debían discurrir los ajustes de plantilla que se fueran haciendo efectivos en las

empresas del grupo, acuerdo que se recogió en gran medida en el acuerdo del ERE finalmente adoptado, según consta en el fundamento jurídico sexto, “por más del 77 % de los representantes de los trabajadores”. Hago hincapié en este dato porque creo que marca una línea de tendencia de la Sala, en la que se valora de forma positiva, sin perjuicio obviamente de analizar su conformidad a derecho, la existencia de un acuerdo suscrito por un elevado número de miembros de la representación de la parte trabajadora y que acrediten, igualmente, un elevado porcentaje de representación efectiva del conjunto de los trabajadores afectados.

a) Pues bien, la Sala desestima todas las alegaciones formuladas por los demandantes sobre dichas cuestiones. En primer lugar considera acreditado, una vez aceptada la existencia de un grupo de empresas laboral, el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 51.2 y 41.4 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) respecto a la constitución de la comisión negociadora por la parte trabajadora, con presencia de representantes ya elegidos y de otros designados “ad hoc” en los centros que no tuvieran, de tal manera que el hecho de que los demandantes, a los que se había atribuido un número determinado de miembros en la comisión (véase el hecho probado décimo) decidieran no participar en la misma, es decir se autoexcluyeran por considerar que no era legalmente válida, no tiene “mayor relevancia, una vez despejada la validez de la negociación conjunta del período de consultas”.

b) Sobre la documentación presentada y su relación con las causas alegadas para presentar el ERE, la AN entiende que se ha actuado con corrección jurídica y que han quedado debidamente acreditadas las causas económicas, productivas y organizativas, con una mención contundente a que el grupo de empresas demandado se encuentra en “una situación calamitosa”, con resultados “manifiestamente negativos”, y que están causados, “como es notorio”, “por el fuerte descenso de la venta de cemento, causada, a su vez, por el colapso del sector de la construcción, que ha supuesto una fortísima reducción de las ventas del grupo”.

Las pérdidas económicas han quedado debidamente acreditadas y cumplen con lo dispuesto en el art. 51.2 LET, y ello lleva a la existencia de causas productivas, dado que ante la difícil situación del sector se han producido cambios de gran alcance en la demanda de los productos de la empresa, dándose “una clara disfunción entre la capacidad productiva del grupo en su conjunto y su capacidad de colocar sus productos en el mercado”, y también a la existencia de causas organizativas, ya que la reducción de la demanda obliga a la adecuación de la plantilla y a la adopción de medidas de diverso tipo (y no únicamente de carácter extintivo) para revertir la situación. Nuevamente aquí, e insisto en la “línea de tendencia” de la Sala, el tribunal concede especial importancia al hecho de que el acuerdo se alcanzara por la mayoría (muy cualificada añado yo ahora, ya que se trataba del 77 %) de los representantes de los trabajadores, al tiempo que realiza una crítica jurídica a los demandantes en cuanto que debían aportar pruebas para demostrar que no existían las razones alegadas por la parte demandada, y “no han probado, ni intentado probar, que dichas medidas fueran disfuncionales, irracionales o desproporcionadas a los fines propuestos”.

También considera ajustados a derecho los criterios de selección de los trabajador afectados recogidos en el acuerdo, y rechaza su afectación peyorativa a trabajadores de un centro de trabajo de la empresa, justamente aquel en el que tenían presencia los demandantes y que consideraban que la negociación debía hacerse por cada empresa,



porque además las eventuales disfunciones que hubieran podido producirse “debieron hacerse valer por sus representantes en el período de consultas, quienes decidieron autoexcluirse del mismo por las razones que consideraron oportunas”.

c) En fin, sobre la inexistencia de un auténtico periodo de consultas porque el acuerdo del ERE recogió las líneas marcadas en un acuerdo extraestatutario suscrito meses antes por la dirección de la empresa dominante y por dos sindicatos, UGT y CC OO (que, no se olvide, entre ambos sumaban el 67 % del total de los representantes en la comisión negociadora del ERE), la Sala desestima, muy correctamente a mi parecer, la tesis de los demandantes, y lo hace a partir de un doble hilo argumental: el primero, porque ha quedado debidamente probado que hubo un auténtico período de consultas (¡otra vez la importancia de las actas!) y que hubo propuestas y contrapropuestas, con un acuerdo que recogió varias de las planteadas por la parte trabajadora, como por ejemplo “que las recolocaciones ofertadas por las demandadas hayan reducido a 241 el número de extinciones contractuales, mejorándose sustancialmente también las indemnizaciones”; el segundo, de especial interés en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, es la defensa por la Sala de aquello que califica de “práctica negociadora”, con apoyo en la jurisprudencia del TS, ya que si se trataba de un acuerdo extraestatutario sólo obligaba a las partes negociadoras, y de ahí el interés que estas pudieran tener en que se incorporada, en la mayor medida posible, a un acuerdo de eficacia erga omnes.

Nuevamente “llueven” las críticas de la Sala a las tesis de las partes demandantes por su autoexclusión de la comisión negociadora, porque aun cuando defendieran los intereses de una sola empresa hubieran podido, y debido, hacerlo en el seno de la comisión, “con quien toma decisiones en su empresa sobre la situación de la misma, en el marco de los resultados del grupo en su conjunto”, concluyendo que si no hubo negociación sobre la situación específica de una empresa, la defendida por los demandantes, “ello fue imputable de todo punto a los sindicatos ELA y LAB, quienes se negaron a participar en la citada negociación”. Obsérvese, por consiguiente, el énfasis que pone la Sala en la correcta actuación de las partes negociadoras, y no solamente de la parte empresarial, desde el inicio del proceso negociador hasta su finalización.

C) He dejado para el final, como en las películas de intriga, la parte más destacada de la sentencia en cuanto a su aportación intelectual, con el objetivo de que pueda trasladarse a la práctica, cuál es el estudio que efectúa en su fundamento jurídico tercero sobre la posibilidad de que los grupos de empresas mercantiles puedan presentar un ERE. Recomiendo la lectura detenida del citado fundamento por su cuidada elaboración doctrinal, con apoyo en doctrina científica de prestigio como es la cita del profesor José Luís Monereo Pérez.

La Sala va creando doctrina judicial, a la espera de cómo se pronuncie el TS sobre los recursos ya presentados contra varias de sus sentencias y de otras dictadas por diversos TSJ, pero mientras tanto buena parte de sus argumentos han sido ya recogidos, en las sentencias de los TSJ. En primer lugar, realiza un estudio del marco jurídico, o mejor sería decir de las lagunas existentes en el marco jurídico, del concepto de “grupo de empresa” a efectos mercantiles y pone de manifiesto que “no existe un régimen jurídico mínimamente homogéneo”, aún cuando no olvida las referencias obligas al artículo 42 del [Código de Comercio](#) y al artículo 2.1 de la Directiva 2009/1992, de 30 de junio, argumentando que “no existe hasta el presente un régimen jurídico capaz de institucionalizar de modo unitario a la empresa con estructura de grupo”.

La Sala realiza, una vez más, un cuidadoso análisis de qué debe entenderse por grupo de empresas como “ente empresarial único” a efectos laborales, con la ayuda obligada de la jurisprudencia del TS, y lo hace justamente para poner de manifiesto las diferencias que a su parecer existen entre los “grupos mercantiles” y los “grupos laborales”, ya que los primeros “no responden de las responsabilidades de sus empresas partícipes, aunque las mismas se originen completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante”, mientras que los segundos “responden solidariamente de las responsabilidades de cada una de las empresas del grupo, porque el empresario real es la empresa en su conjunto”.

A partir de esta reflexión que combina el aporte normativo, el apoyo jurisprudencial y sus reflexiones propias, la Sala da un paso adelante y se plantea, ante el marco jurídico y económico en el que operan las estructuras empresariales, algo que tiene, ciertamente, mucho de jurídico, pero también de organización empresarial (condicionada esta, sin duda, por el marco jurídico) cuál es “de qué modo deben acometer los grupos de empresa los procesos de regulación de empleo y especialmente los despidos colectivos: directamente por el grupo como tal, o por cada una de las empresas del grupo de modo diferenciado”. Se efectúa un riguroso análisis de la normativa de la UE, es decir la Directiva de 1998 sobre los despidos colectivos, y de la normativa legal y reglamentaria española, el art. 51 de la LET y el RD 1483/2012, poniendo de manifiesto, con cuidada argumentación, que las normas citadas obligan jurídicamente, respecto a la documentación a presentar en un ERE y a la celebración de los períodos de consultas” sólo a las empresas promotoras de la medida, por lo que ni la empresa dominante, si la hubiera, o las demás empresas del grupo asumen tales obligaciones ni tampoco son interlocutoras ante la representación del personal, concluyendo con la afirmación de que “la intervención en el período de consultas del despido colectivo de las empresas, integradas en grupos de empresa mercantiles, regulado en nuestro ordenamiento jurídico, está referida en todo momento a cada empresa, puesto que en ninguna de las normas aplicables se contempla la participación del grupo como tal ..” y la de que, en definitiva, “no es posible que el grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque afecte globalmente a las empresas del grupo, porque dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por consiguiente, que se tramite empresa por empresa, aunque la decisión se haya tomado, como es natural, por la empresa dominante”.

La Sala, que ha conocido ya, y conocerá sin duda en el futuro, de conflictos muy importantes y que han afectado a grupos de empresas, ya sea de carácter mercantil o patológicos laborales, pasa del razonamiento jurídico a las propuesta legislativas de lege ferenda, tras exponer el carácter “no satisfactorio” de la situación jurídica actual por la no intervención en el proceso de la empresa dominante, la que dispone “de las claves sobre el futuro de cualquiera de las empresas del grupo”, y de ahí que llame al legislador (que, por cierto, no le ha hecho mucho caso, más bien nada, en el [RD 1483/2012](#) sobre la tramitación de una ERE por empresa o por centros de trabajo) para que introduzca modificaciones legales que permitan que la empresa dominante sea “el interlocutor natural en el período de consultas”, con la finalidad, y estoy seguro de que la reflexión jurídica de la Sala tiene detrás los problemas prácticos que ha conocido en varios litigios, “de evitar períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrían resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo”.

Y aún va más lejos la Sala, porque no tiene reparos en aconsejar, aunque sea de forma indirecta, a las partes, para que negocien en estos términos, porque estaríamos ante “una buena práctica, cuya utilidad nos parece incuestionable”, aunque acabe su reflexión con el regreso obligado al ámbito jurídico normativo, el reconocimiento de que, aunque haya un acuerdo en sede negociadora “informal” entre la representación del personal y la empresa dominante, “no podrá eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del grupo mercantil, que contarán, de este modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo”.

Como pueden comprobar, se puede decir más alto pero no más claro, es decir se comprueba con claridad la propuesta de la Sala, basada en su acercamiento a la realidad comercial, que no convendría que el legislador despachara con un mero silencio, y que a no dudar también deberá merecer la atención del TS.

### **10. Sentencia de la AN de 14 de febrero de 2.013.**

Una nueva [sentencia dictada el 14 de febrero](#) versa sobre un conflicto derivado de un ERE de extinción, en la que la Sala desestima la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por CGT contra la empresa, CC OO y UGT (en concreto, sus respectivas Federaciones de Servicios). En el plano procesal, y con indudable trascendencia en el material, la AN debe pronunciarse sobre la ampliación del período, a efectos del cómputo de despido, planteada por la demandante al inicio del acto del juicio, argumentación rechazada por la empresa, y validada su tesis por la Sala, con el argumento de causarle indefensión “dado que la contestación se había articulado para oponerse a los despidos identificados en la demanda y en el período precisado en el suplico”. La importancia del cambio del suplico radica justamente en que se modifica el período para calcular el número de extinciones efectuadas por la empresa, siendo así que esta conoció en el acto del juicio la petición de la parte demandante, por lo que la Sala entiende que la aceptación de la tesis de la demandante colocaría de forma clara e indubitada en una situación de indefensión a la demandada. El rechazo de la ampliación de la demanda tendrá efectos determinantes para la desestimación de la demanda, ya que al computar el período inicialmente alegado, y de acuerdo con los hechos probados, el número de extinciones fue inferior a 30 en un período de 90 días, por lo que “no se cumple la elemental exigencia numérica (del art. 51 LET) y en consecuencia la demanda sólo puede ser desestimada”.

Por lo demás, y con apoyo en doctrina anterior de la propia Sala y de otros TSJ, a los que añadido yo ahora el Tribunal Supremo, a efectos de cómputo se incluyen las extinciones por despidos objetivos y también los despidos disciplinarios involuntarios, es decir aquellos “cuya improcedencia se reconoce directamente por la empresa o en conciliación judicial o extrajudicial”, no teniendo mayor importancia que no se impugnaran en sede judicial, dado que la impugnación del despido colectivo sólo corresponde a los representantes legales de los trabajadores y sólo puede activarse, tal como ocurrió en el conflicto enjuiciado, “en el momento en que se superan los umbrales legales para la concurrencia de despido colectivo”. Las mismas diferencias existentes entre una impugnación por despido colectivo y las que pueden producirse en caso de despido individual llevan a la Sala a denegar la excepción de cosa juzgada alegada por la empresa por no apreciarse la identidad requerida por el art. 222 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#).

## **11. Sentencia de la AN de 11 de marzo de 2013.**

Vayamos ahora en primer lugar a la [sentencia dictada en el procedimiento nº 381/12](#), por la AN, de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Bodas, en demanda en impugnación de despido colectivo interpuesta por ELA y varios miembros del comité de empresa de Bridgestone Hispania SA, y que pone de manifiesto serias discrepancias entre organizaciones sindicales. La lectura del antecedente de hecho cuarto permite conocer muy fielmente el contenido del litigio, empezando por las alegaciones de los demandantes que solicitaban a la AN que declarara “nulo, o, en su caso, injustificado, el despido colectivo promovido por la empresa demandada”, basándose en la no ratificación del acuerdo del ERE en dos centros de trabajo, la disponibilidad de la empresa para seleccionar los trabajadores afectados y su actuación “absolutamente subjetiva”, la existencia de un grupo de empresa patológico con cabecera Bridgestone Corporation SA y que obligaba, al parecer de los demandantes, a la aportación de las cuentas de la empresa dominante, algo que se no produjo y que impidió la negociación efectiva en el período de consultas, y en fin (y observo yo ahora que cada vez se utiliza más este argumento por las partes demandantes en las demandas) la falta de buena fe por parte de la empresa durante la negociación, “puesto que mantuvo inflexible su decisión de despedir colectivamente”.

Respecto a dos de las empresas demandadas, Bridgestone Corporation SA y Bridgestone Europa SA, me interesa destacar ahora sus alegaciones de falta de legitimación pasiva, en cuanto que ninguna de ellas, se argumentó, eran empleadoras de los trabajadores afectados por el ERE y no había vinculación a efectos de conformación de un posible “grupo de empresas laboral” con Bridgestone Hispania; igualmente, la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes individuales, que eran miembros del comité de empresa ciertamente pero cuya condición de tal no les legitimaba, a juicio de las demandadas, para accionar, “siendo necesario, por el contrario que la decisión la tome el órgano unitario por mayoría”, tesis rechazada por aquellos, que alegaron que podían impugnar al amparo del art. 17.2 de la [Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social](#), por ostentar “interés legítimo, dada su condición de miembros del Comité de Empresa”. Por cierto, en el hecho probado sexto se constata, y me sorprende que las partes demandantes no dieran respuesta adecuada, que tales trabajadores están afiliados a ELA y son miembros de comité de empresa, “aunque no se ha precisado a cuál de los comités de Hispania. No se ha precisado tampoco la composición del comité o comité a los que pertenecen los hoy actores”.

En cuanto a la empresa en la que prestan servicios los trabajadores afectados por el ERE, y de la que son miembros también los citados integrantes del comité de empresa, Bridgestone Hispania SA, argumentó en primer lugar (y así se ha hecho también en otros conflictos en los que ha habido tales resultados en las votaciones) que el acuerdo tenía el respaldo del 75.53 % de la plantilla, y del 76 % de los miembros del Comité Intercentros, y en segundo término que el acuerdo se ajustaba plenamente a derecho dada la difícil situación económica en que se encontraba la empresa por la caída en la venta de vehículos y que ya había implicado la presentación de seis ERES de suspensión de contratos con anterioridad. Respecto a las críticas sobre los criterios de selección de afectados (uno de los caballos de batalla en varias de las sentencias que he tenido oportunidad de examinar) defendió la validez de la aplicación de “menor rendimiento” y “menor antigüedad”, y la objetividad del procedimiento por haber dispuesto de la información adecuada para ello en el primer caso y sin que los

responsables de facilitar la información (directores de planta, área y departamento) supieran “para que se utilizaría dicha evaluación”, desconocimiento que también se recoge ya en el hecho probado undécimo.

De los hechos probados, además de las referencias ya expuestas, cabe destacar el inicio del procedimiento de despido colectivo el 6 de noviembre y la propuesta inicial de despido de 442 trabajadores de cuatro centros de trabajo (ubicados en más de una autonomía); sobre los criterios de selección del personal se afirma que “se prioriza a los trabajadores que acrediten menor capacidad y rendimiento; desaparición de puestos de trabajo sin posibilidad de recolocación; se prioriza a los trabajadores con menos antigüedad y se reservan determinados puestos estratégicos en el centro de Bilbao”. El período de consultas consta de siete reuniones, alcanzándose en la última el acuerdo ahora impugnado, suscrito por los representantes de CC OO y UGT en el Comité Intercentros, del que cabe ahora reseñar que el número de despidos se reduce a 327, y que la indemnización se eleva a 42 días de salario por año de servicio, así como, entre las medidas sociales de acompañamiento, “la preferencia de reingreso en la empresa en el caso de vacantes de su mismo grupo profesional”.

Vayamos ahora a los fundamentos de derecho y me detengo en los contenidos que considero de especial interés. En primer lugar, sobre la falta de legitimación activa de los miembros del comité de empresa que actuaron de forma individual, alegada como excepción por las empresas demandadas y también por CC OO, coincido con la tesis de la sentencia, estimatoria de dicha excepción, ya que la actuación de la representación del personal ha de llevarse a cabo de forma mancomunada si se trata de delegados de personal, o por acuerdo adoptado en el seno del comité de empresa por mayoría de sus miembros, y ello queda claramente reflejado en los arts. 62.2 y 65.1 de la LET. Por su interés para el caso concreto ahora enjuiciado, recuerdo que el art. 65.1 de la LET dispone que “Se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros”. Dado que el art. 124.1 de la LRJS permite la impugnación de la decisión empresarial “por los representantes legales de los trabajadores”, entre los que se incluyen los unitarios, habrá que poner en relación este precepto con los ya citados de la LET y concluir la necesidad de que cumplan los requisitos fijados para la toma de decisiones y su posterior actuación, en su caso, en sede administrativa o judicial, por lo que es correcta a mi parecer la tesis de la sentencia de que “los representantes unitarios no están legitimados para impugnar individual o pluralmente el despido colectivo conforme a lo dispuesto en el artículo 124.1 LRJS”.

La sentencia “recupera” o “reitera” en el fundamento jurídico quinto su doctrina ya expuesta en anteriores resoluciones, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre los grupos de empresa y las diferencias según que sean mercantiles o laborales a efectos de la posible responsabilidad solidaria. La Sala concluye que no existe grupo de empresas a efectos laborales, y lo argumenta con la inexistencia de los criterios que permiten afirmar tal existencia, ya que no ha quedado probada “la confusión patrimonial entre las tres mercantiles codemandadas”, y tampoco se produjo “circulación de trabajadores entre las mercantiles codemandadas” ni participación de directivos o mandos de las dos empresas que alegaron falta de legitimación activa en la actividad de Bridgestone Hispania, argumentos todos ellos que llevan a la Sala a concluir que dichas empresas “nunca fueron empleadores de los trabajadores de Hispania”. Respecto a la coordinación de las actividades empresariales de las empresas

de un grupo la Sala considera que es algo fruto de la realidad societaria cada vez más compleja y que no implica en modo alguno responsabilidad de índole laboral si no concurren los elementos que permitan, en conocida expresión acuñada por el TS, “levantar el velo”. Para la Sala, “la coordinación y centralización de actividades de las empresas de un grupo son típicas de dicha figura empresarial, en la que coinciden al tiempo mecanismos de centralización y descentralización entre las empresas del grupo, en la búsqueda de la mayor eficiencia, centralizándose las funciones, que promocionan la mejor dirección del grupo en su conjunto y descentralizándose aquellas que potencian su actividad, mediante la división racional del trabajo entre las empresas que lo componen”.

La Sala aborda a continuación un aspecto de especial importancia, los criterios de selección de los trabajadores afectados, y es aquí donde sienta nueva doctrina, o al menos no recuerdo haber leído argumentos parecidos en otras sentencias anteriores, en cuanto que considera la utilización del criterio del rendimiento como “un medidor razonable y objetivo”, frente a la tesis contraria defendida por las demandantes, “que se cohonestaba plenamente con el objetivo propuesto: mejorar la competitividad y productividad de la empresa”. Desde la perspectiva importante de relacionar los hechos probados con los fundamentos de derecho, el dato del desconocimiento de a qué podían servir los informes elaborados lleva a la Sala a valorar la actuación de la empresa como acertada jurídicamente y sin haber utilizado el citado criterio de selección “de modo desmedido o irracional”, y sustenta también su tesis en el hecho de que uno de los sindicatos firmantes del acuerdo, CC OO, tenga un “gran número de afiliados” entre los despedidos.

La Sala, a la que supongo consciente de la importancia de esta tesis, la “avala” con el hecho de que fue aceptada por la mayoría sindical del comité intercentros, quien consiguió que se mantuvieran algunos puestos de trabajo y que además no afectara negativamente a las trabajadoras, y con ese apoyo fáctico vuelve a insistir en que el criterio utilizado es razonable y objetivo “puesto que permite mantener en plantilla a los trabajadores más productivos, lo que constituye un bien en su mismo para una empresa, cuya actividad se ha reducido de manera alarmante en el último año y le permitirá acometer con mucha más eficiencia los nuevos avatares del mercado con una plantilla más reducida, pero más productiva globalmente”. Y sí, la Sala es consciente de la aceptación de una tesis que supone conceder un poder extraordinario a la dirección de la empresa, basado en sus métodos organizativos, para poder seleccionar a los trabajadores (olvidando muchas veces que el rendimiento no es un factor de índole individual sino de carácter colectivo y en atención a cómo se organiza la actividad productiva) como se demuestra en el párrafo siguiente que, por su importancia, transcribo literalmente:

“Cuestión distinta es, que en la ejecución de los despidos que, no se olvide, es potestad de la empresa (art. 51.4 ET), se produzcan disfunciones, porque despidan a trabajadores más productivos que otros, lo que deberá hacerse valer en los correspondientes procedimientos individuales. - La tesis contraria, según la cual debería negociarse con el comité intercentros qué trabajadores son menos productivos, desnaturalizaría las potestades empresariales en el despido colectivo y provocaría una indeseable corresponsabilización sindical en unos despidos, que los sindicatos no tienen por qué asumir, porque no son ellos los que despiden, sino la empresa”.

Adquieren menor importancia a mi parecer en la resolución de este conflicto, una vez expuestos y analizados los argumentos de mayor enjundia, las discrepancias sobre el cumplimiento de los requisitos formales alegados por las demandantes, rechazados por la sentencia en cuanto que ha quedado probado que se aportaron los informes técnicos para acreditar la causa productiva, y que ha existido buena fe en la negociación, y que la sucesivas propuestas y contrapropuestas durante el período de consultas, y el acuerdo finalmente alcanzado que modificaba el planteamiento inicial de la empresa y en términos más favorables para los trabajadores, pone de manifiesto para la Sala que se alcanzó un acuerdo que “no duda en considerar ejemplar” (dicho sea incidentalmente, no creo que corresponda a un tribunal valorar la mayor o menor relevancia de un acuerdo, sino simplemente si es conforme a derecho), acuerdo resultado de un período de consultas en el que quedaron acreditados “los cánones de calidad exigidos por la jurisprudencia y la doctrina judicial”. Sobre el carácter “ejemplar” del acuerdo, y por consiguiente casi a modo de aplauso para los sujetos firmantes, es conveniente leer los últimos párrafos del fundamento jurídico décimo, y más concretamente su manifestación de que “las condiciones de salida de estos trabajadores son las mejores posibles, muy por encima de la mayoría de despidos colectivos, habiéndose pactado, por otra parte, un sistema de recolocación con buenas expectativas para alcanzar sus fines, conviniéndose, caso de recuperación de la actividad de la demandada, una prioridad para ser nuevamente contratados”. Que el acuerdo sea muy bueno es algo sobre lo que probablemente pueda estar de acuerdo por mi parte a la vista de los datos recogidos en los hechos probados, pero que tenga que decirlo un tribunal, aunque sólo sea como obiter dicta, sinceramente me parece excesivo.

Finalmente, la Sala ha de resolver, y lo hace en sentido desestimatorio, la petición de las demandantes sobre la inexistencia de causa económica, basada tanto en la existencia de un grupo de empresas laborales, tesis ya rechazada, como por tratarse de una medida “absolutamente irrazonable y desproporcionada” y bajo la que se ocultaría “una maniobra de un grupo transnacional que pretende deslocalizar la producción en lugares en los que el coste salarial es inferior”. La Sala acude a su importante sentencia de 21 de noviembre del pasado año, que reproduce en gran medida y en la que sentó doctrina sobre qué debe entenderse por “conurrencia de causas económicas y productivas” a partir de la reforma operada en el art. 51 de la LET por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012. Recuerdo que la Sala estima necesario utilizar técnicas de ponderación “basadas en la razonabilidad y proporcionalidad de la medida”, y es interesante destacar, por ser nueva la argumentación, que se alega que la normativa reguladora de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, más exactamente los arts. 22.3 y 24.4 del RD 1362/2012, “refuerza significativamente” su tesis, ya que la Comisión o el árbitro designado, cuando deban pronunciarse sobre la inaplicación de un convenio, “deberán pronunciarse, en primer término, sobre la concurrencia de causa y después sobre su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados, cuya aplicación analógica para el control judicial de los despidos colectivos es manifiesta”.

Sobre esta construcción teórica de cómo aplicar el marco normativo en el que subsumir el conflicto concreto, la Sala analiza si la empresa ha acreditado las causas, en primer lugar, y si la medida adoptada “es ajustada al fin propuesto”. De los hechos probados se concluye que sí existen las causas, ya que ha quedado acreditada “la reducción de ingresos de los tres primeros trimestres de 2012 con respecto a los tres primeros trimestres de 2011”, y que la empresa “coloca muchos menos productos en el mercado

respecto al año anterior, lo que le obliga necesariamente a reducir su producción”. Con carácter incidental, la Sala apoya también su razonamiento jurídico en un dato de organización productiva de la empresa transnacional, como es el cierre de una factoría en la ciudad italiana de Bari, “lo cual constituye una medida mucho más radical que las tomadas en España”. Que sea más radical, sin duda, pero que ello vaya a favor de la tesis empresarial es algo que no me parece que necesariamente deba ser así sino que merecería un examen mucho más detallado de las razones empresariales que llevan a tomar determinadas decisiones, y que ciertamente escapan de la competencia de los órganos judiciales si no hay conflictividad jurídica detrás de ellos.

## **12. Sentencia de la AN de 11 de marzo de 2.013.**

La [segundasentencia que afecta a Bridgestone Hispania se dicta en la misma fecha que laanterior, 11 de marzo](#), en demanda interpuesta por varios trabajadores integrantes del comité de empresa del centro de trabajo de Burgos, y dos de ellos integrantes de una sección sindical. Se pide la declaración de nulidad de la decisión empresarial por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical, y por actuación en fraude de ley, así como también una indemnización por daños morales sufridos por la sección sindical del [Bloque Unificado de Trabajadores](#), sindicato al que pertenecen dos trabajadores impugnantes de la decisión empresarial.

El interés del litigio radica básicamente en cuestiones de índole procesal, es decir de legitimación activa de los sujetos que impugnan, por lo que tiene especial interés reproducir un párrafo de la argumentación realizada por una de las empresas demandadas, y a la que se adhirió el sindicato CC OO: “Seguidamente, opuso la excepción procesal de falta de legitimación activa de los demandantes, pues los dos trabajadores que se identifican en la demanda como responsables de la sección BUB y miembros del comité de empresa, resulta que no son delegados sindicales. En su momento fueron elegidos para formar parte del comité de empresa en las listas de CCOO, sindicato que posteriormente abandonaron y constituyeron la sección BUB, si bien no consta que estén afiliados a este último. Por otra parte, los miembros individuales del comité de empresa no estarían legitimados para negociar, porque es este órgano colegiado el que ostenta, como tal, la legitimación. En definitiva, al no accionar BUB sino quienes dicen representar a su sección pero tampoco lo han acreditado, carecen de legitimación a estos efectos. Por último, el legal representante de la mercantil discutió también que este sindicato tenga implantación suficiente en el ámbito del despido”.

La tesis empresarial fue rechazada por los demandantes con la argumentación de que dos de ellos eran miembros tanto del comité de empresa como responsables de la sección sindical del BUB, y que los restante demandantes “como personas físicas afectadas poseen legitimación en este procedimiento”. En el hecho probado decimoquinto, de especial interés para la resolución del conflicto, se recoge que el sindicato BUB tenía inicialmente su ámbito de actividad únicamente en el País Vasco, pero que en abril de 2011 el ámbito del Sindicato es ampliado a nivel nacional, en aras a poder efectuar la defensa de los intereses de los trabajadores de la empresa BRIDGESTONE, en sus plantas de Bizkaia, Burgos y Cantabria. El art. 11 de sus Estatutos contempla los órganos de representación, gobierno y administración, y prevé a estos efectos que el conjunto de afiliados puedan constituir, en el centro de trabajo o en la empresa, secciones sindicales "conforme a la legislación vigente". No se regula su



funcionamiento ni competencias”. También tiene especial importancia el hecho decimonoveno, en el que se recoge que tres integrantes de la sección sindical del BUB, dos de ellos demandantes en este litigio, y que se identifican como responsables de la misma, firman un escrito en el que hacen constar "desde la Sección Sindical del Sindicato BUB en la planta de Burgos, que estamos conformes en nombre de esta Sección Sindical la decisión de impugnar el Expediente de Despidos Colectivos en las fábricas de Bridgestone Hispania.". La tesis de la falta de legitimación activa de los demandantes, además de otros defectos procesales, fue expuesta igualmente por el Ministerio Fiscal.

La fundamentación jurídica de la sentencia, de la que ha sido ponente la magistrada Carolina San Martín, se centra en la excepción de la falta de legitimación activa de los demandantes, con lo que se suma desde el plano doctrinal a la ya resuelta en la primera sentencia analizada en esta entrada del blog. La Sala recuerda los términos del art. 124.1 de la LRJS, con una mención que destaco ahora sobre la necesaria implantación del sindicato demandante en el ámbito del conflicto colectivo y otra sobre la posibilidad de que la impugnación se efectúe por los representantes elegidos ad hoc cuando no hubiere representantes de personal, apuntando ya la Sala que dicha posición de representantes “no ocupan los quince demandantes, que lo hacen a título individual”.

Tal como ha expuesto en la anterior sentencia, la Sala reitera con buen criterio, que el Comité de Empresa, al que pertenecen dos de los demandantes, sólo puede accionar en sede administrativa o judicial por decisión mayoritaria de sus miembros de acuerdo al art. 65.1 de la LET, y que en este caso no consta que se haya adoptado tal decisión, trayendo a colación en apoyo de su tesis la doctrina del [TSJ del País Vasco en su sentencia de 11 de diciembre](#) y la del [TSJde Murcia de 9 de julio](#).

Como aportación más específica de doctrina de la Sala cabe citar cómo resuelve la alegación de que los trabajadores demandantes que eran miembros “responsables” de una sección sindical presente en la empresa estaban legitimados activamente para interponer la demanda. La Sala se atiene a cuestiones de índole formal, que en este caso considero necesarias y correctas en cuanto que hubieran debido ser razonablemente aportadas y justificadas por los demandantes, y que hubieran podido hacerlo, como son la inexistencia de reglamento interno sobre el funcionamiento de la sección sindical ni tampoco concreción alguna sobre su funcionamiento en los Estatutos del sindicato, y tampoco consta la existencia de un acuerdo adoptado por esta sobre la designación de los demandantes para la interposición de la demanda, no aceptando la Sala que los trabajadores demandantes sean “juez y parte”, ya que “Ante la carencia absoluta de regulación, parece lógico exigir, al menos, la acreditación de un acuerdo adoptado democráticamente por los miembros de la sección, para que los Sres. que hoy demandan lo hagan en nombre de la misma, pero lo único que obra en autos, y así se refleja en el hecho probado decimonoveno, es un escrito firmado por ellos mismos en el que manifiestan en nombre de la sección que respaldan la presente demanda”.

Cabe pensar, por consiguiente, que una actuación más diligente de los autodenominados responsables de la sección sindical, y el cumplimiento de la normativa sobre estatutos sindicales al amparo de lo previsto en la [Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical](#), hubieran podido permitir la impugnación de la decisión empresarial y el conocimiento de la misma por parte de la Sala, si bien no hay argumento alguno a mi parecer que

pudiera hacer pensar en una resolución diferente de la recogida en la sentencia anteriormente comentada.

### **13. Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2.013.**

La [sentencia de 6 de marzo de la AN](#) versa sobre la demanda presentada por la empresa Securitas Seguridad España SA, solicitando que se declare conforme a derecho su despido colectivo. Las partes demandadas, los sindicatos USO, UGT, CC OO y CSI-F, admitieron expresamente los hechos recogidos en la demanda y solicitaron una sentencia ajustada a derecho. O dicho de otra forma, la Sala conoció de un conflicto sin conflictividad, una demanda formalmente dirigida contra unos demandados, si bien estos están de acuerdo con la demandante. No deja de ser un ejemplo claro de lo que acabo de decir, que en los antecedentes de hecho, y al referirse la sentencia a las manifestaciones del sindicato UGT demandado en el juicio, se exponga que este “admitió los hechos de la demanda y solicitó una sentencia ajustada a derecho, puesto que la empresa demandada cumplió el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET y acreditó la concurrencia de causas, destacando, en cualquier caso, que hubo negociación efectiva, puesto que se redujeron los despidos de 660 a 330 trabajadores y se mejoraron significativamente las indemnizaciones, que pasaron de 20 a 33 días por año”. En este [enlace de la Federación de Trabajadores de Seguridad Privada USO Canarias](#) pueden leerse todas las actas del período de consulta y los acuerdos adoptados.

El período de consultas se llevó a cabo por la empresa con las secciones sindicales de los cuatro sindicatos antes citados, que suman más del 85 % del total de representantes, y que al amparo de la normativa vigente adoptaron la decisión de ser ellas quienes asumieran la representación de los trabajadores en el proceso negociador del ERE. Queda constancia en los hechos probados de toda la documentación presentada por la empresa y de la celebración de varias reuniones durante el período de consultas, que concluyeron con acuerdo suscrito el 3 de diciembre. Igualmente, y a efectos formales, queda también debida constancia de que el acuerdo no ha sido impugnado ni por la comisión negociadora ni por la autoridad laboral, o dicho de otra forma, la Sala constata el respeto a los plazos previstos por el artículo 124.3 de la LRJS, es decir la interposición de la demanda por la parte empresarial una vez transcurrido el plazo de caducidad para su presentación por la representación de los trabajadores, o en el supuesto de no haberla presentado de oficio la autoridad administrativa laboral (art. 148 b, es decir en casos de apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, o “cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”). Por fin, en el hecho probado undécimo se explica con mucha claridad el “deterioro de la actividad empresarial”, basado en el descenso continuado de ingresos, el incremento constante de costes salariales y la rotación negativa de la cartera de clientes, y recuerdo una vez más que no hay discrepancia sobre la parte demandante y demandadas respecto a estos hechos, o por decirlo con las palabras de la sentencia (fundamento jurídico segundo) se trata de “hechos no controvertidos... que fueron reconocidos de contrario”.

Probablemente sea una de las sentencias más sencillas que haya debido dictar la AN desde que ha empezado a conocer de las demandas por ERES de ámbito supraautonómico a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, y buena prueba de ello es que un solo, y corto para lo que es habitual en las sentencias de la Sala,

fundamento de derecho (tercero) resuelve el litigio (si es que podemos utilizar esta palabra) estimando la demanda y declarando “justificado el despido colectivo decidido por dicha mercantil”, y condenando a las demandadas “a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos”.

La sentencia, con rigurosidad formal y tras constatar que no se había impugnado el ERE por otros sujetos legitimados para ello, tal como he apuntado con anterioridad, explica que se respetaron por parte de la empresa las obligaciones que establece el art. 51 de la LET y los arts. 4 y 5 del [RealDecreto 1483/2012](#); es decir, hubo período de consultas con representantes de los trabajadores, propuestas y contrapropuestas en esa fase, y suscripción final de un acuerdo “fructífero” ya que se redujo el número de despedidos y se incrementó el montante económico de las indemnizaciones, y de ahí que la Sala considere que la empresa demandada “cumplió escrupulosamente el período de consultas exigido por el art. 51.2 ET”.

En la misma línea de aceptación de la tesis empresarial, la Sala considera probadas las razones económicas aducidas para presentar el ERE, y las razones organizativas para su presentación que guardan relación, lógica consecuencia de lo anterior, con una plantilla “muy superior a la necesidad de demanda empresarial”, concluyendo que existe tal causa “al ser impensable que una empresa, cuyo volumen de negocio e ingresos se ha reducido geométricamente en un contexto recesivo, mantenga la totalidad de su plantilla, planificara para períodos expansivos”.

#### **14. Sentencia de la AN de 19 de marzo de 2.013.**

Antes de iniciarse el período vacacional de Semana Santa la [Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó una importante sentencia el 19 de marzo](#), de la que fue ponente la magistrada Carolina San Martín, en la que desestima “la demanda de conflicto colectivo interpuesta por FSC-CC.OO; CGT, y en consecuencia absolvemos a UNIPOST SA; UGT; USO de sus pedimentos”. Y digo que la sentencia es importante a mi parecer por un doble motivo: en primer lugar porque se trata de la segunda sentencia que dicta la AN en un ERE presentado por la empresa Unipost, tras la dictada el 28 de enero de este año y en la que desestimó la demanda interpuesta contra la Resolución de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos por la que se desestimó su petición de inaplicación del convenio colectivo vigente al amparo del art.82.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, y en este caso sí se aceptará la tesis de la empresa tras su validación por la citada Comisión; en segundo término, porque se plantea la posibilidad, que resuelve en términos afirmativos, de que puedan accionarse por la empresa de forma casi conjunta en el tiempo propuestas de inaplicación del convenio colectivo y de presentación de un ERE de suspensión de contratos y reducción de jornadas de trabajo.

Vayamos por parte. El conflicto colectivo se interpone por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO y por el sindicato CGT los días 3 y 23 de enero respectivamente. Tras la pertinente acumulación de las demandas, el juicio se celebró el 14 de marzo. Por la primera demandante se pidió la nulidad del ERE presentado por la empresa, alegándose falta de negociación de buena fe durante el período de consultas y no aportación de toda la documentación necesaria para poder llevar a cabo correctamente el proceso negociador, y también por actuar la empresa de forma fraudulenta y con abuso de derecho, “por dar comienzo al presente expediente antes de que terminara el previo, habiendo puesto en marcha, además, dos descuelgues salariales y un acuerdo de flexibilidad salarial y de jornada”. Por la segunda demandante, se

argumentó también la inexistencia de la causa productiva alegada por la empresa y la existencia de vicios de fondo en el ERE en cuanto a la falta de concreción de cuándo y por cuánto tiempo operaría la suspensión, e igualmente la pertenencia de la empresa demandada a un grupo de empresas de las que no se había facilitado información durante el período de consultas.

Por parte de Unipost, entre otras razones, se destacó la especial gravedad de su situación económica y se expusieron dos argumentos que considero de interés jurídico para abordar la resolución de este caso: en primer lugar, que la CCNCC había aceptado el descuelgue salarial, o más exactamente inaplicación del convenio colectivo vigente, en la Decisión dictada el 9 de enero (recuérdese que una petición anterior en agosto de 2012 fue rechazada), “sin que ninguno de los actuales litigantes lo impugnara”; en segundo término, defendió la validez de tratar conjuntamente un ERE de suspensión y reducción de jornada, y un descuelgue o inaplicación del convenio, ya que los interlocutores empresariales y de los trabajadores (comité intercentros) “son los mismos” en ambos casos”. En cuanto a la razonabilidad o proporcionalidad de la medida adoptada, después de un amplio proceso de negociación, se justifica porque aquello que está en juego “es la subsistencia de la empresa”. En fin, dado que había otras partes codemandadas, los sindicatos UGT y USO, estos manifestaron en el acto del juicio que comprendían los motivos de las demandas pero que también eran conscientes de la situación por la que atraviesa la empresa, y por ello solicitaban una sentencia conforme a Derecho”.

En los hechos probados de la sentencia, en concreto el segundo, se recoge toda la historia del conflicto anteriormente conocido por la Sala en su sentencia de 28 de enero. A continuación, se explica cómo la empresa presentó un ERE de suspensión de contratos y reducción de jornada en fecha 16 de octubre, es decir poco después de que la CCNCC decidiera el 28 de septiembre no aceptar la petición de inaplicación del convenio colectivo, y que en la misma reunión “la empresa comunicó también su intención de descolgarse del convenio de la empresa, abriendo el período de consultas también a estos efectos”, entregando en estas y en posteriores reuniones la documentación requerida por la normativa vigente para abordar ambas cuestiones, y concluyendo el período, tras cambios en las propuestas empresarial, con una última propuesta con suspensión de contratos durante 140 días hábiles o alternativamente reducciones de jornada “de hasta un 30 %, en el mismo período, de la totalidad de la plantilla de la empresa”.

Poco después, y tal como se deja constancia en el hecho probado décimo, el 13 de enero la CCNCC dictó resolución por la que aceptaba la inaplicación del incremento salarial previsto para 2103 en el convenio de empresa, y “esta resolución no ha sido impugnada”.

Dejemos por unos momentos la justicia y vayamos a la Administración. En efecto, [la CCNCC dictó resolución en el expediente 14/2012](#), a partir de la solicitud formulada por la empresa el 11 de diciembre de 2012, declarando que sí procedía la inaplicación del convenio colectivo, “consistente en inaplicar el incremento salarial previsto para 2013, manteniendo por tanto las tablas salariales que han regido durante 2012”. En el fundamento de derecho tercero se recogen los argumentos más interesantes de la citada Decisión, poniéndose de manifiesto la oposición de la representación sindical (tanto por razones de inconstitucionalidad de la actuación de la CCNCC como por falta de

existencia de la causa alegada por la empresa) y la tesis favorable tanto de la representación empresarial como de la Administración por las dificultades económicas suficientemente probadas y acreditadas por la empresa. Por su interés, reproduzco textualmente tres párrafos de dicho fundamento.

“La concurrencia de la causa económica deriva de la constatación de una situación económica negativa de la empresa consistente en la acreditación de reiterados resultados negativos en los sucesivos trimestres a partir de 2012, que se han visto agravados en los últimos tiempos, especialmente a partir del mes de junio de 2012. Tal como se desprende de la documentación contable y del Informe de la Inspección de Trabajo, resulta acreditado, según del parecer de la mayoría de los miembros del pleno de la CCNCC, que en junio del año 2012 el resultado de explotación de la empresa era de menos 1.078 miles de euros y el financiero de menos 612 miles de euros, por lo que el resultado antes de impuestos fue de menos 1.690 miles de euros. En octubre de 2012 el resultado de explotación ha sido de menos 3.108 miles de euros y el financiero de menos 976 miles de euros, por lo que el resultado antes de impuestos fue de menos 4.085 miles de euros.

Constatada, por tanto, la concurrencia de la causa económica, el Pleno de la CCNCC, por mayoría, estimó que la medida propuesta por la empresa adecuada en relación a las causas y a sus efectos sobre los trabajadores afectados, de conformidad con lo reseñado en el artículo 22.3 del R.D. 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos; tal como, por otra parte, se refleja en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dado que la inaplicación solicitada se concreta en el mantenimiento de las tablas salariales previstas para el año 2012 durante el año 2013, no aplicando, por tanto, el incremento previsto para este último año que se determina en un incremento medio del 3,4%, se estima que dicha inaplicación resulta adecuada en atención a las fuertes pérdidas constatadas en la empresa y a las dificultades que como consecuencia de las mismas se producen en su actuación en el mercado.

Por todo lo expuesto, esta Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos adoptó por la mayoría cualificada que exige el artículo 8.3, en relación con el artículo 16.3 del R.D. 1362/2012, de 27 de septiembre (mayoría absoluta de miembros de la Comisión: habiendo votado a favor 12 vocales y con la oposición de los 4 vocales que representan a los sindicatos UGT y CC.OO)...”.

Regreso a la resolución judicial para destacar aquellos contenidos de los fundamentos de derecho que me parecen más relevantes.

A) En primer lugar, un nuevo y razonado análisis de qué debe entenderse por período de consulta, en donde la Sala reitera su tesis de que se trata de “una manifestación propia de la negociación colectiva, que ha de versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, siendo exigible que durante el mismo las partes negocien de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”, que considera que sí se ha producido en el caso enjuiciado a partir de los hechos declarados probados. A este análisis se añade una importante manifestación, a la que creo que hubiera convenido darle algo más de argumentación dada la importancia del supuesto planteado, de que no obsta a la validez del período de

consultas “el que se negociara la suspensión y reducción de jornada al mismo tiempo que un descuelgue salarial, pues nada en la legislación vigente impide dicha negociación simultánea, siempre que se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de estas medidas, lo que no se ha alegado que se incumpliera”.

Es cierto lo último, pero no lo es menos que los procedimientos de los arts. 47 y 82.3 de la LET tienen sus propios y específicos requisitos, y dudo mucho de que estén pensados para ser abordados en un mismo período de consultas, por lo que quizás hubiera sido conveniente no quedarse en la mera alegación de las partes demandantes sobre el posible incumplimiento, sino en entrar a valorar, dado que se trata de una cuestión sobre la que creo que es la primera vez que la Sala se pronuncia tras la reforma laboral, de qué forma y en qué condiciones es posible el planteamiento de un acción conjunta de ERE e inaplicación de convenio por parte de la empresa.

B) Más adelante, y refiriéndose a la existencia de la causa alegada por la empresa, la Sala se apoya en la Decisión de la CCNCC y critica que los demandantes no realizaran “el más mínimo esfuerzo” en fase administrativa para sustentar sus afirmaciones, entendiendo que tanto en sede administrativa como judicial se puede concluir que “que concurre causa económica más que suficiente y proporcionada para llevar a cabo las medidas decididas por la empresa, y en cualquier caso esta última fundó también su decisión en causa productiva, que no se ha cuestionado”. La existencia de dichas causas y su justificación lleva a que la AN considere inexistente el fraude de ley y abuso de derecho alegado por las demandantes, basado en el “encadenamiento” de medidas de flexibilidad interna desde hacía varios meses.

C) Hay dos cuestiones más de interés en los fundamentos de derecho que conviene reseñar. Si habitualmente la crítica al mal funcionamiento, a la no operatividad, del período de consultas, va dirigida a la actuación empresarial, encontramos por el contrario una crítica a la actuación sindical por pedir una documentación sólo dos días antes de finalizar el período, considerando la Sala que era “razonable que, a dos días del fin del período de consultas, la empresa no tuviera tiempo material para aportarla” y valorando además de forma positiva que la empresa aceptara reunirse, después del período de consultas, con el sindicato CC OO para explicar todo aquello que se le había pedido, algo que no fue aceptado por la parte ahora demandante, y de ahí que la Sala argumente que “habiendo transcurrido el período de consultas sin que la representación de los trabajadores solicitara información concreta adicional, a salvo del requerimiento que hace CCOO cuando está casi finalizado, consideramos que en absoluto ha quedado acreditado que sin la documentación pedida por el citado sindicato fuera objetivamente imposible la negociación efectiva durante el período de consultas”.

Por otra parte, y respecto a la crítica de que las cuentas provisionales de la empresa demandada se habían presentado sin firma y en modelo no oficial, la Sala es del parecer que aun cuando así se disponga por la normativa vigente respecto a la firma, su incumplimiento, “aun siendo reprochable, sería suficiente como para invalidar la medida empresarial, puesto que se trata de una exigencia formal destinada a apoyar la autenticidad del documento y la responsabilidad de quienes lo suscriben, pero en absoluto resulta un requisito constitutivo sin cuya concurrencia haya que concluir, necesariamente, que el contenido del documento no es veraz”.

Un mayor desarrollo argumental de esta tesis se encuentra en [otra sentencia dictada en la misma fecha. \(Recurso 21/2013, y ponente el magistrado Ricardo Bodas\)](#) relativa a un conflicto derivado de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y en el hubo alegaciones semejantes a las de la sentencia enjuiciada. Para la Sala, tal como se recoge en el fundamento jurídico tercero, la omisión de la firma por parte de los administradores o representantes de las demandadas en las cuentas provisionales de 2012 no constituyen un vicio grave, que comporte la nulidad de la medida, aunque la firma constituya una garantía para la RLT, puesto que la suscripción de las cuentas provisionales por administradores o representantes comporta responsabilizarse de las mismas, pero no es menos cierto que, si los representantes de los trabajadores dudaban que los administradores o representantes de las empresas hubieran validado dichas cuentas provisionales, debieron exigir que se firmaran durante el período de consultas, puesto que se trata de un defecto subsanable, al ser impensable que no fueran asumidas por los responsables de la empresa, que fueron precisamente quienes las aportaron al entregar la documentación reflejada en el hecho probado sexto. - Por lo demás, la exigencia de firma se predica en el art. 37 C. Co., así como en la norma 1ª.2.2 del RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, para las cuentas anuales y no para las cuentas provisionales, cuya misión es comprobar la evolución de la empresa antes de concluir el ejercicio contable, por lo que descartamos que la falta de firma de las cuentas reiteradas constituya causa de nulidad de la medida”.

Por cierto, y dicho sea incidentalmente, la última sentencia citada recoge que es el art. 64.1 de la LET el aplicable en los procedimientos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación del convenio colectivo (arts. 40 41 y 82 de la misma norma) en todo lo relativo al derecho de información de la representación de los trabajadores, ante la inexistencia de una regulación legal y reglamentaria propia, y que dicha información es distinta de aquella que la parte empresarial debe facilitar en ERES extintivos, “porque la regulación diferenciada para los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada y la ausencia total de regulación para los demás procedimientos de flexibilidad interna acredita claramente que la intención de legislador no fue nunca generalizar los deberes informativos exigidos para el despido colectivo para las medidas de flexibilidad interna”.

### **15. Sentencia de la AN de 20 de marzo de 2.013.**

Analizo a continuación la [sentencia dictada el 20 de marzo](#), dictada por la AN, de la que fue ponente el magistrado Manuel Poves. En dicha sentencia hay algunas cuestiones de especial interés jurídico que, al igual que en las restantes sentencias, es conveniente mencionar. En primer lugar, el debate entre los representantes de los trabajadores (representantes unitarios en tres centros y comisiones ad hoc en dos) sobre la negociación por empresa o por centros de trabajo, acordándose finalmente, con buen criterio jurídico a mi parecer y en coherencia con la doctrina sentada por la AN, que la negociación se efectuaría con carácter global, si bien la validez final del posible acuerdo quedaba condicionada a que fuera aprobado en votación de cada centro de trabajo, siendo así que finalmente sólo hubo un centro que aceptó la oferta final empresarial.

En segundo término, la aceptación de que el comité de un centro de trabajo puede impugnar la decisión empresarial, que afecta a todos los centros de la empresa, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 124.1 de la [Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción](#)

[social](#), que no requiere ningún tipo específico de implantación a la representación unitaria, a diferencia del requerimiento de implantación suficiente para la representación sindical, diferencia que queda debidamente justificada, y comparto el criterio de la Sala puesto de manifiesto ya en una sentencia anterior de 11 de enero, porque el citado precepto “no exige ningún requisito a los representantes unitarios, como no podría ser de otro modo, ningún tipo de implantación, puesto que su misma condición representativa acredita una relación real y efectiva en el ámbito del despido, siéndoles exigible acreditar únicamente, que la impugnación se decidió mancomunadamente, cuanto se trate de delegados de personal, o por la mayoría de los miembros del comité de empresa, conforme disponen los arts. 62.2 y 65.1 [ET](#)..”.

En tercer lugar, la aceptación de la ampliación de la demanda, aunque se produzca varios meses más tarde de su presentación, por entender que el debate sobre la existencia de un grupo patológico de empresas (a efectos laborales) y las dificultades para llegar al conocimiento de esa realidad por la parte trabajadora, al tratarse de un grupo multinacional, puede llevar a que dicho conocimiento sólo se alcance con posterioridad, con independencia obviamente de lo que decida el tribunal al respecto, siendo irrelevante para la Sala que desde el inicio del conflicto se conociera que la ahora demandada era la empresa matriz del grupo, “puesto que dicha circunstancia no acredita por sí misma, la concurrencia de grupo patológico, que es la causa de pedir frente a la misma”. Y en efecto, la Sala desestima la tesis de la demandante de la existencia de un grupo patológico, a partir de los hechos declarados probados, por considerar que no se han acreditado los requisitos que la jurisprudencia del TS exige para que pueda afirmarse su existencia (funcionamiento integrado de la organización del trabajo, prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, búsqueda artificiosa o elusión de responsabilidades laborales...).

La Sala desestima la petición de nulidad por falta de aportación de la documentación a que está obligada la parte empresarial según la entonces normativa vigente ([RD 801/2011](#), arts. 6 a 8, en relación con el art. 51.2 de la LET), e incluso destaca que aportó una documentación a la que no estaba legalmente obligada (las cuentas consolidadas de la empresa matriz), dato que le lleva a concluir que queda acreditada “una vocación de transparencia por parte de la empresa demandada, que nos permite descartar fundadamente, que haya impedido o limitado los derechos de información de los demandantes, quienes tuvieron la información necesaria para conocer cabalmente la situación existente y promover las propuestas, que consideraron oportunas...”.

Último, y no menos importante, llegamos al fundamento jurídico octavo. Con buena lógica argumental (basada sin duda en la ya consolidada doctrina de la AN y de los TSJ sobre la reforma laboral de 2012 y la relación de la normativa estatal con la [Directiva de la UE sobre despidos colectivos](#)) la parte demandante expuso que no había existido buena fe comercial por parte empresarial, “puesto que nunca abrió la posibilidad de retirar el despido, ni reducir sus efectos, ni tampoco aliviar sus consecuencias para sus trabajadores, oponiéndose la demandada, quien defendió, en todo momento, que su situación era tan inviable, que permitía otras alternativas distintas a las ofrecidas en la reunión de 1-07-2012...”. La Sala comparte la tesis de la importancia del período de consultas y que en modo alguno puede considerarse una mera formalidad, en la misma línea que ha defendido en muchas de sus sentencias anteriores, pero atiende a la situación del caso concreto enjuiciado (tesis que sin duda será acogida con interés por el mundo jurídico empresarial para poder intentarla aplicar en otros litigios, en el bien



entendido, insisto, que la realidad litigiosa de cada empresa ha de analizarse individualmente y sin tomar en consideración aquello que haya podido ocurrir en otra) y concluye que el debate no ha de significar necesariamente llegar a un acuerdo “puesto que si la situación de la empresa es tan calamitosa, que su única salida es su liquidación, no constituye expresión de mala fe defender que la única alternativa es el cierre y consiguientemente el despido de todos los trabajadores de la plantilla”.

Son los datos recogidos en hechos probados (siempre tan importantes en cada litigio para aplicar los correspondientes fundamentos de derecho) los que llevan a la Sala a valorar como ajustada a derecho la decisión empresarial con referencias a la gravísima situación económica de la empresa y, no se olvide por su importancia, al hecho de que durante el período de consultas, durante el que no modificó su posición inicial de despido de toda la plantilla, la empresa estaba en puertas de un concurso de acreedores que llevaría finalmente a su liquidación, realidad jurídica y económica que lleva a la Sala a concluir que la empresa “no quebró, de ningún modo, las exigencias de buena fe en la negociación colectiva”. Habrá que seguir con atención las próximas resoluciones judiciales de la propia AN y de los TSJ para ver si se alega por parte empresarial esta tesis en posteriores litigios, que debería pasar en cualquier caso la prueba, no sólo de la existencia de una gravísima situación económica, sino también la del intento, en términos que no dejen lugar a dudas, de la parte empresarial de una explicación clara y contundente de la imposibilidad de efectuar ningún movimiento durante el período de consultas, y repárese que todos los tribunales enfatizan como regla general la importancia de la aportación de propuestas por ambas partes durante dicho período.

#### **16. Sentencia de la AN de 27 de marzo de 2.013.**

La [sentencia de 27 de marzo](#), de la AN, de la que es ponente el magistrado Ricardo Bodas, versa sobre la demanda presentada por la Federación de Banca de la CGT contra una empresa y también contra CC OO, y su interés radica en la legitimación de la parte demandante para poder accionar. La empresa tiene centros de trabajo en Madrid, Valladolid y Barcelona, mientras que según consta en el hecho probado segundo, la CGT constituyó una sección sindical en el centro de Madrid pero no acreditó en juicio el número de afiliados a la sección, y, por otra parte el sindicato accionante no dispone de representantes unitarios en los centros de trabajo mencionados.

Justamente, uno de los motivos alegados por la parte demandante en su demanda para solicitar la nulidad de la decisión empresarial fue que durante el proceso negociador del ERE “no se contó con la sección sindical de CGT, quien está debidamente implantada en la empresa”. De contrario, por la empresa demandada se alegó falta de legitimación activa del demandante, por no tener presencia en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa ni tampoco constar el número de afiliados a la sección sindical. Por la otra parte demandada, el sindicato CC OO, también se formuló la misma alegación formal, y además, a efectos de destacar que el acuerdo alcanzado con la empresa durante el período de consultas tuvo el visto bueno de los trabajadores, puso de manifiesto que dicho acuerdo fue refrendado por todos los centros de trabajo en asambleas celebradas el 16 de enero.

Es de interés conocer, y queda recogido en el hecho probado séptimo, que el período de consultas del ERE, que incluía tanto medidas de modificación como de extinción de contratos, se llevó a cabo con la sección sindical de CC OO y con los comités de

empresa de los tres centros de trabajo. De la información disponible queda constancia que se produjo un intento de mediación entre las partes ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) en los días 9 y 14 de enero, “a las que acudió un representante y un asesor de CGT, aunque no consta en calidad de qué, quienes se desmarcaron en todo momento de las mediaciones antes dichas..”.

En los fundamentos de derecho, se pone de manifiesto por la Sala que no ha quedado acreditado el número de afiliados a la sección sindical del centro de Madrid, no habiéndose probado por la parte demandante a quien correspondía, ex art. 217 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), la carga de la prueba.

La Sala debe responder a la alegación de la falta de legitimación de la parte demandante como paso previo a poder entrar o no en el fondo del asunto y la petición de nulidad de la decisión empresarial, y lo hace partiendo del estudio de la normativa que es de aplicación, esto es los arts. 17.2 y 124.1 de la LRJS. Frente a la tesis de las partes demandadas de que la demandante “no tiene una mínima implantación en la empresa”, la demandante se opone y alega que la demanda no ha sido presentada por la sección sindical sino por el sindicato (la Federación de Banca), “cuyo ámbito de actuación es superior al despido”.

Recordemos que el art. 124.1 de la LRJS permite interponer la demanda contra la decisión empresarial de despido tanto por la representación unitaria como por la sindical, en el bien entendido de que si se presenta por la segunda deberá tener “implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”. Respecto a qué deba entenderse por implantación suficiente hemos de acudir al art. 17 de la misma norma, que regula la legitimación procesal, y en concreto a su apartado 2 que la reconoce a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, “siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate”. La Sala acude a la jurisprudencia del TS para concretar qué debe entenderse por “implantación suficiente”, con una extensa cita de la [sentencia de 20 de marzo de 2012](#), en la que se efectúa un buen análisis de la diferencia entre un mero interés genérico (del demandante) en la aplicación del derecho objetivo, y “un interés propio, cualificado y específico, o sea un interés legítimo...”, y se pone de manifiesto la importancia de acreditar por el demandante cuál es su nivel de implantación en el ámbito del conflicto, no bastando con la mera alegación de la existencia de una sección sindical si no se acredita el número de afiliados, poniendo de relieve, con cita de su propia doctrina recogida en la sentencia de 12 de mayo de 2009, que la constitución de la sección sindical “... sólo pondría en evidencia que el sindicato demandando cuenta con algún afiliado en la plantilla de la empresa, pero no su número ni el porcentaje de afiliación”.

La traslación de esta doctrina del TS al litigio enjuiciado por la AN ha de llevar necesariamente a la aceptación de la excepción de legitimación activa del sindicato demandante, por no haber acreditado el número de miembros de la sección sindical, a lo que debe añadirse que no tiene presencia en ninguna de las representaciones unitarias de los centros de trabajo; falta de acreditación que queda constatada por las manifestaciones de un miembro de dicha sección en el acto de juicio de que la empresa no descontaba en la nómina la cuota sindical, aunque tampoco me parece que hubiera sido tan difícil presentar por la demandante una relación nominal de todos los afiliados y, en su caso, con la debida acreditación. Por consiguiente, y sin darle la Sala mayor

importancia a la presencia de la demandante en el procedimiento de mediación ya que “no queda constancia en calidad de qué participó”, se declara la falta de legitimación de la CGT para accionar en este litigio, al no acreditar implantación suficiente en el ámbito del conflicto.

### **17. Sentencia de la AN de 4 de abril de 2.013.**

La [sentenciadictada el 4 de abril](#), de la AN, de la que es ponente el magistrado Manuel Poves, versa sobre la demanda interpuesta por la CGT contra una empresa, los sindicatos CC OO y UGT, y el grupo independiente (GRIN), solicitando la declaración de nulidad de la decisión empresarial por haber actuado de mala fe durante el período negocial.

En los hechos probados se deja constancia de que la CGT tiene un 30 % de representatividad en la empresa demanda, Sitel Ibérica Teleservices SL, mientras que el 70 % restante corresponde a CC OO (47 %), UGT (13 %) y GRIN (10 %), y que dicha empresa se dedica a la prestación de servicios de atención y venta telefónica a través de contact centers, con una amplia explicación de los avatares económicos que han llevado a una reducción importante de su actividad por pérdida de clientes. La empresa presentó un ERE para extinguir 131 contratos, y se acordó que el período de consultas se desarrollaría con las secciones sindicales implantadas en la empresa, alcanzándose acuerdo con CC OO, UGT y GRIN, y oponiéndose la CGT, acuerdo de cuyo contenido queda debida constancia en el hecho probado noveno y que pasa por la reducción de 124 contratos con una indemnización ligeramente superior a la legalmente prevista en la LET, creación de una bolsa de trabajo en el centro de trabajo de Zaragoza, posibilidad de traslado al centro de Sevilla, plan de recolocación externa y abono por la empresa de las cuotas de los trabajadores con 55 o más años de edad para financiar el convenio especial con la Seguridad Social. Queda igualmente constancia de que únicamente un trabajador aceptó la propuesta de traslado al centro de Sevilla.

La Sala pasa revista en primer lugar, al cumplimiento de los requisitos legalmente fijados para el período de consultas, en concreto de los recogidos en el art. 51.2 de la LET y del art. 5 del [RD 1483/2012](#), referidos a las extinciones por causas organizativas o de producción, y a partir de todos los datos recogidos en los hechos probados, señaladamente la existencia de diferentes propuestas y el acuerdo finalmente alcanzado que mejora la propuesta empresarial inicial, concluye que se han respetado las formalidades legales, se ha aportado la documentación requerida y se ha negociado entre las partes, siendo significativo (y la AN vuelve a insistir, una vez más, en la importancia del dato del porcentaje de representatividad que tengan los firmantes del acuerdo) que el acuerdo “se haya suscrito por el 70 % de los representantes de los trabajadores”. La Sala rechaza, por consiguiente, la tesis de la demandante de no haber aportado la empresa toda la documentación a la que estaba obligada.

La demandante alegó también el carácter desproporcionado de la medida adoptada por la empresa en relación con el objetivo perseguido, y puso de manifiesto (fundamento jurídico sexto) que en el centro de Sevilla había 80 puestos de trabajo vacantes, y de ahí que el traslado de trabajadores de otros centros hubiera podido reducir sensiblemente el número de extinciones a su parecer, tesis rechazada por la Sala a partir de los hechos probados a los que he hecho referencia con anterioridad, en cuanto que sí se ofertó el traslado como vía para reducir los despidos pero sólo un trabajador se acogió a la oferta.

Dicho sea incidentalmente, la Sala critica a la demandante por hacer propuestas cuya gestión no tiene capacidad u operatividad suficiente para ejecutarlas, tesis que no encuentro del todo correcta en cuanto que será finalmente la empresa la que decida en el período de consultas si la acepta o no, con independencia del carácter más o menos “razonable e ingenioso” de la propuesta; más crítica aún es la Sala con lo que califica de “actitud inconsecuente” de la demandante (y reconozco que debería conocer mejor los entresijos de litigio para hacer una manifestación propia sobre la razón de ser o justificación de dicha crítica, aunque de entrada hay que plantear el derecho de todo sindicato a poner en marcha las estrategias que considere más oportunas en cada momento), por criticar a la empresa por no hacer operativos los traslados en el ERE enjuiciado, y en cambio manifestar su oposición “frontalmente al traslado posterior, causado por la pérdida de los contratos de HP y Microsof”. Tampoco queda probada la alegación de la parte demandante respecto a la sustitución de trabajadores fijos por temporales, ya que las nuevas contrataciones, mayoritariamente con la categoría de teleoperador, “es precisamente muy minoritaria entre los trabajadores despedidos”.

La Sala procede al examen de las causas organizativas y productivas, alegadas por la empresa, con cita obligada del contenido del art. 51.1 de la LET, y se remite a su [sentencia de 21 de noviembre de 2012](#), siendo especialmente interesante, como aportación complementaria doctrinal aportada en la sentencia, en la misma línea que en una sentencia anterior, la tesis, que comparto, de la necesidad de adecuar las causas y sus efectos sobre los trabajadores afectados, acudiendo a la reciente normativa sobre la regulación de las funciones de la Comisión Consultiva nacional de Convenios Colectivos, en concreto los arts. 22.3 y 24.4 del [RD 1362/2012](#), que plantean la posibilidad de inaplicar un convenio colectivo (sin que proceda entrar ahora en el debate sobre la constitucionalidad de la medida) tomando en consideración no sólo la existencia de la causa sino su impacto sobre el personal. O por decirlo con palabras de la propia sentencia “dicho precepto, aún tratando del descuelgue de convenios colectivos, constituye una pauta interpretativa válida para las para las herramientas de flexibilidad interna y externa, por cuanto acredita que la voluntad del legislador no pasa por una aplicación mecanicista de las medidas, por el mero hecho de la concurrencia de causas de flexibilidad interna o externa, sino que es exigible su adecuación al supuesto concreto”. La Sala considera, a partir de este análisis teórico y de los hechos probados, que concurren las razones alegadas por la empresa, por disponer de una capacidad productiva muy superior a la demanda de servicios (que había disminuido de forma importante) y que ello hacía necesario la reorganización de los medios personales de que dispone en los distintos centros de trabajo.

### **18. Sentencia de la AN de 1 de abril de 2.013.**

Llego ahora a la resolución judicial dictada en un ERE de suspensión por la AN. La [sentencia de 1 de abril](#), de la que es ponente el magistrado Ricardo Bodas, versa sobre la demanda interpuesta por el Comité Intercentros de los centros de trabajo de las localidades de Urbina y Vitoria, de Celsa Atlantic contra la citada empresa y varios sindicatos, en la que solicita la anulación de la suspensión de contratos acordada por la empresa en dichos centros, así como también en el acordado para el centro de la localidad gallega de Laracha, añadiendo en su demanda que el ERE suspensivo no ha llegado a aplicarse en este último centro, “lo que demuestra claramente su actuación

fraudulenta”, aplicándose regulación negocial diferenciada para los centros de trabajo ubicados en el País Vasco y el sito en Galicia.

El interés de esta litigio radica en que se trata de la misma empresa que presentó con anterioridad un ERE de extinción de contrato, declarado nulo por la [sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de octubre de 2012](#), por vulneración del derecho de libertad sindical (y que había presentado tres ERES de suspensión de contratos con anterioridad durante el período 2009-2011). Recuerdo ahora que dicho ERE afectaba sólo a los dos centros de trabajo de la provincia de Álava, y reproduzco un párrafo del comentario efectuado en el blog: “ Sobre la vulneración del derecho de libertad sindical se ha de partir de un dato objetivo, que el 54,49 % son de afiliados a un solo sindicato, en concreto a ELA.STV, dato que para la Sala es suficiente indicio como para trasladar la carga de la prueba a la demandada, prueba que no puede aportar, e incluso “ni lo ha intentado” según la Sala, ya que no hay criterios conocidos que haya podido seguir la empresa para tomar las decisiones sobre trabajadores concretos, pues tal como consta en el FJ séptimo “tampoco ha expresado ni un solo criterio de determinación o designación de los concretos trabajadores a los que va extinguiendo los contratos, desconociéndose si se está haciendo por sectores en relaciones a las necesidades productivas, o si se están siguiendo criterios personales tales como la antigüedad...”.

El ERE de suspensión de contratos se presentó el 5 de diciembre de 2012, manifestando la empresa que la negociación “se realizaría por centros de trabajo”. En los hechos probados queda debida constancia del acuerdo alcanzado en el centro gallego, con diferentes propuestas y contrapropuestas, cerrándose un acuerdo que recogía buena parte de las tesis de la parte trabajadora. Es importante destacar, para mejor entender el conflicto y la resolución final de la Sala, que los representantes de los trabajadores del centro gallego manifestaron a la ITSS que “observaron cómo la empresa accedió a la propuesta del Comité tras el último receso, una vez recibida la noticia de que Álava había cerrado las consultas sin acuerdo. Se mostraron convencidos de que su inclusión en el ERTE pretendía servir de contrapunto a los centros alaveses y confiados en que el ERTE no se aplicaría en el centro de Laracha, o se haría testimonialmente, ya que los planes de la empresa no pasaban por reducir la producción, sino al contrario” (hecho probado décimo). No menos importante es destacar que no hubo acuerdo en la negociación de los centros ubicados en Álava, que se cuestionó por el comité intercentros la negociación planteada por la empresa por centros de trabajo, y que durante el período de consultas la empresa se negó a entrar en otras cuestiones o propuestas que no tuvieran que ver con la suspensión de los contratos, y rechazó la readmisión de los trabajadores despedidos y cuyo despido fue declarado nulo por el TSJ del País Vasco, al estar recurrida la sentencia, “manteniéndose por la demandada que la situación de los despedidos era una parte del fundamento del ERTE, pero concurrían además otras causas que lo justificaban sobradamente” (hecho probado undécimo). Igualmente queda constancia de la no ejecución del ERE de suspensión en Laracha desde diciembre de 2012 a marzo de 2013, y sólo una comunicación de la empresa de 19 de marzo en la que se anuncia a los trabajadores de dicho centro que habrá una parada de la actividad “los días 1 a 3 y 24-4-2013 por falta de rentabilidad de la producción”. En los hechos probados se recogen las discrepancias entre la dirección y el comité intercentros respecto a la forma de aplicación del ERE, en especial por verse los trabajadores afectados tanto en días laborables como festivos, poniéndose de manifiesto por la parte trabajadora que la empresa dejará de abonar salario en ese último día (o

días) y que los trabajadores consumirán de prestación por desempleo, “lo que debe interpretarse como un acceso indebido a la prestación por desempleo”.

Llegamos a los fundamentos de derecho, en los que se constata la importancia del informe de la ITSS, ya que la Sala considera probados buena parte de los hechos del litigio a partir del mismo, enfatizando el Tribunal que el informe de la ITSS “sintetiza adecuadamente, a juicio de la Sala, tanto el desarrollo de las negociaciones en ambos ámbitos, cuanto la ejecución de los calendarios en los centros de trabajo afectados”.

Sobre las alegaciones formales de la parte demandada, en concreto la falta de legitimación activa del comité intercentros de Álava para interponer la demanda por no ser representativo de los trabajadores en todo el ámbito del conflicto, quebrando a su parecer “el principio de correspondencia exigido por la jurisprudencia”, la Sala pasa revista nuevamente a los artículos de la LRJS que regulan la legitimación activa para la interposición. La Sala desestima la tesis empresarial tanto por razones formales (la ampliación de la demanda a todos los centros de trabajo no fue objetada por la demandada) como por razones de fondo, por entender que dicha tesis impediría la impugnación por parte de sujetos representantes de los trabajadores que sí están legitimados para negociar durante el período de consultas y alcanzar acuerdos en su ámbito negociador, rechazando la exigencia empresarial de impugnación por un sujeto que se corresponda con el ámbito de todo el conflicto (aún cuando valora positivamente que el único sindicato que podía hacerlo, CC OO, se adhiriera a la demanda del comité) en cuanto que sería la propia estrategia empresarial (de la que hay que decir que parece que tiene una lógica y un objetivo bien definido y en defensa de sus intereses) la que determinaría la imposibilidad de impugnar un acuerdo si hubiera criterios diferentes entre las decisiones adoptadas (con acuerdo o sin acuerdo) en los diferentes centros, llegando a calificar de “auténtico despropósito” la tesis de la empresa. Estas son los términos exactos de la sentencia: “impugnada la medida en su conjunto, el litisconsorcio activo de todos los comités es inviable, puesto que la conclusión diferenciada de las negociaciones acredita intereses contradictorios entre ellos, por lo que, si aplicáramos mecánicamente principio de correspondencia, impidiendo la impugnación de la medida por el comité intercentros de los centros de Vitoria y Urbina, la misma quedaría blindada para su control jurisdiccional, lo que sería un auténtico despropósito”. La Sala, como cuestión procesal de no menor importancia, resalta que en las actuaciones consecuencia de la demanda se garantiza el derecho de defensa de todos los afectados, “puesto que se amplió la demanda frente al comité de empresa del centro de Laracha y los sindicatos presentes en el mismo”.

Otra cuestión que merece destacarse especialmente a mi parecer de la sentencia es el debate jurídico sobre la posibilidad de negociación de un ERE por centros de trabajo. Mientras que la parte demandante alegaba vulneración del artículo 47 de la LET y la doctrina de la propia Sala sentada en sus sentencias de 25 de julio y 16 de noviembre de 2012 (analizadas en entradas anteriores del blog), la parte demandada se acogía a la posibilidad expresamente recogida en el RD 1483/2012 respecto a la negociación por centros y rechazaba la tesis de la demandante, y la sentencias citadas, por ir referidas al RD 1801/2001 derogado por el 1483/2012. La parte empresarial razonaba, y la literalidad del texto del RD 1483/2012 va a su favor, que tanto la negociación como los acuerdos podían adoptarse en el seno de cada centro y de forma diferenciada, aún cuando admitiera, según expone el fundamento de derecho séptimo, que el pronunciamiento de la Sala “debía ser necesariamente global” (sorprendente

argumentación y que difícilmente casa con la anterior) y entendía que no era de aplicación la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos. Recuérdese que el RD 1483/2012 dispone que la decisión vinculante deberá ser adoptada por la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, además, representen en su conjunto “a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el expediente”, y que si el expediente afecta a varios centros de trabajo y la negociación se ha realizado en cada uno de ellos, se entenderá alcanzado el acuerdo en el período de consultas “únicamente en los centros de trabajo donde haya votado a favor del mismo la mayoría de los miembros de la comisión negociadora de cada centro”.

Con ocasión del análisis de anteriores sentencias ya he expuesto mis críticas a la negociación de un ERE por centros de trabajo en el nuevo marco jurídico de la reforma laboral de 2012, en el que desaparece la autorización administrativa, y he coincidido con la doctrina de la AN sobre el carácter ultra vires respecto al art. 51 de la LET y su interpretación por la Directiva de 1998, y me reitero ahora en mis tesis. La Sala también lo hace y se remite extensamente a sus argumentaciones recogidas en la sentencia de 25 de julio, cuya lectura sigue siendo del todo punto necesario. No es baladí tampoco la tesis de la Sala sobre interpretación literal del art. 47.1 de la LET, aunque en este procedimiento no se aplique la Directiva UE, que se refiere a la apertura de “un período de consultas” con los representantes de los trabajadores, que a su juicio “no deja lugar a dudas sobre la interpretación del precepto y acredita que es voluntad del legislador que se negocie un solo período de consultas para la suspensión colectiva de contratos de trabajo”, tesis no recogida, como ya he dicho, en el RD 1483/2012, que permite tanto la negociación por centros como de forma global y que además deja en manos de la parte empresarial la elección del procedimiento, algo que merece crítica de la Sala y que le lleva a concluir que siguen existiendo los mismos argumentos que defendió en sus sentencias anteriores para defender que el RD 1483/2012 se ha excedido en el desarrollo reglamentario de la LET, “y lo que es peor, lo ha hecho sin expresar mínimamente las razones justificativas de tan sorprendente medida”. La Sala da “un tirón de orejas” al legislador, ya que este conocía la doctrina de la AN respecto al carácter ultra vires de la negociación por centros de trabajo, y sin embargo mantuvo la regulación anterior (eso se llama “sostenella y no enmedalla”) y con más fuerza jurídica si cabe, “puesto que ahora se permite alcanzar acuerdos en unos centros y en otros no, cuando antes se exigía acuerdo en todos ellos, sin el más mínimo razonamiento sobre el criterio del legislador”.

Además, la Sala desmonta la estrategia empresarial de negociar por centros de trabajo que podría tener, sin duda, un resultado de evitar, por imposibilidad jurídica, la impugnación del ERE ante los tribunales, ya que la falta de acuerdo global, por existencia del mismo en unos centros de trabajo y no en otros, podría suponer, si se aplica el principio de correspondencia entre ámbito territorial del conflicto y sujetos legitimados para negociar, “que sujetos colectivos legitimados para negociar en los centros, no tendrían representatividad en otros, lo cual blindaría la medida empresarial”. Clara y contundente tesis de la AN ¿no les parece?

La Sala, que es consciente de la importancia de la sentencia en este punto ahora objeto de análisis, por la cuidada estrategia jurídica empresarial, va más allá del razonamiento jurídico estricto y pone de manifiesto, con muy buen criterio a mi parecer, que la selección de la unidad negociadora del ERE, “en un proceso que ... trata sobre la impugnación de una única medida suspensiva, aunque afecte a varios centros de trabajo”, puede implicar que haya diversas estrategias negociadoras según los distintos

centros de trabajo afectados, y que de esta manera, y mucho más si hay diversas realidades sindicales en esos centros, “el empresario puede jugar en la negociación por centros con la rivalidad entre unos y otros centros, lo cual parcela, y consecuentemente merma, la fuerza negociadora de los representantes y hace de mayor debilidad a algunos afectados frente a otros...”.

En fin, y para concluir este más largo comentario del que pensaba inicialmente, pero la importancia jurídica del asunto lo merece, la Sala destaca la contradicción que supondría negociar por centros de trabajo y llegar a resultados de acuerdos en unos y en otros no, siendo así que en los primeros se presumiría ex art. 47 de la LET la validez del acuerdo (salvo prueba de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho), mientras que en los segundos, en caso de impugnación, la empresa deberá probar que ha cumplido tanto los requisitos de forma como de fondo (existencia de causa o causas) previstos en la normativa vigente, “lo que quiebra frontalmente el principio de igualdad de armas en un proceso...”.

En conclusión, la sentencia declara la nulidad de la decisión empresarial porque la negociación constituyó “un claro fraude de ley”, y destaca que además no se negoció propiamente dicho por centros de trabajo, ya que en Álava se negoció con un comité intercentros de dos centros de trabajo y en Galicia sólo en el centro afectado, posibilidad no prevista en el RD 1483/2012 (más allá de la consideración jurídica de ultra vires ya explicada), “que no permite de ningún modo negociar agrupadamente en algunos centros y separadamente en otros”. Fraude de ley que la Sala entiende que se refuerza aún más porque no se ha puesto en marcha el acuerdo suspensivo del centro de trabajo de Laracha, y que el hecho de que se hayan anunciado cuatro días de suspensión en el mes de abril “no se compadece, de ningún modo, con las urgencias suspensivas contenidas en la memoria explicativa (del ERE)..”.

Por último, se aborda la petición de nulidad de la decisión empresarial por falta de entrega de la documentación a que obliga el RD 1483/2012 en los supuestos de grupo de empresas, y habiendo quedado probada la existencia de un grupo (CELSA), al no haberse aportado la documentación del grupo a que obligan los arts. 4.4 y 18 de la citada norma se declara también la nulidad “puesto que la falta de aportación de dicha documentación impidió objetivamente que la negociación del período de consultas alcanzara sus fines, así como el control judicial de la medida...”.

### **19. Sentencia de la AN de 16 de abril de 2.013.**

Casi copiando el título de una novela que fue llevada al cine con singular éxito, “[Kramercontra Kramer](#), me atrevería a proponer este titular para la [sentencia dictada el pasado día 16 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional](#): “CGT contra CGT”, con el subtítulo “Los conflictos en el seno de un sindicato llegan a los tribunales en forma de ERE”. Este es el contenido más interesante, y más preocupante a mi parecer desde una perspectiva de reflexión social, de la sentencia, de la que ha sido ponente la magistrada Carolina San Martín, ya que el conflicto en sí mismo tiene poco interés jurídico en cuanto que el eje central del debate es la apreciación del plazo de caducidad de la acción por el tribunal y la imposición de una multa por comportamiento temerario del demandante.



A) ¿Cuál es el origen del conflicto? El acuerdo alcanzado el 9 de octubre de 2012 en el período de consultas de la tramitación del ERE presentado por el [Banco CAM, absorbido por el Banco Sabadell](#), acuerdo suscrito por todas las representaciones sindicales presentes en la comisión negociadora y que sumaban el 100 % de la representación (los centros de trabajo en donde no existía representación del personal delegaron su representación en las secciones sindicales implantadas en la empresa), estando incluidos en esta comisión dos miembros de la Sección Sindical de la CGT (según el hecho probado séptimo CGT “ostenta el 22,77 % de la representatividad en el Banco CAM y 8,33 % en el Banco Sabadell”).

Si retrocedemos en el tiempo, el inicio del ERE se remonta al 7 de septiembre, con la comunicación de la empresa de inicio de su tramitación, y puesta a disposición de la documentación a que estaba obligada por la normativa legal y reglamentaria entonces de aplicación (Art. 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y Real Decreto 801/2011 de 10 de junio). Consta la celebración de doce reuniones durante el período de consultas, siendo destacable que el acuerdo se cerró con la decisión de extinguir 1.250 contratos frente a los 1.751 que había planteado inicialmente la empresa, con preferencia para quienes se acogieran voluntariamente, y en caso de no alcanzarse el número de extinciones indicado la empresa decidiría en virtud de su poder de dirección y con aplicación de estos dos criterios pactados: “a) personas cuyo puesto de trabajo se amortice”; menor polivalencia o menor idoneidad (en función de valoraciones y evaluaciones realizadas por la entidad)”.

B) Sigo con los hechos probados que reflejan muy bien el conflicto intrasindical. Como suele ser práctica habitual en todo acuerdo alcanzado en un ERE (y casi siempre también en una comisión negociadora de convenio colectivo), se abrió un plazo (de nueve días en este caso concreto) para que los sindicatos firmantes “realizaran las oportunas consultas”, una forma educada de decir que se somete el acuerdo alcanzado a la ratificación por los miembros de cada sección sindical, a fin y efecto de que si alguna de ellas no lograba el apoyo de sus afiliados pudiera retirar su firma del acuerdo, conviniendo las partes que el acuerdo perdería su eficacia si la retirada de la firma afectara a un porcentaje igual o superior al 50 % de la representación legal del personal. No se produjo ninguna retirada, quedando constancia además de que en la reunión plenaria de la [Federación de Sindicatos de Banca \(FESIBAC\) de CGT](#), celebrada el 16 de octubre, se ratificó el acuerdo alcanzado por 33 votos a favor y 32 en contra, con una abstención, habiendo rechazado el día anterior el acuerdo la Federación de Madrid que sería después la parte demandante en el conflicto suscitado ante la AN. En el pleno extraordinario de la sección sindical de la Confederación General del Trabajo (CGT) en CAM-Banco Sabadell, celebrada el 18 de octubre, se acordó “por unanimidad” la aprobación del acuerdo alcanzado con la empresa, del que se dejó debida constancia en la página web.

Muy interesante es el hecho probado decimotercero en el que se recoge el acuerdo alcanzado por el comité confederal de CGT el 29 de noviembre, documentado en acta de 3 de diciembre, de rechazar la firma del ERE, aduciendo vulneración de los acuerdos confederales por parte de las secciones sindicales de CAM y Banco Sabadell, instándolas “a la retirada inmediata de la firma de nuestra Organización de dicho expediente”. En la misma fecha indicada, la Secretaría de Acción Confederal de la CGT remitió burofax a la Presidencia del Banco de Sabadell comunicándole el acuerdo adoptado, manifestando que la firma del ERE “vulneraba los acuerdos alcanzado en el

XVI Congreso” y manifestando que el sindicato procedía “a la retirada inmediata y no reconocimiento, a todos los efectos, de la firma de nuestra Organización, la Confederación General del Trabajo (C.G.T.) en el Expediente de Regulación de Empleo de octubre de 2012 realizada a través de la Secciones Sindicales de la CGT en la CAM y en el Banco Sabadell y que afecta a 1250 empleados de la antigua CAM”. En concreto, en el citado congreso confederal, celebrado en 2009 se acordó (según se recoge en el hecho probado primero) que la CGT no firmaría ERES, con esta única matización: "Solo cuando la negativa a firmar un ERE supusiera grave perjuicio a los trabajadores/as por inviabilidad fehacientemente demostrada de la empresa podría excepcionarse esta norma, siempre que así lo aprueben los trabajadores/as, la sección sindical y el sindicato correspondiente. Esta excepcionalidad solo cabe aplicarlas en empresas no públicas".

C) Si nos apartamos del conflicto intrasindical y volvemos al ERE propiamente dicho, nos encontramos con la referencia al informe emitido por la ITSS, en el que se constata la no apreciación de vicios que invaliden el acuerdo y la inexistencia de actuación fraudulenta para poder acceder al percibo de prestaciones por desempleo, siendo especialmente importante a mi parecer destacar que “los firmantes reconocieron la existencia de las causas alegadas por la empresa -tal como consta en el citado Acuerdo-, en especial las de carácter económico, y consideraron justificadas las medidas propuestas por la empresa de extinción de contratos de trabajo. También ratificaron expresamente el Acuerdo suscrito”.

D) ¿Quién presenta la demanda y en qué fecha? La parte demandante es “Sindicato de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros, Oficinas y Despachos, Empresas Consultoras de Planificación y de Ingenierías y Oficinas de Estudios Técnicos de Madrid de la Confederación General del Trabajo (CGT)”, y la fecha de presentación el 17 de diciembre. Entre los demandados se incluye (recordemos “Kramer contra Kramer”) a la sección sindical de CGT en el Banco CAM-Sabadell (no demandada inicialmente, pero sí en la ampliación de la demanda efectuada el 18 de febrero de este año).

La demandante pidió la declaración de nulidad del acuerdo alcanzado “por haber sido acordada eludiendo las previsiones legales”, argumentando, y cito textualmente del hecho probado tercero, que “la negociación había sido abusiva y que el cálculo de las indemnizaciones no se había hecho de modo ajustado a derecho”. Por la parte demandada Banco Sabadell se defendió la plena validez del acuerdo y se destacó que había sido suscrito por una comisión negociadora que suponía el 100 % de la representación del personal, alegando como defecto formal la excepción de caducidad porque el acuerdo se aprobó el 18 de octubre y la demanda se presentó el 17 de diciembre, transcurridos más de los 20 días previstos por la LRJS, y pidiendo la condena de la demandante por temeridad, al considerar esta parte demandada que se trataba “de una demanda política, sustentada en la mala fe”. Respecto a las secciones sindicales demandadas, y sigo con la película o conflicto intrasindical, cabe destacar que las secciones sindicales de CGT en CAM y Banco Sabadell “se opusieron a la demanda”.

La parte demandante reiteró que el acuerdo no podía suscribirse por los representantes de CGT al ser su contenido “ilegal”, que así se había decidido por los responsables de la secretaria confederal de acción sindical. Rechazó que fuera temeraria la demanda, dado

que lo único que hacía la demandante, era “recabar la tutela judicial efectiva”, y con respecto a la posible caducidad de la acción, y obsérvese bien lo que dijo la demandante porque será fundamental a los efectos de resolución del litigio, el sindicato demandante “manifestó estar al cómputo que a estos efectos hiciera la Sala” (dicho sea incidentalmente, no sabía yo que es un tribunal el que ha de efectuar el cómputo de los plazos, que sin duda vienen ya marcados por la normativa de aplicación).

E) Ante este “panorama”, ¿qué les parece a los lectores y lectoras que hizo la AN? Pues desestimar la demanda por caducidad de la acción, sancionar por temeridad a la demandante, y darle algo más que un “tirón de orejas”, dicho sea coloquialmente, sobre su estrategia jurídica. Analicemos la argumentación de la sentencia con algo más de detalle.

a) En primer lugar, tras estudiar la institución procesal de la caducidad, con cita de diferentes resoluciones judiciales, la Sala afirma con buen criterio que la demanda supera con creces el plazo de 20 días hábiles para su interposición desde “la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo” (art. 124.6 LRJS), por lo que, por razón de orden público procesal laboral, procede estimar la caducidad de la acción y desestimar la demanda.

b) En segundo término, y con respecto a la petición de sanción por temeridad, la Sala pasa revista primeramente a la normativa vigente (arts. 75.4 y 97.3 de la [LRJS](#), con la obligación de las partes a ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe), así como también a la jurisprudencia del TS sobre esta materia y a la posibilidad de que el abuso en el acceso a la jurisdicción pueda conllevar la imposición de una sanción.

Me parece, tras la lectura de la sentencia, que la AN no se encuentra muy cómoda ante esta petición de sanción y desea poner de manifiesto, en primer lugar, que la regla general sería la de no imposición de sanciones, por la tibia y borrosa frontera que puede darse en numerosas ocasiones entre reclamación de tutela judicial efectiva y el comportamiento temerario, y por ello sólo se debe imponer en casos “verdaderamente flagrantes”, trayendo a colación en apoyo de esta tesis varias de sus sentencias. Y dicho esto, la Sala, con una redacción de la sentencia que combina el criterio jurídico con unas ciertas dosis de película melodramática, afirma y fundamenta sobradamente, que en el caso concreto enjuiciado “se deduce con la suficiente claridad que la parte demandante ha cruzado esa frontera que separa su derecho a la tutela judicial efectiva del comportamiento temerario que merece ser sancionado por abusivo, porque se trata de una demanda absolutamente infundada con manifiesto conocimiento del litigante...”.

El fundamento de la sanción pasa en primer término por la extemporaneidad en la presentación de la demanda, sobre la que no había ninguna duda; en segundo lugar, por la falta de legitimación activa del sindicato demandante, falta reconocida implícitamente por el sindicato confederal en escrito dirigido a la Sala previamente a la celebración del acto de juicio; en fin, y creo que la Sala está agotando su paciencia jurídica, un tercer argumento es porque la nulidad alegada del despido “se hace girar en torno a alegaciones que caen por su propio peso y carecen de la más mínima consistencia fáctica o jurídica”, y aquí me remito a todos los datos expuestos con anterioridad y muy

especialmente al de la suscripción del acuerdo por el 100 % de la representación de los trabajadores, incluida la sección sindical de CGT.

c) La paciencia jurídica de la Sala, como la de todo tribunal, ha de ser infinita para resolver cualquier conflicto que se le plantee, pero no es menos cierto que algunos, como el que estoy examinando, pueden ser especialmente dignos de crítica, y así lo hace, y entiendo perfectamente su razonamiento, la Sala cuando afirma que se trata de conflictos internos del sindicato y que aquello que está pretendiendo hacer valer la parte demandante es “un problema interno del sindicato, relacionado con su perfil ideológico, como causa para la nulidad del despido”, argumento o crítica que reitera más adelante cuando expone que la parte demandante no ha hecho, con respecto a sus peticiones, “el más mínimo esfuerzo de sustentarlas jurídicamente de modo razonable”, algo a lo que debe añadirse la clarísima caducidad de la acción, por lo que Sala concluye que detrás de la demanda “subyace un problema ideológico del sindicato que deberá resolver internamente”; exposición ciertamente prudente y educada en las formas, pero contundente en el fondo en cuanto que pide a todo el sindicato que ponga en orden sus planteamientos y líneas de actuación en defensa de los intereses que defiende cuando accione, cualquiera de sus estructuras, ante los tribunales.

Por cierto, mucho más contundente es la Sala con respecto a la tesis defendida por el comité confederal de la CGT de que el sindicato nunca aceptará ERES salvo en los casos excepcionales antes apuntado, y en una mezcla de exposición jurídica y razonamiento social, en cuanto que la Sala quiere dejar de manifiesto que “respeto y valora” la acción sindical de la CGT (la expresión exacta recogida en el larguísimo último párrafo del fundamento de derecho tercero, es que “todos respetamos y valoramos” esa labor sindical, que quiero pensar que se refiere a todos los integrantes de la Sala, ya que sólo puede hablar por sus miembros) pero que “por el bien de su labor sindical (¿un punto de paternalismo jurídico, o una acertada advertencia para saber cómo debe actuar en próximos conflictos?) le advierte que afirmaciones tales como que “se posiciona en contra de la destrucción de empleo” y “no puede aceptar que el dinero público se utilice para despedir a trabajadoras y trabajadores”, “podría implicar que, de adoptarse semejante posición apriorística como pauta general inamovible para todos los períodos de consultas en el sector bancario, los representantes de CGT llegarían al mismo con su buena fe negociadora fuertemente cercenada, lo que no solo supondría un incumplimiento legal consciente y voluntario sino que, a efectos prácticos, mermaría de modo significativo la contundencia de sus alegaciones en una posterior impugnación de los despidos colectivos por ausencia de buena fe negociadora de la contraparte”.

Dicho en lenguaje algo más comprensible para no iniciados en el arte del estudio y la normativa de aplicación en los ERES, si una parte se presenta de entrada como radicalmente contraria a un ERE y se niega a negociar, tal como prevé la normativa legal y reglamentaria, medidas que puedan atenuar, reducir o mitigar sus efectos sobre los trabajadores afectados, muy difícilmente va a poder negociar vulneración de la buena fe negocial por la contraparte, dado su maximalismo negociador que puede llevar a ocultar, y así creo que podría producirse en la práctica, cualquier actitud intransigente por la parte negociadora empresarial, enfatizando además la Sala en otro apartado de su fundamentación, al argumentar a favor de la razonabilidad del contenido del acuerdo, que las diferentes propuestas que se formulan en fase negociadora pueden llegar a convertirse en el texto finalmente acordado, y que ello puede ser “un objetivo razonable

a perseguir por quienes tienen la responsabilidad de participar en el período de consultas”.

## **20. Sentencia de la AN de 26 de abril de 2.013.**

Paso al examen de la [sentencia dictada el 26 de abril por la Sala de lo Social de la AN](#), de la que ha sido ponente el magistrado Manuel Poves, que resuelve el conflicto planteado por la interposición de varias demandas contra el acuerdo alcanzado durante el período de consultas entre la empresa Paradores de Turismo de España SA y los sindicatos CC OO y UGT. Voy directamente al fallo en primer lugar, y ya anuncio que se desestiman dichas demandas y se absuelve a los demandados de todas las pretensiones formuladas en su contra.

A) Las demandas fueron interpuestas por la Confederación General de Trabajadores (CGT), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y el Comité de Empresa del Hostal de los Reyes Católicos. Dicho sea incidentalmente, observo una tendencia a la impugnación de los acuerdos alcanzados por los sindicatos “mayoritarios” con las empresas por parte de los sindicatos “minoritarios” y muy especialmente por parte de la CGT, como así lo demuestran varias sentencias de la AN. Incluso, en una muy cercana el tiempo, la [dictada el pasado 22 de abril](#), de la que también ha sido ponente el mismo magistrado, el fundamento de derecho tercero se inicia con esta frase que es, a mi parecer, una crítica muy poco velada a la actuación en sede judicial de este sindicato: “Una vez más, CGT solicita la nulidad de un despido colectivo, cuyo período de consultas finalizó sin acuerdo, sin cuestionar de ninguna manera la concurrencia de las causas, así como su adecuación a la medida, por supuestos incumplimientos formales en la composición de la comisión negociadora, que nunca puso en cuestión durante el período de consultas...”. Que la CGT, y también la CUT, son sindicatos minoritarios también es el parecer de los sindicatos firmantes del acuerdo en el ERE, que en una [nota de prensa del 30 de abril sobre dicha sentencia](#) manifestaban que “La Audiencia Nacional confirma el acuerdo alcanzado entre la empresa y el Comité Intercentros en el ERE de Paradores de Turismo. Se desestiman íntegramente las demandas presentadas por sindicatos de escasa implantación en la Red de Paradores”.

B) El conflicto que ha merecido esta sentencia encuentra su origen lejano en la presentación de un ERE por la empresa Paradores de Turismo SA el 23 de noviembre de 2012. Conviene recordar que la empresa es una sociedad mercantil estatal, con capital íntegro a cargo del Estado, dado que su único accionista es Patrimonio del Estado, dependiendo, tal como se explica en el hecho probado primero, de la Secretaría de Estado de Turismo del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Tras la celebración del período de consultas, se alcanzó un [acuerdo el 2 de enero de 2013 entre la empresa y los sindicatos CC OO y UGT](#), que es justamente el que motiva el litigio ante la AN.

El interés de la sentencia radica esencialmente, a mi parecer, en el debate sobre la válida constitución de la comisión negociadora por la parte trabajadora, cuestión por cierto que es la misma que se plantea en la [sentencia antes citada de 22 de abril de la AN](#) y que pone de manifiesto una determinada estrategia de una parte demandante, la CGT, en su actuación judicial.

C) De los hechos probados, y por la importancia que después van a tener, en la resolución del conflicto, conviene mencionar que la empresa y el comité intercentros alcanzaron un acuerdo en el SIMA el 3 de agosto de 2012 por el que la empresa se comprometía a no promover despidos colectivos que implicaran la pérdida de empleo “en el próximo convenio” (HP sexto); que en la propuesta inicial de ERE presentado se planteó por parte empresarial la extinción de 644 contratos de trabajo, la transformación de 867 en contratos a tiempo parcial o fijos discontinuos, cierre definitivo de 5 paradores, y cierre temporal durante cinco meses al año de otros 27, con la indemnización para los trabajadores afectados por las extinciones fijada en el art. 51 de la LET (HP séptimo); la decisión de los sindicatos mayoritarios en la empresa, CC OO y UGT, de negociar mediante el comité intercentros existente, integrado por 7 miembros de CC OO y 5 de UGT, comité que representa a todos los trabajadores de la empresa con independencia de la existencia de tres convenios (uno general, otro para el Hostal de San Marcos y otros para el de los Reyes Católicos), ya que en el HP primero se hace referencia a un laudo arbitral de 31 de agosto de 1999 en el que se concluyó que en la composición del comité intercentros, regulado en el convenio general, debían computarse todos los representantes unitarios, “incluyendo los elegidos en el Hostal de San Marcos y en el Hostal de los Reyes Católicos” (dicho sea incidentalmente, la impugnación de los despidos colectivos por el comité de empresa de este último parador puede entenderse perfectamente al conocer que está integrado por 7 representantes de la CUT sobre un total de diez miembros). Consta igualmente que se aceptó la participación de la CGT en la comisión negociadora durante el período de consultas, con voz y sin voto.

Al respecto, es interesante recoger aquí, por su incidencia sobre la resolución final del litigio, lo manifestado por las partes en el [acuerdo del ERE](#): “Segundo. La primera reunión del período de consultas correspondiente a dicho despido colectivo tuvo lugar el 3 de diciembre de 2012. En dicha reunión, ambas Representaciones tuvieron por constituida la Comisión Negociadora, que ha estado integrada, en lo que a la Parte Social se refiere, por todos los miembros del Comité Intercentros, por expresa delegación de la mayoría de las secciones Sindicales. Asimismo, han asistido a las reuniones del período de consultas los representantes de la Sección Sindical de CGT en calidad de intervinientes con voz pero sin voto”.

En el HP décimo tercero se deja constancia del acuerdo alcanzado el 2 de enero, con las modificaciones incorporadas sobre la propuesta inicial de la empresa, con reducción sustancial del número de extinciones, al pasar de las 644 iniciales a 350, con aceptación por ambas parte de otorgar prioridad a las extinciones voluntarias, así como también de otras medidas entre las que se incluyen la posibilidad de aceptar las solicitudes de movilidad geográfica que se presenten, y un expediente de suspensión de contratos y reducción de jornada de trabajo por un período de duración de tres años (acuerdo 3), debiendo destacarse, y aquí sin duda se “nota la mano” de los asesores jurídicos presentes en la negociación, que el texto recoge expresamente que “a los efectos del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, ambas partes manifiestan que, a su juicio, concurren las causas legalmente exigibles y que la medida pactada es proporcional a la entidad de las mismas”.

D) Se plantea por la parte demandante CGT que la negociación no fue conforme a derecho, alegando que el comité intercentros no representaba a los trabajadores de los dos hostales con convenio colectivo propio, y que entre las funciones previstas en su

normativa reguladora, recogida en el convenio general, no se incluía la de negociar despidos colectivos. Al analizar sólo una sentencia, sin olvidar el acuerdo del ERE y la información publicada en las webs sindicales, es difícil conocer todos los entresijos del conflicto, pero desde luego no parece que esta parte de la demanda tuviera mucho fundamento, más bien diría ninguno, si nos hemos de atener a los datos recogidos en el Fundamento de Derecho tercero, y cuestión bien distinta es que no mereciera valoración positiva por parte de los integrantes de dicho sindicato, como por ejemplo el [comité de empresa del Parador de Plasencia, integrado en su totalidad por miembros de CGT](#). Pero, insisto, una cosa es la valoración sindical del acuerdo y otra bien distinta es su conformidad a derecho, tratándose de un acuerdo que ha sido suscrito por miembros de dos sindicatos que acreditan (HP segundo) el 97,95 % del total de representantes de la empresa (356 sobre un total de 383).

En efecto, el art. 69 del convenio general incluye entre las funciones del comité intercentros una relativa de forma expresa a los ERES, previendo que “adoptada la decisión de iniciar expediente de regulación de empleo y cumplidas las previsiones legales que corresponden al comienzo de su tramitación administrativa, se establece un período de consultas no inferior a treinta días naturales”. La Sala concluye, y coincido con su tesis, que este precepto es suficientemente claro para atribuir al Comité Intercentros la función de negociar un ERE que afecte a toda la empresa, y que el hecho de que fuera suscrito mucho antes de la entrada en vigor de la reforma laboral 2012 no afecta en nada a dicha función, destacando que “la autorización administrativa (anterior) “venía precedida, al igual que en la regulación vigente del convenio colectivo, por un período de consultas, para cumplir lo mandado por el artículo 2 de la Directiva 1998/59/CEE”. Igualmente, y como ya he indicado con anterioridad, el comité intercentros agrupa y representa a todos los representantes de todos los centros de trabajo, incluidos los de San Marcos y los Reyes Católicos, en virtud del laudo citado, decisión arbitral que, aprovecha la sentencia para recordar, “permitió precisamente que CGT tuviera presencia en dicho órgano”.

Por consiguiente, la Sala entiende que el comité intercentros está legitimado para negociar, y mucho más cuando hubo una delegación por parte de las secciones sindicales. Es interesante la tesis de la demandante respecto a la posible mala fe de los dos sindicatos mayoritarios de negociar vía comité intercentros (compuesto en su totalidad por miembros de los mismos) y no directamente vía secciones sindicales, ya que la CGT tiene precisamente sección sindical en la empresa, pero queda inmediatamente desmontada por tres datos fácticos suficientemente concluyentes:

a) El primero, por su mínima representatividad (2,08 % del total en la empresa).

b) El segundo, por haber participado en el período de consultas desde el 3 al 28 de diciembre de 2012, fecha en la que cambió de parecer e hizo constar que la negociación debía efectuarse por las secciones sindicales ya que el comité no representaba a los centros de León y Santiago de Compostela, algo que no es cierto por lo que acabo de explicar con respecto al laudo arbitral y que merece una dura crítica jurídica por parte de la Sala que considera que la actuación de la demandante “constituye, a nuestro juicio, una clara manifestación de mala fe en la negociación, porque si consideraba que debió negociarse con las secciones sindicales debió hacerlo valer desde el inicio y no al final del período de consultas”. La actuación de la CGT también mereció [críticas sindicales por parte de CC OO y UGT](#), afirmando en un comunicado de 8 de abril que “resulta

contradictorio que se niegue posteriormente legitimidad al comité intercentros cuando se ha formado parte del proceso de decisión que se la atribuye”, resaltando que a pesar de negar legitimación negociadora al comité intercentros, “los representantes de la CGT en la mesa negociadora del ERE permanecen en la misma hasta el último día, el 2 de enero de 2013, fecha en la que finalmente se alcanza el acuerdo”.

c) Por fin, con respecto a la no actuación en sede negociadora del comité de empresa del hostel de los Reyes Católicos, y que ha merecido la demanda tanto del propio comité como de la central sindical CUT a la que pertenecen todos sus miembros, la Sala reitera el argumento de la mayor representatividad del comité intercentros que representa a todos los centros y a todos los representantes, y pone de manifiesto la muy escasa presencia sindical de esta organización en la empresa, un 1 %, de tal manera que “ya se hubiera negociado con las secciones sindicales, como si se hubiera negociado mediante la adición de los representantes de los trabajadores de todos los centros, su representatividad... será tan ínfima que no habría tenido influencia alguna”.

E) La sentencia aborda en el plano jurídico teórico, antes de adentrarse en la resolución del conflicto en los términos que acabo de explicar, quienes son los sujetos legitimados para negociar por la parte trabajadora, refiriéndose al art. 51.2 de la LET y al art. 26 del RD 1483/2012. Dejo constancia de las dudas que me suscita la redacción de este último precepto en cuanto su apartado 2 dispone que “Cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el procedimiento intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función”, dicción literal que pudiera hacer pensar en la preferencia de este comité sobre la actuación de las secciones sindicales, algo que a mi parecer podría entenderse como un desarrollo reglamentario ultra vires con respecto al art. 51.2 de la LET. No obstante, cabe otra interpretación de la norma que salve el marco jurídico normativo, y es justamente la que a mi parecer acoge la Sala, ya que entiende que la actuación del Comité será conforme a derecho, como sujeto legitimado para negociar cuando, además de la existencia de varios centros de trabajo y de la expresa atribución en convenio colectivo de la función negociadora, “que la secciones sindicales mayoritarias no hayan ejercido el privilegio reconocido en el art. 51.2 LET en relación con el art. 26.1 RD 1483/2012” (más correcto sería legalmente a mi parecer la utilización del término “preferencia” que no “privilegio”, dado que se trata de una medida con suficiente cobertura jurídica para potenciar el derecho de participación sindical en la empresa).

F) Otras cuestiones de ya menor importancia a mi entender son las que se abordan en los fundamentos de derecho cuarto, quinto y sexto, aunque no por ello deben dejar de merecer mi atención.

a) En primer lugar, se alega por las partes demandantes inconcreción en la selección de los trabajadores afectados y atribución de competencias a la comisión de seguimiento del acuerdo que desvirtuaría el papel de la comisión negociadora, habiendo sido creada esta comisión en el apartado 10 del acuerdo de de 2 de enero, que tiene la siguiente redacción: “Ambas Representaciones acuerda constituir una Comisión de Seguimiento del despido colectivo, con el fin de velar por el cumplimiento de todos los compromisos pactados en el presente Acuerdo y conocer los criterios de designación de los afectados por las medidas extintivas...”.



La Sala desestima la petición de nulidad por entender, a partir de los hechos probados, que la empresa sí aportó los criterios de selección de los trabajadores al inicio de la negociación, que posteriormente fueron adaptándose en función de la importante reducción del número de trabajadores afectados por las extinciones y por la prioridad en el acogimiento al ERE de aquellos trabajadores que lo hicieran de forma voluntaria, que si fueron comunicados a la representación del personal, y que la comisión de seguimiento solo realizó tareas de ajuste de lo convenido, insistiendo la Sala que su actuación quedaba muy condicionada “por el masivo acogimiento voluntario al despido”.

b) Con respecto a la alegación de que la empresa ha vulnerado el compromiso de no realizar despidos colectivos, yendo contra sus propios actos (y es bien cierto que algunas sentencias han valorado contenidos algo similares en otros acuerdos para negar validez a la decisión empresarial si se apartaba de los mismos, como por ejemplo presentar un ERE de extinción mientras estaba vigente un ERE de suspensión, con acuerdo de la empresa de no presentar un ERE extintivo mientras estuviera vigente el de suspensión”, la Sala tiene necesariamente que acudir a un criterio muy formalista cual es la interpretación literal de lo acordado en el SIMA (ya que otra interpretación que acogiera diversos criterios establecidos en el art. 3.1 del citado Código auguro que hubiera suscitado muchas más complicaciones jurídicas para desestimar la demanda en los términos que se ha efectuado), es decir el hecho de que el compromiso de no realizar despidos colectivos “estaba condicionado a la negociación del nuevo convenio colectivo, que no se ha producido”, con remisión al art. 1.114 (cada vez es más frecuente la remisión al Código Civil, o la fundamentación de alguna tesis en sus preceptos, en conflictos laborales, algo que da que pensar ciertamente sobre la devaluación protectora de la normativa laboral), que dispone que “En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición”, para concluir que al no haberse producido tal acontecimiento, la negociación de un nuevo convenio, “no puede bloquear el ejercicio de derechos legales”, esto es en el caso concreto la presentación de un ERE extintivo al amparo de la normativa vigente.

c) Que se trata de una empresa pública, que forma parte del sector público y que no es Administración Pública, es algo bien demostrado probado con los datos disponibles, por lo que es de aplicación al litigio la disposición adicional vigésima de la Ley 3/2012 y los arts. 51 y 52 de la LET, rechazando la Sala la alegación de inconstitucionalidad de dicha disposición, manifestando que no vulnera el art. 103 de la CE, destacando la importancia de la necesidad de disponer de financiación para la prestación de los servicios públicos, “ya que si no hay medios para su despliegue quebraría frontalmente el principio de eficacia predicado por el art. 103”.

d) Por último, poco espacio dedica la sentencia a la alegación de la parte demandante respecto a la inexistencia de causas económicas y productivas, ya que sí es del parecer que existe a partir de los datos aportados por la empresa y recogidos en los hechos probados, tanto con respecto a la acreditación de pérdidas actuales como por el impacto que las mismas han tenido en la estructura productiva de la empresa y la necesidad de ajustar su actividad (cerrar centros, suspender temporalmente la actividad de otros) en el terreno productivo, remitiéndose a su doctrina sentada en la [sentencia de 21 de noviembre](#), reproducida ampliamente en la sentencia ahora comentada, para validar la

decisión empresarial, resaltando la importancia de una adecuada relación entre las causas alegadas y sus efectos para los trabajadores afectados.

Se valoran positivamente por la Sala los esfuerzos de las partes para alcanzar un acuerdo (insistiendo en el muy elevado porcentaje que representa la parte sindical sobre el total de representantes de la empresa), y se defiende que la medida adoptada es “absolutamente razonable y proporcionada”, ya que permite el mantenimiento de un mayor número de puestos de trabajo que los inicialmente previstos, y cierra su argumentación con una frase algo exagerada a mi parecer sobre el valor de la empresa, y que puede ser discutible en el terreno económico y social pero a la que no hay que dar mayor importancia en el ámbito jurídico, cual es que el acuerdo es bueno para la empresa Paradores de Turismo, “que constituye, sin duda alguna, un activo importante del patrimonio nacional”.

## **21. Sentencia de la AN de 22 de abril de 2.013.**

La sentenciadictada el pasado 22 de abril por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de la que ha sido ponente la magistrada Carolina San Martín, versa sobre la demanda presentada por un sindicato autonómico vasco, ELA pidiendo la nulidad, o subsidiariamente su carácter injustificado, de la decisión adoptada por una empresa de suspender los contratos de trabajo de los trabajadores de dos centros de trabajo, ubicados en las provincias de Barcelona y Vizcaya.

A) El núcleo central del conflicto gira sobre la negociación por centros de trabajo o a escala global de toda la empresa, cuestión que ya ha sido abordada ampliamente por la AN en varios litigios de los que ha debido conocer y de los que da debida, y muy fundamentada, cuenta en los fundamentos de derecho quinto a séptimo, en especial el último, para concluir, manteniendo la misma tesis, que la negociación debe ser única para todos los centros de trabajo de la empresa.

La Sala reitera nuevamente las críticas formuladas, primero al [RD 801/2011](#) y después al [RD1483/2012](#), por regular ultra vires cómo podía llevarse a cabo el proceso negociador, tras proceder a un riguroso estudio de la [Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos](#), y el art. 51.2 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) tras la reforma operada por el [Real Decreto Ley 3/2012](#) (y posteriormente por la [Ley 3/2012](#)), y vuelve a insistir, si cabe con más contundencia que en otras sentencias, que “Evidentemente, tanto por razones de convicción jurídica como de elemental coherencia, hemos de concluir que esta regulación incurre también en el vicio de ultra vires que ya habíamos denunciado en su predecesora”. Y dado que el asunto sometido a su consideración, la viabilidad de la negociación separada por centros de trabajo, ya había sido planteado, y resuelto, en la [reciente sentencia de 1 de abril](#), la Sala reafirma que, no sólo en casos de extinción sino “tampoco en el caso de una suspensión colectiva de contratos de trabajo resulta ajustada al marco legal la negociación centro a centro”.

B) Ciertamente, el litigio que ahora resuelve la Sala tiene algunas diferencias formales con respecto al abordado en la [sentencia de 1 de abril](#), aunque no pueden afectar a la resolución jurídica en los términos que lo hace la sentencia, pero no deja de ser necesario ponerlos sobre la mesa, ya que demuestra que las estrategias negociadoras varían según cuales sean las condiciones en que opera la negociación, y también que

varían las estrategias jurídicas en el momento de plantear la demanda y defender las tesis en el acto de juicio..., aunque ya exista, y las partes parecen olvidarla, doctrina consolidada del tribunal que va a resolver del litigio sobre las cuestiones planteadas en la demanda y sobre las alegaciones formuladas por las demandadas, muy especialmente por lo que respecta a la presunta falta de legitimación activa para accionar por la parte demandante.

En efecto, obsérvese que se trata de dos centros de trabajo ubicados en diferentes territorios autonómicos; que la empresa plantea de entrada, muy correctamente, una única negociación (“un único procedimiento, de carácter global con los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo afectados”); que en la primera reunión celebrada en el centro de trabajo de Zalla, de Vizcaya (dicho sea incidentalmente, si la empresa propuso negociación para toda la empresa no alcanzo a entender la razón de dos primeras reuniones separadas por centros de trabajo, salvo que fuera por meras razones de conveniencia organizativa y que no prejuzgara en modo alguno la negociación global), la representación de los trabajadores, entre la que estaba el sindicato impugnante de la decisión empresarial junto con otro sindicato de ámbito autonómico, LAB, pidió que la negociación se llevara a cabo por cada centro de trabajo, “atendiendo al mejor interés de los comités de empresa de las dos plantas de producción, a razones de separación geográfica y ahorro de costes en la organización de las reuniones”, y que la parte empresarial aceptó la solicitud; que en la reunión celebrada al día siguiente en el centro de Capellades, de Barcelona, la representación de los trabajadores, ahora a cargo de los sindicatos CC OO y UGT, formuló la misma petición de negociación separada por centros de trabajo, accediendo también la empresa a ello; que se alcanzó un acuerdo en el centro de trabajo sito en Cataluña durante el período de consultas, mientras que no fue posible, por diversos motivos explicado en los hechos probados, el acuerdo en el centro de Vizcaya, habiendo propuesto la empresa el mismo acuerdo para el centro de Zalla que el alcanzado en Capellades; en fin, que finalmente la empresa adoptó la decisión de suspender los contratos de trabajo de los trabajadores de ambos centros y así lo comunicó el 1 de febrero, presentando solicitud de concurso voluntario dos meses después, el 2 de abril, ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao.

Obsérvese, pues, que un sindicato, ELA, que pide la negociación separada por centros de trabajo es quien impugna el acuerdo justamente por haberse llevado a cabo la negociación de esta manera (diferencias en las estrategias de negociación y en las estrategias jurídicas), y que una de las partes demandadas, el sindicato UGT, alega falta de legitimación activa del sindicato autonómico vasco, porque el conflicto excede del ámbito territorial de la autonomía vasca, y que dado que todos los representantes de los dos centros de trabajo deseaban y solicitaron la negociación por centros de trabajo, “dicha negociación por centros había sido legítima”. Además, para la parte demandante, ELA, se produjo ausencia de buena fe negociadora por parte de la empresa, y también se adujo la inexistencia de las causas económicas y productivas por la parte empresarial.

En el aspecto que deseo destacar en esta entrada, el del debate sobre la negociación por empresa o por centros de trabajo, la oposición de la empresa a la demanda se basó sustancialmente en que “la negociación por centros se había llevado a cabo porque así lo habían decidido y solicitado a la empresa los representantes de los trabajadores”, y pidió que se declarara conforme a derecho la decisión empresarial, o al menos una parte de la misma, es decir “o subsidiariamente, al menos la validez del acuerdo de Capellades”.

c) Dicho con toda sinceridad, no me resulta extraño el mensaje final que lanza la Sala a los negociadores de ERES, y mucho más después de haber consolidado su doctrina sobre la legitimación para negociar y el ámbito global, y no parcelado, de la misma, en anteriores sentencias, aunque sea consciente de que la última palabra la tendrá el Tribunal Supremo cuando resuelva, y siente jurisprudencia, sobre las cuestiones ya resueltas por la AN y que han merecido la interposición de recursos de casación ante el TS. Yo creo que la Sala está queriendo decir a los negociadores que hay que respetar tanto las normas como la interpretación de las mismas que está llevando a cabo la AN desde la entrada en vigor de la reforma laboral, y que las estrategias negociadoras han de ser de coherentes con aquellas y que no puede después alegarse en sede jurídica aquello que no se ha practicado en sede negociadora.

Con respecto a la posible falta de legitimación de ELA, al tratarse de una única iniciativa empresarial afectante a dos centros de trabajo, se trata de una medida “de naturaleza unitaria” y por consiguiente el sindicato puede impugnarla dada la implantación suficiente que ostenta en la empresa, no aceptándose la tesis ugetista de la “parcelación” o limitación de la legitimación activa en razón de cómo se desarrollaron las negociaciones, que no se olvide que fueron por centros de trabajo a petición de la representación trabajadora, siendo así que la decisión final fue única para toda la empresa, es decir para los dos centros de trabajo, trayendo la Sala a colación en defensa de dicha argumentación la doctrina expuesta en la sentencia citada de 1 de abril y los límites a la aplicación mecánica del principio de correspondencia a efectos de legitimación para accionar.

Mucho más dura en el terreno social, pero que no puede ir más lejos en el terreno jurídico justamente por la defensa de la Sala de la negociación por empresa y no por centro de trabajo por una consideración de orden público, es la crítica formulada al sindicato impugnante, ELA, por su “cambio de chaqueta” según esté negociando o según acciones ante los tribunales, afirmando con rotundidad y con ningún eufemismo o “neolengua”, ahora tantas veces utilizada por los poderes públicos para enmascarar las decisiones realmente adoptadas, que “No escapa a la Sala que quienes instaron la negociación por centros fueron los representantes de los trabajadores, con la aquiescencia de la empresa, y es uno de los sindicatos presente en la negociación, que no solo no se opuso a ello sino que, como decimos, lo impulsó, el que ahora lo utiliza para impugnar la medida que no dio el resultado por él esperado. Esta conducta es absolutamente reprochable y debería llamar a una seria reflexión ética, pero no empece a que seamos deudores de nuestro criterio, asentado en la consideración de orden público que tiene la materia examinada”. ¿Tomará nota el sindicato de la reflexión de la AN, o pasará olímpicamente de ella con la alegación, muy utilizada cuando interesa, de que se trata de defender en cada conflicto, y de la manera más adecuada, los intereses de los trabajadores (o de sus afiliados)?

D) La Sala concluye su sentencia con un párrafo que es el que motivó que redactara esta entrada, por su interés tanto jurídico como social. Puede ocurrir, lo desconozco, que la Sala tenga pendiente de conocer litigios en los que se susciten problemas semejantes a los resueltos en las sentencias de 1 de abril y en la ahora comentada, y que quiera lanzar un mensaje claro de advertencia a los litigantes; o más sencillamente, puede ocurrir que la Sala sea consciente, lo es a mi parecer, de que ha sentado doctrina contraria a lo dispuesto, primero en el RD 801/2011 y después en el ahora vigente RD 1483/2012,

sobre la posibilidad de negociar de forma separada por centros de trabajo y no necesariamente por empresa, doctrina contraria a la que se refiere de forma expresa en el fundamento de derecho cuarto al argumentar que “Esta Sala siempre ha rechazado que, ante medidas que afectan a varios centros de trabajo, quepa parcelar el período de consultas negociando por centros. Lo ha dicho tanto en relación con medidas de flexibilidad externa como interna, apoyándose a tal efecto, entre otros extremos que se repasarán seguidamente, en la propia dicción literal de los preceptos legales de aplicación, que aluden, sin fisuras, a un período de consultas y no abren la posibilidad de articular varios de modo simultáneo (en lo que aquí interesa, encontramos esa referencia al período de consultas en singular en el apartado primero del art. 47 ET). La voluntad del legislador es, por tanto, clara, y queda apuntada también en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 en relación con los despidos colectivos, cuando indica que su impugnación judicial “permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido”. Solución homogénea que solo es posible si se asume que la medida también ha de serlo, de modo que resultan rechazables las fórmulas de negociación parcelada que puedan dar lugar a medidas heterogéneas”.

La Sala no duda de la situación de inseguridad jurídica que puede provocar a los litigantes la contradicción entre el contenido de la normativa reglamentaria y la interpretación efectuada, pero también está firmemente convencida de que corresponde al legislador corregir esa actuación ultra vires,... salvo que el TS se pronuncie en sentido contrario, cuando resuelva alguno de los recursos de casación interpuestos, a la tesis de la AN.

Por consiguiente, y mientras ello no se produzca, el mensaje de la Sala a los litigantes es claro y contundente; recuerden, y respeten, nuestra doctrina si no quieren ver desestimadas sus peticiones. Las palabras de la Sala son suficientemente explícitas al respecto y deberían ser leídas con toda atención por los asesores jurídicos de las partes empresarial y trabajadora: “Dicho lo anterior, queremos igualmente indicar que, habiéndonos pronunciado ya en reiteradas ocasiones sobre la nulidad de las medidas de flexibilidad interna y externa en las que el período de consultas se parcela negociando centro a centro, y mientras el Tribunal Supremo no confirme o revoque nuestro criterio, harán bien en tenerlo en cuenta quienes participen en la negociación de períodos de consulta que, por su ámbito, sean revisables ante esta Sala, no proponiendo, aceptando o acordando fórmulas de negociación distinta de la global para todo el ámbito de la medida, que es lo que contempla el legislador y permite el desarrollo reglamentario. Insistimos: ello sin perjuicio, naturalmente, del criterio que imponga finalmente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a quien corresponde despejar definitivamente las dudas sobre la concurrencia de ultra vires en esta materia”. Más claro, imposible ¿no les parece?

## **22. Sentencia de la AN de 22 de abril de 2.013.**

La [sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 22 de abril](#), publicada en el CENDOJ, trata sobre la demanda interpuesta por la CGT contra la empresa Corporación Dermoestética, los sindicatos CC OO y UGT, y los delegados de personal de tres centros de trabajo.

De los hechos probados cabe destacar en primer lugar la inexistencia de secciones sindicales de empresa; en segundo lugar, que durante 2012 se han aplicado por la empresa diversas medidas de suspensión de contratos y de reducción de jornada de

trabajo; que la empresa planteó un ERE de extinción de contratos el 21 de diciembre; que en todos los centros de trabajo se realizaron asambleas a efectos de designar representantes en la comisión negociadora, constando que “en todos los centros delegaron en CC OO y UGT, salvo en el centro de Toledo, que delegó indistintamente en el comité de empresa de Madrid o en los sindicatos ya citados”; que la comisión quedó integrada por los representantes sindicales y los unitarios, entre los que se encontraba una delegada del centro de trabajo de Málaga afiliada a la CGT; que durante el período de consultas no consta que se cuestionase en ningún momento la válida composición de la comisión por parte trabajadora; que el 18 de enero se alcanzó un acuerdo, con el voto contrario de tres representantes unitarios que defendían los intereses de un total de 31 trabajadores; por fin, también queda debida constancia de que la delegada antes citada de CGT adjuntó al acta un escrito de alegaciones, “en el que no se cuestionó de modo alguno la composición de la comisión negociadora del período de consultas”.

Las cuestiones que me interesa abordar son las planteadas por la parte demandante sobre supuestos incumplimientos formales en la composición de la comisión negociadora, criticando la Sala en primer lugar que durante el período de consultas no se hubiera formulado ninguna manifestación al respecto. También critica la Sala que la demandante alegara que la empresa hubiera intentado negociar de forma paralela con los trabajadores durante el período de consultas y que después “ni lo reiteró en el acto del juicio, ni hizo el más mínimo intento de probarlo durante la vista”.

Centrado, pues, el litigio, en determinar si fue válida la constitución y composición de la comisión negociadora, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa reguladora de los ERES, y así lo hace la Sala con remisión a la normativa aplicable por razón de la fecha de inicio del conflicto, esto es el [Real Decreto 1483/2012](#) y su arts. 26 y 28, en estrecha relación con el art. 51.2 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), acudiendo a su doctrina sentada en sentencias de 28 de septiembre y 21 de noviembre de 2012. En síntesis, se trata de aceptar la composición de comisiones “híbridas” en las que participan representantes de los trabajadores (sindicales y unitarios) y otros elegidos “ad hoc”, siempre y cuando dicha alternativa haya sido negociada y respete lo dispuesto en el art. 28.1 del RD 1483/2012, esto es que los acuerdos en el periodo de consultas “requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”.

La parte demandante plantea la nulidad de la decisión empresarial con la alegación de que no quedó acreditado el nombramiento de los representantes de los trabajadores en todos los centros de trabajo. La Sala, tras recordar críticamente que no se formuló queja o reclamación alguna al respecto en el período de consultas, desestima la petición a partir de los datos disponibles en los hechos probados. El hecho de que cuatro centros, con 24 trabajadores del total de 431 de la empresa, no celebraran asambleas y no eligieran a sus representantes no invalida la constitución de la comisión negociadora, acudiendo lógicamente la Sala para fundamentar su tesis al art. 26.4 del RD 1483/2012, en el que se dispone que la falta de elección en algún caso no vicia de nulidad a la comisión; o por decirlo con las propias palabras de la norma “En cualquiera de los casos contemplados en el apartado 3, la designación de la comisión deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. La empresa deberá comunicar a

los trabajadores la posibilidad de esta designación a la apertura del periodo de consultas, si no lo hubiera hecho antes, indicando que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento”. Y ciertamente, quedó probado que la empresa había puesto en conocimiento de los trabajadores de todos los centros la posibilidad de llevar a cabo tal designación.

Otra petición de nulidad la basaba la parte demandante en el hecho de no haberse establecido “ab initio” el sistema de ponderación de voto en la comisión negociadora. La respuesta negativa de la Sala debe basarse, y así ocurre en efecto, en lo dispuesto en el art. 28.2 del RD 1483/2012, que atribuye en primer lugar libertad a la comisión para fijar las reglas de atribución de la mayoría, y de forma subsidiaria remite al porcentaje de representación que tenga y aporte cada integrante. La redacción del precepto es la siguiente: “En el supuesto de que la comisión negociadora esté integrada por representantes de varios centros de trabajo, para la atribución de la mayoría a esa comisión a los efectos de lo señalado en el apartado anterior, se aplicará lo que decida la propia comisión negociadora. En el caso de no existir una decisión al respecto, será considerado el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes”.

Comparto la manifestación “pedagógica” de la Sala de la conveniencia de fijar las reglas de juego por parte de la comisión, y también que en caso de no darse dicha situación la normativa deja bien claro que la mayoría se alcanzará en razón de la representatividad que tenga cada integrante de la mesa por el número de trabajadores que les haya elegido. Partiendo de esta premisa, queda constancia que el acuerdo alcanzado superó ampliamente la mayoría requerido por la norma, ya que los partidarios del acuerdo representaban a un total de 376 trabajadores sobre un colectivo de 431.

La lógica consecuencia jurídica de todo lo anteriormente expuesto es la desestimación de la demanda, momento en el que la Sala aprovecha una vez más para reiterar sus críticas a la actuación en sede judicial de la parte demandante, al afirmar que “se impone, por tanto, la total desestimación de la demanda, por cuanto se ha cumplido más que razonablemente el procedimiento exigido por el art. 51.2 ET y la demandante, tal como anticipamos más arriba, no ha cuestionado ni la concurrencia de causas, ni tampoco la adecuación de la medida”.

### **23. Sentencia de la AN de 26 de abril de 2.013.**

La [sentencia de 26 de abril](#), de la Audiencia Nacional, de la que ha sido ponente el magistrado Manuel Poves Rojas, es dictada en los procesos instado por el Sindicato de trabajadoras de informática y consultoría (STIC) y la CGT contra las empresas TecnoCom telecomunicaciones y energía SA (TTE) y TecnoCom España solutions SL (TES), así como también contra las secciones sindicales de CC OO y UGT, y ya adelanto que es desestimada la pretensión de la parte impugnante.

A) De los hechos probados interesa destacar que estamos en presencia de un grupo de empresas a efectos mercantil y laboral, con un total de 48 centros de trabajo y 4952 trabajadores; que la representatividad de CC OO es del 75,32 %, de la UGT el 24,24 % y de la CGT el 12,80 %; que la parte demandante tiene cinco representantes unitarios en dos centros de trabajo (de un total de 164) y que ambos centros ha constituido sección sindical; que TecnoCom procedió a instar un ERE de suspensión de contratos y que las

representaciones sindicales de CC OO, UGT y CGT manifestaron su deseo de negociarlo, al amparo de la normativa vigente; que la comisión negociadora por la parte trabajadora quedó integrada por representantes de dichas tres SSE en proporción a su representatividad (4, 2 y 1, respectivamente), representando al 94,36 % de la plantilla, junto a tres delegados elegidos en un centro de trabajo en donde no había representación unitaria, con el acuerdo de ponderación de voto en función de la representatividad ostentada; queda constancia también de la solicitud del sindicato ahora impugnante y también de la USO de formar parte de la comisión negociadora, no integrándose en ella primero por oposición de las restantes representaciones sindicales y después por la de la parte empresarial; se alcanzó acuerdo con CC OO y UGT durante el período de consultas, que acreditaban (hecho probado quinto) “un 81,56 % de los mandatos electorales existentes, así como un 87,16 % de las delegaciones de centros de trabajo sin representación”, fijándose el período de aplicación de las suspensiones contractuales durante un año, desde el 6 de febrero de 2013 al 5 de febrero de 2014; en fin, además de los datos económicos aportados por la empresa para justificar el ERE, se da cuenta en los hechos probados de la suspensión de 66 contratos hasta el momento de celebración del juicio, y que durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y la fecha citada se han llevado a cabo 522 contrataciones y 546 extinciones contractuales, por necesidades de funcionamiento de la empresa en atención a qué tipos de puestos de trabajo se han de cubrir.

B) Las partes demandadas alegaron varias excepciones formales que la Sala debe resolver para poder entrar en el fondo del litigio planteado, esto es la inexistencia de las causas alegadas por la empresa. La primera es la relativa a la falta de legitimación activa del sindicato impugnante, por no tener, según aquellas, “implantación suficiente en el ámbito del conflicto”. La Sala procede al estudio de los artículos de aplicación, 141.1 y 17.2 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto, señaladamente la [sentencia del primero de 20 de marzo de 2012](#), para concluir que la parte demandante sí tiene legitimación activa, con seguimiento del criterio defendido por la misma [Sala de la AN en susentencia de 22 de abril](#), en cuanto que se trata de una empresa que tiene más de 250 trabajadores, que hay representación unitaria (todo lo minoritaria que se quiera, pero representación al fin y al cabo) y que hay secciones sindicales también en dichos dos centros de trabajo, y que en los dos centros hay trabajadores afectados por el ERE. Obsérvese, pues, que la AN está aplicando un criterio amplio, que puede ciertamente encontrar apoyo en el art. 10 de la [Ley Orgánica de Libertad Sindical](#), para ensanchar los espacios de legitimación activa de sindicatos muy minoritarios en una empresa pero a los que les reconoce ésta en cuanto que tienen una mínima presencia, unitaria y sindical, acreditada.

C) Es desestimada también la excepción alegada por la empresa de falta de agotamiento del intento de conciliación por parte de CGT. La Sala reitera doctrina sobre la inexistencia de obligación de conciliación tanto en procesos individuales como colectivos de suspensión de contratos, entendiendo, con buen criterio a mi parecer, que la regulación del art. 64.1 de la LRJS (“Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos ... relativos a suspensión de contrato y reducción de jornada por causas económicas..”) incluye a todos los supuestos de suspensión, con independencia de su carácter individual o colectivo.



Sobre la tercera alegación formal, la presentación de la demanda por parte de CGT habiendo caducado ya el plazo para su interposición, se desestima esta tesis, con apoyo en la dicción del art. 138.1 LRJS y art. 20.6 del [RD 1483/2012](#), porque la caducidad se activa (dies a quo) desde la notificación escrita a los representantes de los trabajadores de la decisión adoptada por la empresa (haya o no acuerdo en el período de consultas). Es interesante esta sentencia en cuanto que diferencia con claridad la activación del plazo de caducidad en ERES extintivos, que puede ponerse en marcha con la conclusión del período de consultas (art. 124.6: “La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo”), del que se produce en los ERES de suspensiones contractuales, que sólo se pone en marcha con la notificación a los representantes de los trabajadores (art. 138.1 LRJS: “El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación...”).

D) La Sala sí estima la excepción de falta de acción de la CGT para alegar la no válida constitución de la comisión negociadora ante la ausencia de dos sindicatos que pidieron estar presentes, siendo así, a partir de los hechos probados, que dicho sindicato sí estuvo presente en la mesa y que manifestó su oposición a aquella, al igual que CC OO y UGT (al menos en un primer momento, siempre según hechos probados), actuación que merece el reproche jurídico de la Sala al no respetarse las reglas de la buena fe que deben practicarse en todo procedimiento judicial, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1 de la [Leyorgánica del Poder Judicial](#) y 75.4 de la LRJS, reproche jurídico que se manifiesta en duros términos por la Sala, ya que considera “inadmisible... que pretenda ahora, contradiciendo flagrantemente sus propios actos, que se anule un procedimiento por unos supuestos vicios de los que es tan responsable como todos los demás...”.

E) La sentencia tiene especial interés por abordar nuevamente una cuestión que está suscitando numerosos conflictos tanto en la AN como en los TSJ, y que a buen seguro deberá conocer el TS, la composición de la comisión negociadora cuando hay centros de trabajo que no tienen representación, aprovechando nuevamente la Sala la oportunidad para criticar la redacción del RD 1483/2012, en este caso concreto del art. 26.3. Está aceptada la presencia conjunta de representantes unitarios y representantes elegidos “ad hoc”, con la ponderación debida de la representación ostentada, pero no cuando se trata de representaciones sindicales que asumen la negociación del ERE, criterio ya defendido en la sentencia de 18 de junio de 2012, ya que las SSE “representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de trabajo de la misma, lo cual impide necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo y hace imposible definir criterios de ponderación de votos para identificar las mayorías exigidas por el art. 28 RD 1483/2012 de 29 de octubre”.

Ahora bien, en un planteamiento de mucha flexibilidad en la aplicación de la normativa vigente, siempre y cuando no se produzcan daños jurídicos (vicios) insalvables (y por

consiguiente si se acepta esta tesis habrá que valorar caso por caso si se producen) la Sala no concluye, como hubiera debido ser en concordancia con la doctrina expuesta en el párrafo anterior, que la constitución de la comisión estuvo viciada de nulidad, porque la irregularidad formal “no impidió que la negociación alcanzara sus fines”, esto es un acuerdo suscrito por representantes de un muy amplio número de los unitarios de la empresa y, por consiguiente, de los representantes de los trabajadores, añadiendo que, aunque inadecuada la presencia de la representación ad hoc en la comisión negociadora, el hecho de que el 87,16 % de los delegados a hoc también estuvieran de acuerdo con el ERE “no resta sino que incrementa la legitimidad democrática del proceso”. Dejo la duda suscitada de que puede ocurrir si la representación sindical tiene menor peso porcentual en la plantilla, si bien mayoritaria, y la representación ad hoc tuviera un peso bastante mayor que en el caso enjuiciado y se manifestara en contra del acuerdo. ¿mantendrá entonces la Sala la existencia de un vicio no insalvable, o se decantará por la tesis de la aplicación más formal de la imposibilidad de presencia de dichas representaciones cuando negocien las secciones sindicales? Probablemente debería optar por la segunda tesis para evitar una mayor conflictividad jurídica, pero desde luego la tesis de esta sentencia deja el camino abierto a que dicha conflictividad se produzca.

F) La Sala sigue actuando como un buen padre, o más correcto es ahora hablar de progenitor, de familia en algunas ocasiones, y así me lo parece cuando leo el fundamento de derecho noveno, en el que se debate sobre los criterios de legitimación para negociar cuando esta negociación se lleva a cabo por la representación sindical, no habiendo ninguna regla legal que establezca un número mínimo o máximo de miembros de esa comisión, por lo que la Sala aplica por analogía, y creo que correctamente, la regulación sobre negociación colectiva, y como en el caso concreto enjuiciado nos encontramos en presencia de un grupo de empresas hay que acudir al art. 87.2 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) (“a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos. b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos. c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio”). Dado que el SITC no cumple ninguno de los requisitos citados, no tiene derecho a participar en la comisión negociadora y no ha habido ninguna actuación discriminatoria por parte de los restantes sindicatos que pudiera haber vulnerado el derecho fundamental de libertad sindical. Ahora bien, el buen progenitor que es el tribunal manifiesta, a modo de obiter dicta social y en términos de soft law, que “hubiera constituido una buena práctica convocarle a la reunión constitutiva de la comisión negociadora para dejar constancia de las razones por las que no estaba legitimada para negociar un período de consultas que afectaba a un grupo de empresas a efectos laborales”.

G) En fin, con tantas alegaciones formales parece que no llegaríamos a la cuestión de fondo, la existencia o no de causas económicas, pero sí llegamos en el fundamento jurídico décimo, en el que se desestima la demanda del sindicato impugnante ante la existencia de un acuerdo con representaciones sindicales mayoritarias y la imposibilidad de desvirtuar que se hubiera producido de forma contraria a derecho, esto es en fraude

de ley, dolo, coacción o abuso de derecho, circunstancias que tampoco se produjeron en la negociación a juicio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Queda probado que la empresa opera en un mercado afectado por la recesión económica y que ha visto fuertemente reducida su actividad empresarial, disponiendo de una capacidad productiva “muy superior a la demanda requerida por el mercado”, y que así lo avalan los datos económicos de los tres primeros trimestres de 2012 con respecto a los mismos períodos del año anterior, tal como requiere el art. 51.1 de la LET, y en definitiva, ello lleva a la Sala a estimar la conformidad a derecho de la decisión adoptada.

#### **24. Sentencia de la AN de 13 de mayo de 2.013.**

La sentencia de la Audiencia Nacional [dictada el 13 de mayo](#), de la que ha sido ponente el magistrado Manuel Poves Rojas, aborda el proceso por despido instado por la representación “ad hoc” de los trabajadores contra la empresa Nirco SL, y ya adelanto que es desestimada y que suscita muchas cuestiones jurídicas de interés.

A) De los hechos probados interesa destacar que la plantilla de la empresa la integraban, en la fecha del juicio (9 de mayo) un total de 52 trabajadores distribuidos en dos centros de trabajo; que con anterioridad a este conflicto, la empresa acordó un ERE de reducción de jornada, con inicio de su aplicación el 1 de marzo y finalización el 28 de febrero de 2013, habiendo sido pactado con una representación ad hoc “al carecer la empresa de representantes sindicales”, y con una redacción que posteriormente dio origen a un conflicto sobre sus términos y si implicaba o no la obligación empresarial de continuidad de los puestos de trabajo; la presentación de un nuevo ERE, esta vez de extinción de diez contratos, el 8 de enero de 2013 (es decir, antes de la finalización del ERE de reducción de jornada) y la elección por los trabajadores de una comisión ad hoc para integrar la comisión negociadora, iniciándose el período de consultas el día 16 y quedando constancia en el acta de la primera reunión de que los representantes de los trabajadores “manifestaron expresamente que reconocían la situación de la empresa y reconocían la realidad de la situación económica”; de los debates habidos durante el período de consultas, y que se recogen con detalle en los hechos probados, me interesa destacar la petición de la parte trabajadora de alcanzar un acuerdo con una indemnización de 45 días de salario por año trabajado (no aceptada por la parte empresarial) y la de “demorar los despidos a la conclusión del procedimiento de reducción de jornada”, es decir aplicar un ERE cuando finalizara el anterior, tesis rechazada por la empresa que argumentó, en defensa de su planteamiento, que las expectativas puestas en la reducción de jornada no habían alcanzado sus objetivos, por lo que la extinción era la única forma de mantener la mayor parte de puestos de los puestos de trabajo”; en fin, tras una serie de contrapropuestas por la parte trabajadora y algunas por la parte empresarial, básicamente centradas en la cuantía de la indemnización y en la forma de pago, antes las dificultades económicas de tesorería para hacerlas efectivas, las consultas finalizaron sin acuerdo y la empresa procedió a comunicar la extinción a los diez trabajadores afectados, habiéndose hecho ya efectivo el despido para nueve de ellos y habiendo puesto la empresa a su disposición, tal como prevé el art. 53.1 de la LET, “la totalidad de la indemnización al notificarles la correspondiente carta de extinción”. Queda constancia también de los datos económicos negativos de la empresa, y de diversas vicisitudes procesales sobre reconocimiento de poderes para pleitos por parte de una integrante de la comisión y de varios de los trabajadores despedidos.

B) ¿Qué aporta esta sentencia, tanto desde la perspectiva de las cuestiones o alegaciones formales, como de las razones de fondo alegadas para la extinción?

Constato que cada vez más se están formulando por las partes demandadas excepciones procesales formales tendentes a evitar entrar en el fondo del litigio, y por las demandantes alegación de vicios de nulidad, y ciertamente no podemos negar que la regulación legal, y muy en especial la reglamentaria, tras la reforma laboral de 2012 deja muchos flecos y muchas lagunas que, lógicamente, las partes tratan de utilizar en su beneficio. No estoy seguro de que el legislador fuera consciente de todas esas nuevas situaciones que pueden producirse, muy especialmente en lo relativo a la constitución de la comisión negociadora y de la tramitación del período de consultas, pero la realidad nos está demostrando que la mayor parte de los ERES que no han pasado el filtro jurídico, lo han sido hasta ahora por defectos formales.

C) En esta sentencia, nos encontramos con alegaciones de falta de representación de la parte demandante, con una alegación extremadamente formalista por la parte demandada al exponer que los poderes otorgados por las demandantes se habían dado a su nombre y no en condición de miembros de la comisión negociadora, tesis desmontada rápidamente por la Sala ya que la comisión ad hoc carece de personalidad jurídica, “por lo que no era posible que las demandantes pudieran otorgar poderes en su nombre”. En la misma senda formalista, se vuelve a alegar falta de representación porque una de las componentes de la comisión se desvinculó de la acción, si bien ello no quedó probado en el acto de juicio y en cualquier caso, como subraya con acierto la Sala, “aunque se hubiera producido formalmente el desistimiento de la tercera componente de la comisión ad hoc, que no es el caso, no concurriría falta de representación, puesto que la acción se mantendría por la mayoría de las componentes de la comisión, quienes estaban legitimadas para alcanzar acuerdo en el período de consultas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 RD 1483/2012, de 29 de octubre, al representar a la mayoría de los trabajadores y también para impugnar el despido colectivo...”.

D) Sigue la parte demandada con sus excepciones extraordinariamente formalistas a mi parecer y alega la imposibilidad de impugnar los despidos por la comisión ad hoc, ya que a su parecer esta sólo está expresamente reconocida y acreditada para negociar el período de consultas, y que dado que no se trata en puridad jurídica ni de una representación unitaria ni de una representación sindical, las previstas en el art. 124.1 de la LRJS para impugnar la decisión empresarial, su intervención en juicio comportaría “una actuación contra legem”.

La Sala rechaza la tesis, con el apoyo doctrinal de un excelente artículo del profesor Faustino Cavas que incluye dentro del término “representantes legales” a las comisiones ad hoc designadas al amparo de la normativa legal y con tesis que ya está acogida por algunos TSJ, y añade “de su propia cosecha” algunas argumentaciones para fundamentar esta legitimación procesal, aprovechando (una vez más) la oportunidad para criticar que el legislador no previera esta situación, y mucho más en un país como España de pequeñas empresas y en el que la falta de representación de los trabajadores “sucede en la inmensa mayoría de miembros de nuestro país”, concluyendo que al amparo del art. 51.2 y de la [Directiva 1998/59/CE](#), estamos en presencia de “representantes legales de los trabajadores” que pueden negociar tanto los períodos de

consulta como ser demandantes o demandados “caso de haber alcanzado acuerdo, o en la denominada acción de jactancia”.

La distinción que efectúa la Sala entre comisiones ad hoc “sindicalizadas”, en cuanto que integradas por representantes sindicales, y comisiones ad hoc “no sindicalizadas”, supuestos ambos previstos por la normativa vigente, le permite ya reconocer de manera directa la legitimación procesal en el primer supuesto, ya que se trata, ex art. 124.1 de miembros de “sindicatos más representativos o implantados en el sector, que reúnen a la vez el requisito de implantación en el ámbito del despido colectivo..”, mientras que la atribución a las segundas de dicha legitimación la deriva, con buen criterio a mi parecer, de su inclusión dentro del concepto de representantes legales en una interpretación finalista del art. 51.2 de la LET y además, con valoración de la importancia del cumplimiento de la normativa de la Unión Europea, porque “Si no fuera así, si las comisiones ad hoc no ostentaran propiamente la condición de representantes legales de los trabajadores se vulneraría frontalmente lo mandado por el art. 2.1 de la Directiva 1998/59/CE , que deja perfectamente claro, que el período de consultas deberá llevarse a cabo con los representantes legales de los trabajadores...”.

E) Desestimadas las excepciones procesales procede entrar en el fondo del conflicto, y a diferencia de anteriores sentencia de la Sala he de decir que tanto en esta como en la anteriormente comentada no he encontrado la referencia, aunque fuera genérica, al petitum de la demanda, sino que lo he ido reconstruyendo a partir de la lectura de los fundamentos jurídicos, siendo el primero el de falta de buena fe negociada por la parte empresarial alegada por la parte demandante, falta de buena fe, por cierto (y aunque la Sala haga una valoración radicalmente contraria) recogida de forma expresa en el informe de la ITSS, “quien subraya que la empresa no dio respuesta concreta a ninguna de las propuestas realizadas por las representaciones de los trabajadores...”.

El fundamento jurídico sexto se inicia con una fase “de impacto”, “el despido colectivo no es una potestad soberana del empresario”, aunque dicho impacto creo que se irá diluyendo a medida que avance el lector o lectora en la lectura de este fundamento jurídico y también de los dos siguientes. La Sala pasa revista al contenido del período de consultas, con cita de doctrina jurisprudencial del TJUE y de otros TSJ, y estudia de forma muy detallada qué debe entenderse por buena fe, recordando una de sus sentencias que más parabienes ha merecido en la prensa empresarial económica, cual es la de 20 de marzo, con la afirmación de que “si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe negociada mantener dicha posición a lo largo de la negociación”, para pasar a continuación a recoger la redacción del art. 8 del RD 1483/2012, que regula las medidas que deben considerarse por las partes durante la negociación para tratar de evitar o reducir los despidos colectivos, y que la Sala afirma, en una valoración propia que no tiene esa concreción a mi parecer en el texto normativo, que “precisa de menor a mayor qué medidas deben considerarse para evitar o reducir los convenios colectivos, o atenuar sus consecuencias, cuya consideración constituye regla de buena práctica para ambas partes”.

De la teoría a la práctica, es decir del estudio general del marco normativo y de la doctrina sentada por los tribunales en otros casos a dar respuesta al litigio enjuiciado, respuesta negativa para la parte demandante por entender la Sala, en primer lugar, que la existencia de un ERE anterior en el que se debatió ampliamente sobre la difícil situación económica de la empresa significa que las partes negociadoras del segundo ya eran

conscientes de las dificultades económicas, algo que no hubiera sido así, sigue la Sala, si se tratara de un primer ERE, y en segundo término porque entiende que las alegaciones de la parte demandante se centraron casi exclusivamente, a partir de los hechos probados, en una discusión sobre la cuantía de las indemnizaciones y los períodos de pago, y no hicieron otras propuestas que pudieran facilitar el llegar a un acuerdo, si bien recuerdo yo ahora que la empresa no se salió de su propuesta inicial. Todo ello lleva a la Sala a concluir que “No estamos, por tanto, ante una negociación ejemplar, pero no deja de ser cierto, que las representantes de los trabajadores, al margen de las desafecciones genéricas ya citadas, no hicieron ni una sola proposición constructiva, que pudiera considerarse por la empresa, ni para evitar, ni para reducir el número de despedidos, ni criticaron, ni ofrecieron alternativa alguna al plan de acompañamiento social, que se les propuso por la demandada, por lo que no podemos anular el despido por ausencia de voluntad negociadora empresarial, por cuanto las limitaciones de la negociación efectuada son imputables a ambas partes”.

Se me ocurre pensar, y de la sentencia no puedo saber si los miembros que negociaron el primer ERE eran los mismos que los segundos, y si fueran diferentes como podría influir este dato en la respuesta del tribunal, dado que el conocimiento de la situación económica de la empresa puede ser algo bien sabido por la representación del personal y que intenta después trasladar a sus representados, pero que en ningún caso será igual si los representantes son distintos en los dos ERES. Y aun aceptando la tesis de la Sala sobre la estrecha relación entre ambos ERES aceptar que la aceptación, valga la redundancia, de la situación difícil de la empresa por los negociadores laborales implica ya que no hay vulneración de la buena fe negocial por parte empresarial, “por cuanto ambas partes eran plenamente conscientes de los resultados de las medidas de flexibilidad interna precedentes, cuyos objetivos no fueron alcanzados, como hubiera sido deseable, que eran precisamente el mantenimiento de todos los puestos de trabajo” supone a mi entender aceptar también que hay poco espacio para una nueva negociación en el segundo ERE que permita llegar a un acuerdo en términos diferentes de los planteados por la partes, limitando la autonomía negocial indirectamente aunque ello no sea, sin duda, la voluntad de la Sala.

La Sala insiste en una tesis con la que pretende, creo, trasladar a los litigantes en estos procesos, una idea muy clara, que la buena fe negociadora es obligatoria para ambas partes, y lo manifiesta además con total claridad en el fundamento jurídico séptimo cuando afirma que “la búsqueda del alivio en las consecuencias del despido forma parte de la negociación del período de consultas y es tan exigible al empleador como a los representantes de los trabajadores”. Sin cuestionar esta tesis, que me parece ajustada a derecho, sí querría recordar la diferente posición que ocupan las partes en un ERE, en cuanto que las propuestas que marcarán la negociación vienen fijadas por la empresa, algo que mi parecer obliga a extremar el respeto de la buena fe por su parte, siendo difícilmente predicable la igualdad de armas en un ERE, aún cuando el período de consultas permita acercar las posiciones de ambas. Repito: no se trata de cuestionar la obligatoriedad de cumplir con las reglas de la buena fe por ambas partes, y ahora por la parte trabajadora, sino también de ubicarla en un contexto negociador en el que se tendrá que prestar atención al tamaño de la empresa y a la presencia sindical, unitaria o de comisiones ad hoc por la parte trabajadora.

F) La última cuestión abordada en esta sentencia, cuya importancia ha pasado desapercibida hasta el momento en los medios de comunicación como en las redes

sociales, es la relativa a la importancia jurídica de los compromisos acordados en un anterior ERE respecto a la obligación de mantener la plantilla de trabajadores mientras no haya finalizado su vigencia, si bien el conflicto no se plantea exactamente en esos términos en el caso ahora enjuiciado, ya que justamente la discrepancia se centra en saber si se produjo o no ese acuerdo, ya que la tesis de la parte trabajadora es de que sí se produjo ese acuerdo, mientras que por la parte empresarial se negó su existencia expresa. De la lectura de los documentos aportados por las partes, y muy en especial de la memoria explicativa, la Sala concluye que no existió ese acuerdo porque no se plasmó por escrito “ningún compromiso concreto de futuro”, con independencia de la valoración que pudiera hacer la parte trabajadora sobre el significado del acuerdo.

De la lectura del documento coincido con la Sala en la inexistencia de ese acuerdo, que hubiera sido perfectamente posible, y así se ha plasmado en alguna ocasión en otros ERES, si las partes lo hubieran decidido, no acabando de entender por mi parte qué aporta la reflexión crítica de la Sala, en un papel de algo más que buen progenitor de familia, cuando afirma que aun aceptando esos acuerdos se trata “de compromisos arriesgados, puesto que su cumplimiento no puede asegurarse cuando suceden nuevos avatares en las empresas, no siempre predecibles, que acentúan su deterioro, pese a la promoción de las medidas de flexibilidad interna”. Bueno, ese “carácter arriesgado” y los problemas que en su caso plantee más adelante corresponde decidirlo a las partes negociadoras en el ejercicio de su autonomía colectiva, con independencia de la valoración más o menos positiva que pueda merecerles a un tribunal.

Ahora bien, la Sala va más allá y efectúa una manifestación que puede aceptarse en el terreno de la realidad económica en el que se mueven las empresas, y no seré yo quien discuta la difícil situación económica que viven muchas de ellas, pero que cuestiona seriamente la autonomía negocial de las partes y que hubiera requerido de una mucho mayor fundamentación, aunque fuera sólo con la alegación de cómo podría utilizarse la cláusula “rebus sic stantibus”. La Sala afirma que aunque se hubiera acreditado que la empresa “se hubiera comprometido a no extinguir contratos de trabajo durante el año 2012”, dado que en el período de consultas se constató “un claro deterioro empresarial respecto a la situación de 2011, que fue la valorada al convenirse la reducción de jornada”, este cambio económico “justificaría por sí sola la promoción de una nueva actuación empresarial”. ¿Qué significa “por sí sola”? ¿Qué la empresa puede desdecirse unilateralmente de un acuerdo suscrito entre dos partes? ¿Es concebible jurídicamente este planteamiento sin poner en cuestión la autonomía negocial tan firmemente defendida por la propia Sala en numerosas de sus sentencias sobre ERES? ¿No sería más respetuoso con la voluntad de las partes el cumplir con lo pactado y acudir posteriormente a un nuevo expediente? En fin, la sentencia de la que ahora concluyo el comentario me ha suscitado muchas más dudas de las que inicialmente se me ocurrieron en una primera y rápida lectura, y quiero, como hago en este blog, compartirlas con los lectores y lectoras.

## **25. Sentencia de la AN de 20 de mayo de 2.013.**

La sentencia de la Audiencia Nacional [dictada el 20 de mayo](#), de la que ha sido ponente la magistrada Carolina San Martín, trata sobre las demandas interpuestas en proceso de despidos colectivos por los sindicatos Alternativa Sindical de Cajas de Ahorro (ACA) y Confederación Intersindical Galega (CIG) contra la empresa NCG banco SA y las secciones sindicales de CC OO, UGT y Confederación de Sindicatos Independientes de

Cajas de Ahorro (CSICA) en la misma. Se trata de una sentencia que ha merecido mucha más atención judicial y mediática que las anteriores, y que incluso ha merecido una [referencia expresa en la página web del CENDOJ](#), en la que se explica que “La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ha avalado el despido colectivo en NCG Banco S.A., anteriormente Novacaixagalicia, y que supone la supresión de 1.850 puestos de trabajo”. La característica principal del conflicto es que se trata de una entidad bancaria rescatada por el Estado [previa autorización de la Unión Europea](#) que se recogió en el Memorando de Entendimiento, y que ya había recibido con anterioridad una ayuda de 2.465 millones de euros del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).

A) En los antecedentes de hecho se explica que la demanda presentada por la CIG solicita la declaración de nulidad de la decisión empresarial con alegación de incumplir requisitos previos, convencionalmente regulados, al inicio del período oficial de consultas, por no haber recibido toda la documentación que debe presentar la empresa según el art. 51.2 de la LET, y por la existencia de fraude, dolo y/o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo; de forma subsidiaria, solicita la declaración de no ajustada a derecho la decisión empresarial por inexistencia de la causa económica alegada. En términos idénticos de declaración de nulidad y, subsidiariamente de no ajustado a derecho el acuerdo, se manifestó ASCA. La empresa alegó que se habían cumplido todos los requisitos formales y que el acuerdo se había suscrito con representaciones sindicales que sumaban el 81,52 % de representación de los trabajadores de la empresa, y que durante el período de consultas se alcanzaron acuerdos que permitieron reducir el número de afectados por las extinciones al pactarse otras medidas de flexibilidad interna, bajas voluntarias e incremento de las indemnizaciones.

B) De los hechos probados interesa destacar que “NCG Banco S.A. tiene su origen en Novacaixagalicia, la entidad resultante de la fusión entre Caixa Galicia y Caixanova que se materializó el 1 de diciembre de 2010”, con un total de 803 oficinas en España y una plantilla de 4.862 trabajadores a 31 de diciembre de 2012; que en el año 2012 hubo un primer ERE con acuerdo que preveía 700 extinciones contractuales y diversas medidas de flexibilidad interna a ejecutar en 2013 y 2014 que, hasta el momento del juicio, “no han sido aplicadas en su totalidad”; que en dicho acuerdo se pactó (a diferencia de lo explicado en el caso anterior) un compromiso por parte de la empresa de “no aplicar unilateralmente medidas de los arts. 51 y 52 ET que no hubieran sido previamente acordadas con la representación legal de los trabajadores”; que el plan de reestructuración de la empresa fue aprobado por la Comisión Europea el 28 de noviembre de 2012, destacando del mismo, a los efectos de mi explicación, que el número de oficinas debía reducirse a 454 a 31 de diciembre de 2017, y que en esa fecha el número de trabajadores a tiempo completo no debería superar los 3.334. Se deja debida constancia a continuación de las conversaciones informales previas al inicio oficial del período de consultas, de la presentación del ERE por parte de la empresa y de la decisión de las secciones sindicales de asumir la responsabilidad de la negociación durante el período de consultas por la parte trabajadora, participando como integrantes del banco social representantes con mandatos prorrogados o ya renovados en un nuevo proceso electoral. Se explica también que no participaron representantes designados ad hoc en el proceso negociador, petición que había formulado la autoridad laboral, por entender el Banco (y obsérvese la diferencia sustancial con el procedimiento negociador puesto en marcha en el litigio anterior) que no procedía dicha elección en una negociación en la que “la interlocución había sido asumida por acuerdo de las secciones que sumaban la mayoría de la representación unitaria”. Entre las diferentes propuestas y



contrapropuestas formuladas durante el período de consultas se alcanzó un acuerdo con las tres secciones sindicales codemandadas en los términos explicados en el hecho probado vigésimo, y que en el acta donde se recoge el acuerdo alcanzado, de fecha 14 de febrero las secciones sindicales de CIG, ASCA y CGT manifiestan que “durante la redacción del acuerdo no han estado presentes por haberse interrumpido la reunión”, y en dicho acuerdo se recoge “la derogación y sustitución de cualquier otro acuerdo colectivo anterior en todo lo que sea incompatible o haya sido regulado específicamente en éste”; en fin, los datos económicos negativos de la empresa quedan reflejado en el hecho probado vigésimo primero, con una caída del margen bruto de la entidad en más de un 40 % durante tres años, siendo la situación económica tan complicada que “de no haberse recibido las ayudas públicas derivadas del plan de reestructuración, la entidad no habría podido seguir operando”.

C) ¿Qué interesa destacar de los fundamentos jurídicos de la sentencia, tanto de cuestiones formales como de fondo? En primer lugar, el debate jurídico sobre la válida constitución o no de la comisión negociadora, ya que participaron representantes de los trabajadores cuyo mandato había caducado a juicio de la CIG por datar la elección de 2007 y no haberse celebrado nuevas elecciones hasta la fecha. Sin conocer más detalles del caso que los recogidos en la sentencia, me sorprende esta alegación ya que el art. 67.3 de la LET establece con toda claridad el mantenimiento en funciones de los representantes “hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones”, y aún más porque por acuerdo de 27 de diciembre se había garantizado (hecho probado decimoquinto) “el mandato de los representantes de los trabajadores de las entidades fusionadas hasta las elecciones”.

Sobre otros aspectos formales, como el alegado incumplimiento de la celebración de consultas informales como trámite previo a la puesta en marcha oficial del ERE y a la vulneración del pacto antes referenciado sobre no aplicación unilateral por la empresa de los arts. 51 y 52 de la LET, la Sala rechaza, a partir de los hechos probados estos incumplimientos y recuerda que el acuerdo alcanzado, con el que también se puso fin a la imposibilidad de adoptar medidas por la empresa, fue decidido por más del 80 % de los representantes. Más compleja, y reitero las críticas que he efectuado en la sentencia anterior, me parece la situación respecto a la alegación de las demandantes de no haberse aplicado en su totalidad el ERE vigentes antes de la puesta en marcha del nuevo, insistiendo la Sala en su tesis de aceptación de “solapamiento” de dos ERES en el tiempo si las circunstancias lo justifican, y tal era la situación a juicio de la Sala ante el nuevo ERE ya que la entidad “había entrado en una espiral de pérdidas crecientes y además debía hacer frente a unas condiciones determinadas en orden a conseguir la financiación pública sin la cual no podría seguir operando...”.

Una nueva argumentación doctrinal, con incorporación de la sentada por la propia Sala con apoyo de la del TJUE, la encontramos en el fundamento jurídico sexto al referirse al período de consultas y deber responder a las alegaciones de las demandantes sobre “la falta de información completa y suficiente” para poder negociar en condiciones adecuadas. La sentencia va recogiendo nuevamente casi todo lo probado y entiende que la empresa cumplió debidamente con sus obligaciones de entregar la información requerida por la normativa vigente, y como novedad con respecto a sentencias anteriores se acepta que la documentación puede presentarse en soporte digital, en especial cuando es voluminosa, porque, a diferencia del planteamiento crítico de las demandantes, la Sala entiende que “no existe obligación legal ni reglamentaria de

suministrar la documentación en papel”. La Sala, ciertamente, ha de hacer malabarismos jurídicos para rechazar la tesis de las demandantes de que al entregarse la documentación en ese soporte, y más si se hace al final de la reunión como denuncian los demandantes, se vulnera el derecho a la negociación, ya que siempre se podrá debatir sobre la misma “aunque tal cosa suceda en la reunión subsiguiente” y en este ERE se pudo debatir sobre los documentos presentados en reuniones posteriores. Me pregunto, con voluntad de conseguir un período negociador eficaz, si no sería mucho más lógico que esa documentación se enviara con anterioridad al inicio de la reunión y con tiempo suficiente para que el período de consultas cumpliera su auténtica finalidad de negociación. Obsérvese, en suma, que acepto, y no creo que pueda ser de otra forma en la sociedad del siglo XXI, la entrega de la documentación en soporte digital, pero a diferencia del malabarismo de la Sala para defender la validez de la medida porque se puede negociar “a posteriori”, yo propongo que esa documentación y su envío con anterioridad permita una negociación mucho más fructífera y eficaz.

También efectúa algunos malabarismos jurídicos la Sala para negar la validez de la argumentación de las demandantes sobre el hecho de que no poder disponer del plan de reestructuración ha impedido una negociación adecuada, reconociendo que el documento hubiera debido “manejarse en el período de consultas” porque afectaba al futuro de la empresa, aún cuando el hecho de que incluyera “muchas otras medidas que en nada afectan al despido colectivo” lleva a la Sala a poner el acento no en el documento en sí mismo sino en saber si la información facilitada por la empresa sobre ese plan fue suficiente y adecuada para la negociación, concluyendo afirmativamente, y trayendo a colación en apoyo de su tesis que “ninguna alegación concreta se ha realizado en el acto del juicio, ya en plena disposición del [Plan de Reestructuración](#) en toda su extensión así como de la Hoja de Términos y Condiciones, sobre información relevante ahora descubierta de la que carecieran durante el período de consultas”.

De las numerosas alegaciones efectuadas por las partes demandantes interesa también detenerse sobre la crítica de “haber sido expulsados de la reunión”, que no se corresponde exactamente con lo recogido en el acta de la última reunión en la que, como ya he indicado, se afirma que no estuvieron presentes en la redacción final del acuerdo; no presencia, que no es consideraba contraria a derecho ni en modo alguno discriminatoria por parte de los firmantes hacia aquellos que se oponían al acuerdo, en cuanto que se trataba de dar la redacción final a un texto al que los impugnantes se habían opuesto en la negociación, dejando constancia la Sala, de forma incidental y con acierto jurídico a mi parecer, de que hubiera sido distinto “que el acuerdo final no hubiera respondido al citado preacuerdo, en cuyo caso la exclusión de las secciones mencionadas habría vulnerado su derecho a continuar negociando junto con las demás, pero ello no se ha alegado”.

También es necesario traer a colación, frente a la crítica de la parte impugnante, que la AN reitera su criterio de aceptación de un único proceso negociador en el que se planteen diversas medidas (como inaplicación de convenio colectivo, movilidad geográfica, etc.) para las cuales la LET prevé unas reglas propias procedimentales, y mucho más cuando es la propia empresa la que presentó un ERE extintivo en el que afirmaba de forma expresa que también convocaba consultas al amparo de los arts. 40 (movilidad geográfica), 41 (modificación sustancial de condiciones de trabajo) y 47 (suspensión de contratos y reducciones de jornada) de la LET, dado que “nada impide la sustanciación simultánea de estos procedimientos siempre que se cumplan los requisitos

formales y materiales previstos a tal efecto en cada uno de los preceptos reguladores”, añadiendo la Sala que la adopción de tales medidas de flexibilidad interna ya está prevista en cualquier caso en el art. 51.2 de la LET para posibilitarla en lugar de las más radicales de flexibilidad externa, y de ahí que todas puedan tener cabida bajo el “paraguas” del expediente extintivo, “puesto que si no pudieran contemplarse en el proceso de despido colectivo sería absurdo que el legislador las planteara al hilo del mismo”.

Tras esta explicación, que en modo alguno es completa porque hay otras argumentaciones de las demandantes rechazadas por la Sala y a las que no me he referido de forma expresa por considerarlas, en mi valoración obviamente subjetiva, de menor importancia, llega el momento de comprobar si existen las causas económicas alegadas por la empresa, cuya inexistencia se alega por los demandantes en cuanto que aquello que está detrás del ERE no es propiamente una regulación de empleo sino “una reestructuración del modelo empresarial”. La tesis, que es digna de ser tenida en consideración en el terreno político cuando menos (y lo mismo ocurre con otros ERES que han sido objeto de atención en el blog, y pongo ahora como ejemplo el del TeleMadrid), no es acogida en sede jurídica por la Sala que se remite al cumplimiento por la empresa de los requisitos previstos en el art. 51 de la LET para concluir que la medida adoptada es proporcionada a la gravedad de la situación, y frente a las críticas de que la empresa se encuentra en una situación más saneada después de recibir importantes ayudas públicas, la Sala concluye que “ese era, justamente, el objetivo, cuya consecución en absoluto desmiente las dificultades económicas quedieron lugar a todo este proceso”.

## **26. Sentencia de la AN de 12 de junio de 2.013.**

Analizo a continuación la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 12 de junio en un conflicto que afecta a la empresa Roca sanitarios SA. La [sentencia dictada en el conflicto citado](#) ha merecido mucha atención mediática, y versa sobre la demanda interpuesta por varios sindicatos (CC OO, UGT, CGT y Colectivo Obrero y Popular) contra las empresas Roca Sanitarios SA y Roca Corporación Empresarial, solicitando la nulidad de la decisión empresarial y subsidiariamente la no conformidad a derecho de la misma.

Ya adelanto que la sentencia declara la nulidad de la medida adoptada por la empresa, y en la [nota de prensa del CGPJ](#) se explica de esta manera: “no es posible que el grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque afecta globalmente a las empresas del grupo, porque dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por consiguiente, que se tramite empresa por empresa”. Por tanto, Corporación Empresarial, de la que forma parte Roca Sanitarios, no estaba “legitimada pasivamente en el presente procedimiento, por cuanto nunca fue empleadora de los actores” Entiende también que se vulneró el derecho a la libertad sindical de los trabajadores de Alcalá de Henares por cuanto desplazó a los representantes de los trabajadores la decisión de qué puestos era necesario amortizar. Eso les colocaba “objetivamente como ejecutores de sus propios compañeros, lo que constituye una manifiesta vulneración de su derecho a la libertad sindical”.

A) Destaco de los hechos probados aquellos contenidos que me parecen más relevantes al objeto de mi explicación.

a) En primer lugar, que los centros de trabajo afectados por la decisión empresarial son los de Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaíra, con 249 y 227 extinciones respectivamente, y teniendo en consideración que la medida suponía el cierre del segundo centro de trabajo (la empresa dispone además de otros dos centros productivos, en la provincia de Barcelona).

b) En segundo término, la existencia de un elevado número de ERES tramitados en años anteriores, dos de extinción y cinco de suspensión de contratos.

c) A continuación, el inicio de la tramitación de un ERE el 18 de octubre de 2012 que afectaría a los dos centros de Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaíra, con la constitución de dos comisiones negociadoras, una por cada centro, y la celebración del consiguiente período de consultas, si bien la empresa desistió más adelante de dicho ERE “al objeto de iniciar un nuevo procedimiento en el que la negociación no se realizará separada por centros de trabajo sino de manera general para todos los centros”, procedimiento que se inició el 30 de enero, y con la alegación sustancialmente de las mismas causas económicas, productivas y organizativas alegadas en el ERE anterior.

d) Consta de forma detallada la explicación de la memoria presentada por la empresa en cuanto a la selección de los trabajadores afectados, con dos elementos jurídicos importantes a tener en consideración por sus repercusiones, que más adelante se analizarán, sobre la posible vulneración del derecho de libertad sindical: en el centro de Alcalá de Guadaíra el cierre era total, pero “no obstante, en el caso de que pudiera considerarse que a pesar del cierre los representantes legales de los trabajadores de este centro de trabajo tienen prioridad de permanencia y no renunciarán de forma efectiva a este derecho, se afectará adicionalmente al mismo número de empleados de la fábrica de bañeras de Alcalá de Henares al objeto de poder dar cabida a los referidos representantes”; en el centro de Alcalá de Henares, también estaban incluidos en el ERE algunos representantes del personal, señalándose por la empresa que si tales afectados “no renunciarán a su derecho a la prioridad de permanencia se afectará al mismo número de empleados de la fábrica de bañeras...”.

e) La representación de la parte trabajadora estuvo integrada por miembros de las representaciones unitarias de los dos centros, en proporción a la presencia de cada sindicato (UGT, CC OO y COP) en tales órganos. De la explicación realizada sobre el período de consultas, me interesa destacar la tesis de la parte trabajadora de ser antisindical la actuación de la empresa respecto a cómo debían actuar los representantes del centro de Alcalá de Guadaíra para que se extinguieran, o no, el mismo número de contratos de trabajadores del centro de Alcalá de Henares, e igualmente el amplio número de propuestas y contrapropuestas efectuadas por las partes, finalizando sin acuerdo y con la decisión empresarial en los términos comunicado a la representación del personal el día 7 de febrero, con una importante oferta de mejora económica de la indemnización si se alcanzaba un acuerdo con la empresa que evitara “la resolución judicial del conflicto”, y con la explicación de cómo afectaría, y a quién, la posible decisión de los representantes de los trabajadores de ambos centros de trabajo de ejercer su derecho de permanencia en la empresa reconocido en la [Ley del Estatuto de los Trabajadores](#) (arts. 51.5 y 68 b), concediendo un plazo de diez días a los representantes del centro sevillano para que tomarán la decisión de conservar su empleo, con el correspondiente traslado al centro madrileño, u optarán por la extinción.

B) Entramos en los fundamentos de derecho y vamos primero a las cuestiones formales, relativas a las excepciones alegadas sobre falta de legitimación.

a) En primer lugar, es la empresa la que alega falta de legitimación activa de la CGT para accionar, debido a su falta de implantación en el ámbito del conflicto, ya que, en efecto, carece de representación en los comités de los centros de trabajo afectados. Al no cumplir los requisitos previstos en el art. 124.1 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), la Sala acepta la tesis de la empresa, dado que se trata de extinciones que afectan sólo a dos centros de trabajo de una empresa y no a toda la empresa en su conjunto, y es cierto que hubieran podido negociar las secciones sindicales, y en tal caso hubiera, hipotéticamente, podido tener presencia la CGT, pero dicha posibilidad, como recuerda muy bien la Sala, no fue planteada por UGT y CCOO que “ostentan la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa”.

b) En segundo término, se alega igualmente la falta de legitimación activa del sindicato “Colectivo Obrero y Popular” (COP), pero en este caso la tesis es desestimada. La presencia de representación en un centro de trabajo de los dos afectados es motivo suficiente a juicio de la Sala, con tesis que comparto, para entender que tiene implantación en el ámbito del conflicto, con cita de varias sentencias anteriores de la propia Sala relativas a la importancia de la participación en el período de consultas para poder después accionar en sede judicial, recordando además que dicha negociación afecta a los dos centros de trabajo con independencia de que el sindicato referenciado sólo esté presente en uno de ellos. Obiter dicta, la Sala plantea que la interpretación restrictiva del art. 124.1 de la LRJS planteada por la empresa podría llevar incluso a la falta de representatividad de los sindicatos mayoritarios, más exactamente más representativos a mi parecer, “quienes podrían, en determinados supuestos, no acreditar tampoco presencia en todos los centros afectados, lo que sucederá en múltiples ocasiones, cuando se trate de empresas complejas, en las que coexistan centros con representantes y sin representantes de los trabajadores”.

c) Sobre la falta de legitimación pasiva alegada por Roca Corporación, con alegación por su parte de no ser empleadora de los trabajadores afectados ni tener relación alguno con el litigio en su contenido laboral, y con petición de desestimación de esta tesis por la parte trabajadora por entender que la decisión de las extinciones se produjo en el seno del grupo empresarial en el que se incluye aquella, la Sala tiene nuevamente oportunidad de debatir, y reafirmarse en sus tesis, sobre el marco jurídico de los grupos de empresas, diferenciándolos a efectos mercantiles y laborales, siendo esta una cuestión de la que con toda seguridad deberá conocer, y pronunciarse, el TS en su momento.

Con reiteración de la tesis ya recogida en anteriores sentencias, y con un cuidado estudio de la [Directiva comunitaria de 1998](#) y la normativa estatal legal y reglamentaria, la Sala insiste en su tesis de que los grupos de empresas mercantiles “no responden de las obligaciones de las empresas partícipes, aunque las mismas se originen completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante”, de tal manera que los procesos de regulación de empleo se acometen “de forma separada” por cada empresa del grupo. Insisto, el análisis del marco normativo lleva a la conclusión de que la empresa dominante, a efectos mercantiles, no está presente en el período de consultas, ni tampoco las restantes empresas, si las hubiere, del grupo, ya que las obligaciones a

efectos laborales de tramitación del ERE sólo son exigidas la empresa promotora de la medida, “que es el interlocutor único de los representantes de los trabajadores”.

La Sala, apunto, no desconoce que sí hay preceptos en el [RD 1483/2012](#) que se refieren al grupo de empresas, de tal manera “que no existe una impermeabilización absoluta entre la empresa promotora de la medida y el grupo al que pertenece”, pero ello no es óbice para seguir defendiendo la tesis de la presentación del ERE por una empresa, y no por el grupo mercantil al que pertenece, con reiterada mención al período de consultas en el que en ningún momento “se contempla la participación del grupo como tal”. De ahí que, mientras no se modifique la normativa, deba aceptar peticiones como la que ha planteado en este litigio la empresa codemandada, por carecer de legitimación pasiva, concluyendo la Sala el fundamento jurídico quinto con un nuevo recordatorio de la distinción, y su importancia a efectos jurídicos, entre los grupos mercantiles y laborales, ya que si se hubiera podido probar que estábamos en presencia de un grupo patológico, laboral, algo que no se consiguió, la resolución hubiera sido distinta.

d) El núcleo duro del litigio se sitúa, y no creo que haya dudas al respecto, sobre la posible conducta antisindical de la empresa al haber incluido a los representantes de los trabajadores en la relación de personal afectado por el ERE y al haberles planteado que debían optar entre acogerse al ERE o a la prioridad legalmente reconocida de permanencia en la empresa, algo que implicaría la extinción de un número de igual de contratos en la factoría de Alcalá de Henares y que inicialmente no estaban previstos. Datos importantes a los efectos de la resolución es que ambos comités estaban integrados de forma total por miembros de organizaciones sindicales, y que tanto la Inspección de Trabajo como el Ministerio Fiscal apoyaron la tesis de vulneración del derecho de libertad sindical.

Cuando leía los hechos probados me vino a la cabeza el recuerdo de una sentencia del Tribunal Constitucional que abordaba una cuestión semejante y a la que hago referencia en mis explicaciones a los alumnos sobre el derecho de libertad sindical y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en la empresa, pero no me acordaba ni de la fecha ni del año (cosas de la edad), y ha sido la referencia en el informe de la ITSS la que me ha recordado que se trata de la [sentencia 191/1996 de 26 de noviembre](#), de la que “recupero” ahora por su interés en que consistió el conflicto: “a) Felguera Construcciones Mecánicas, S.A., empresa para la que prestaban servicios laborales los ahora recurrentes, todos ellos miembros tanto del Comité de Empresa por la candidatura de CC.OO. como de la Sección Sindical en la empresa de dicho Sindicato, solicitó de la autoridad laboral autorización para extinguir por causas económicas los contratos de 149 trabajadores de los 317 que integraban la plantilla. En la relación de afectados se incluía a los recurrentes haciendo constar su condición de representantes de los trabajadores y cuyo anexo matizaba que la inclusión era a reserva del ejercicio por cada uno de ellos de la garantía de prioridad de permanencia que establece el art. 68 b) E.T.; de hacer uso de ella serían sustituidos por otros tantos trabajadores no incluidos en la relación”. Como pueden comprobar, sin perjuicio de alguna matización que señalaré más adelante, el conflicto es sustancialmente idéntico, y versa sobre cómo debe garantizarse esa prioridad de permanencia en la empresa. Recordemos que el art. 68 b) de la LET reconoce como garantía de los representantes del personal “Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”, y que el art. 51.5 de la misma norma dispone que “Los

representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo”.

¿Cuáles son las tesis de las partes demandadas para justificar la conformidad a derecho de su decisión? Una primera es de carácter formal, la alegación de “extralimitación” de la actuación de la ITSS porque “no le correspondía pronunciarse sobre la supuesta vulneración de derechos fundamentales”. La citada tesis es rechazado con toda coherencia jurídica por la Sala con remisión a lo dispuesto en el art. 11.5 del RD 1483/2012, en el que se dispone que “El informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3 y, en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento”. Pues bien, esas prioridades de permanencia a las que se refiere el art. 13 son justamente las de los representantes del personal de acuerdo a la normativa antes citada y también al art. 10.3 de la [Ley Orgánica de Libertad Sindical](#), (“Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas”), “respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo”, norma esta última que se dicta en desarrollo del derecho fundamental de libertad sindical recogido en el art. 28.1 de la [Constitución](#).

A continuación, las demandadas ponen de manifiesto que no vulneraron el derecho fundamental de libertad sindical y que incluso “lo protegieron más allá de lo que sería exigible legalmente”. ¿Cuál es la argumentación para sostener que han “velado” por los derechos de los representantes del personal más allá incluso de las obligaciones impuestas por la normativa vigente? Reproduzco un párrafo del fundamento jurídico sexto en el que queda claramente expuesta dicha tesis: “...los representantes de los trabajadores de Alcalá Henares no han sido despedidos, mientras que se concedió a los representantes de los trabajadores de Alcalá de Guadaíra una prioridad de permanencia, dudosamente exigible, puesto que se cerró totalmente su centro de trabajo, mediante una interpretación generosa y extensiva del art. 51.5 ET, que predica la prioridad a nivel de empresa, siendo esta la razón por la que se les concedió un plazo de opción para el ejercicio de la prioridad de permanencia”.

Para dar respuesta debida, en forma negativa, a la tesis empresarial, la Sala repasa de forma muy intensa la doctrina judicial sobre el derecho de prioridad de los representantes, con una muy amplia cita de la [sentencia dictada por el TSJ de Cataluña el 22 de enero de este año](#), de la que fue ponente el magistrado Miguel Ángel Sánchez, y referencias a otros pronunciamientos judiciales del TSJ de Asturias y de la propia Sala.

Remito a las personas interesada a la lectura detallada de estas sentencias, porque donde me interesa concentrar mi atención es en el análisis que efectúa la Sala de la posible vulneración del derecho de libertad sindical de un comité sindicalizado, ya que trae a colación la referida Sentencia 191/1996 del TC y manifiesta, con acierto, que se trata de “un supuesto idéntico al debatido”, ya que deben ser los representantes quienes “elijan” si permanecer en la empresa, provocando con ello el despido de otros trabajadores no inicialmente afectados, o bien acogerse a la extinción decidida por la empresa, siendo

así que la cuestión debe plantearse a mi parecer, y también es el de la Sala y del TC, en términos sustancialmente diferentes por contrarios, es decir sólo incorporando a los representantes en un ERE cuando no exista otra posibilidad de seleccionar trabajadores sin preferencia (recuerda la Sala, sobre la prioridad, que “el representante de los trabajadores tiene derecho de prioridad de permanencia sobre otros trabajadores afectados, salvo que se acredite objetivamente que es su puesto entre los afectados y no otro, sobre el que pueda ejercerse la preferencia, el que se necesita amortizar”).

La sentencia ahora objeto de comentario reproduce extensamente la del TC, de la que me interesa ahora retener un fragmento de la fundamentación jurídica que es perfectamente aplicable al caso analizado: “La violación del derecho de libertad sindical se ha consumado, como expone el Fiscal, con una interpretación restrictiva del derecho fundamental, sin que sea aceptable, finalmente, colocar a los titulares del derecho en la situación límite de: o renunciar al mismo, para beneficiar a otros trabajadores sin representación alguna, o no renunciar, con perjuicio de ellos. Al conceder la garantía de «la prioridad de permanencia» [art. 68, b) ET] la ley no concede un privilegio, sino que se tutela con esa garantía la representación de los trabajadores. En definitiva, el Comité de Empresa actúa como titular de un patrimonio jurídico, es decir como destinatario de un conjunto de «utilidades» (sustanciales e instrumentales), aptas para satisfacer sus intereses, y que son garantizadas por el Derecho. Este patrimonio jurídico se compone de bienes distintos, según el carácter de las utilidades garantizadas. El concepto de interés de índole subjetiva, se complementa con la «utilidad», de naturaleza objetiva. No cabe renunciar a la utilidad (objetiva) que la representación de los trabajadores tiene en el sistema constitucional de relaciones laborales”.

Quedémonos, pues, con una idea fundamental: la prioridad de permanencia no es en modo alguno un privilegio, sino una garantía para poder desarrollar correcta y eficazmente la tarea de representación. Y justamente esta es también la tesis de la Sala, ya que difícilmente los representantes van a estar en condiciones adecuadas para llevar a cabo la negociación durante el período de consultas si están entre los afectados por el ERE (salvo, repito, cuando no haya posibilidad de sustituir la amortización de su puesto de trabajo por otro).

Dado que estamos en presencia de alegación de vulneración de un derecho fundamental, la Sala pasa a examinar si se han aportado indicios suficientes de la misma, de acuerdo a la reiterada doctrina del TC desde la temprana [sentencia 38/1981 de 23 denoviembre](#), y considera que sí se han aportado, ya que no corresponde a los propios representantes “autodecidir” si quieren ser despedidos o permanecer en la empresa, trasladándoles además la responsabilidad de una decisión de despido que afectará a otros trabajadores de la empresa que no disponen de esa prioridad de permanencia, sino que, lo dice el TC, lo reafirma la Sala y la doctrina iuslaboralista es clara en el acogimiento de esta tesis, “es la empresa y no los representantes de los trabajadores quien tiene que tomar la decisión de despedir”. Al trasladar a los propios representantes la decisión de los despidos (no ciertamente de las personas afectadas por su decisión de permanencia, ya que ello lo decide la empresa, pero no afecta al núcleo duro del conflicto) la empresa coloca a los representantes en una situación socialmente muy difícil y en más de una ocasión insostenible, ya que el ejercicio legítimo de una opción reconocida en la normativa legal, y que para los representantes afiliados a un sindicato se integra dentro de la protección del art. 28.1 CE, les coloca objetivamente, y no duda la Sala en afirmarlo con toda rotundidad, “como ejecutores de sus propios compañeros”, y esta



actitud de la empresa, concluye la Sala y comparto plenamente su criterio, “constituye... una manifiesta vulneración de su derecho a la libertad sindical, asegurado por el artículo 28.1 CE”.

Los aplausos jurídicos a la sentencia de la AN tienen una matización en lo relativo a su argumentación respecto a la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores del centro de Alcalá de Guadaíra, cuyo cierre total se plantea por la empresa.

Me explico. Por una parte, coincido con la Sala y con la argumentación empresarial de que era imposible con ese cierre garantizar la prioridad de permanencia a unos trabajadores en su condición de representantes y que la empresa les había hecho una propuesta de mantenimiento de sus puestos de trabajo a la que no estaba obligada y que era la de trasladarlos al centro de Alcalá de Henares. Ahora bien, es en este supuesto cuando se plantea el mismo conflicto que acabo de explicar en el párrafo anterior, cual es que la decisión de aceptación de permanecer en la empresa implicaría la extinción de un número idéntico de contratos del centro de trabajo que permanece abierto, con el “agravante” a efectos de imagen sindical ante los trabajadores de que se trataría de trabajadores de un centro de trabajo cerrado que pasarían a ocupar puestos de trabajo de un centro de trabajo abierto e implicando la extinción de contratos de otros trabajadores.

Entiendo el razonamiento de la Sala desde la perspectiva de la difícil situación en la que se coloca a los representantes de Alcalá de Guadaíra, y si me olvido del cierre de ese centro de trabajo puedo afirmar que la empresa está actuando con el mismo criterio antisindical que para el caso del centro de Alcalá de Henares, pero no es menos cierto que si se produce el cierre de un centro de trabajo ello no puede invalidar que participen en la negociación los representantes de ese centro aunque también se vean afectados por la extinción.

Desde luego, la cuestión a resolver por la Sala en este punto no es nada fácil, porque parece que estemos en presencia de una operación de “ingeniería jurídica” de la empresa al poner a los representantes del centro de Alcalá de Guadaíra ante una situación socialmente muy difícil, cual es velar por el éxito de la negociación pero al mismo tiempo por su permanencia en la empresa en detrimento de otros trabajadores, y es desde esta perspectiva desde la que hay que analizar probablemente la argumentación de la Sala para manifestar que la empresa actuó de forma antisindical. Desde luego, la empresa podía haber optado por el cierre total del centro sevillano y no plantear ninguna alternativa de recolocación de los representantes en el centro madrileño, y en tal caso la negociación hubiera debido llevarse a cabo por representantes de ese centro que se iba a cerrar para todos, pero no fue esa la opción de la empresa y colocó a los representantes ante una situación u opción que la Sala califica de imposible y que es la que lleva a entender que la empresa ha vulnerado el derecho de libertad sindical: “asegurar sus puestos de trabajo o asumir las consecuencias del despido de otros trabajadores, que nunca les habían elegido, tratándose de puestos de trabajo, cuya viabilidad objetiva no se cuestionó jamás en el período de consultas”.

Por todo lo expuesto, se trata sin duda de una sentencia importante y que deja para el debate doctrinal nuevamente la cuestión de la presentación de un ERE por parte de un grupo de empresas mercantiles, hasta ahora vedada, y la aplicación del derecho de libertad sindical en su vertiente de protección de los derechos de los representantes de

los trabajadores antes actuaciones empresariales que, con independencia del marco jurídico, pretenden colocar a los representantes como “oposidores” o “contrarios” a sus compañeros y no simplemente como lo que son, sus representantes para defender a todos los trabajadores.

## **27. Sentencia de la AN de 31 de mayo de 2.013.**

La [sentencia de la AN de 31 de mayo](#), de la que es ponente la magistrada Carolina San Martín, versa sobre la demanda interpuesta en proceso por despido colectivo por el SEPLA, pidiendo la declaración de nulidad, o su consideración de no ajustada a derecho, de la Resolución dictada por la Ministra de Empleo y Seguridad el 26 de septiembre de 2012 desestimando el recurso de alzada y confirmando la resolución dictada por la Dirección General de Empleo del MEySS el 16 de marzo por la que se autorizaba el ERE presentado el 6 de febrero del mismo año por la empresa Air Nostrum.

Obsérvese, pues, que se trata de un ERE planteado antes de la entrada en vigor (12 de febrero) de la reforma laboral impulsada por el gobierno del Partido Popular y que suprimió la autorización administrativa para poder aplicar un ERE, dato cronológico que le sirvió al sindicato impugnante para argumentar que dicho ERE, de acuerdo a lo dispuesto en el texto entonces vigente del art. 47 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) y el [Real Decreto 801/2011](#), debía “justificar la razonabilidad de la medida”, además de no haber dispuesto de toda la información necesaria y de alegar actuación fraudulenta de la empresa ya que, siempre según el SEPLA, bajo el ERE se encubría una modificación sustancial de condiciones de trabajo “al no remunerarse las horas superiores a las garantizadas”, así como también la inexistencia de las causas alegadas por la empresa. Las tesis del SEPLA fueron rebatidas por la empresa y por la abogacía del Estado en la tramitación administrativa del ERE en los términos que quedan recogidos en el antecedente de hecho cuarto.

De los hechos probados me interesa sólo destacar las referencias a la composición de la comisión negociadora, o más exactamente a las comisiones negociadoras, ya que por una parte la “comisión principal” (en terminología mía y no de la Sala) estaba integrada por representantes de diversas organizaciones sindicales en razón de su presencia en los órganos de representación, acordándose en la constitución que el sindicato SEPLA, no integrante de la comisión, podría comparecer con voz y sin voto, si bien ello no se produjo. Al mismo tiempo, o más exactamente tres días más tarde, se crea una “comisión específica” entre la empresa y el SEPLA, reconociéndose ambas partes como interlocutores a todos los efectos “para negociar dentro del período de consultas los términos concretos planteados para el colectivo de pilotos”. Es decir, a partir de los hechos probados se constata la existencia de dos comisiones negociadoras que actuaban al mismo tiempo y por separado, finalizando en ambas el período de consultas el 23 de febrero y sin acuerdo en ninguna de ellas.

En los fundamentos de derecho la Sala advierte de la necesidad de abordar con carácter previo al examen de las alegaciones del SEPLA sobre la falta de validez jurídica del ERE una cuestión como la antes expuesta, la constitución y existencia de dos comisiones negociadoras, “porque condiciona de modo absolutamente determinante la validez del período de consultas”. No hay duda de que el ERE afecta a toda la plantilla de personal de la empresa y que por consiguiente la empresa presentó “un único expediente” para que fuera autorizado por la autoridad administrativa laboral. Aunque

se trataba de un único ERE hubo en la práctica dos comisiones negociadoras, por lo que la Sala se plantea si aquello que califica como “desdoblamiento del período de consultas”, según que la medida afecte a todos o sólo a un colectivo concreto de trabajadores (pilotos) “tiene encaje en el marco legal de referencia” que, recuérdese, era el anterior a la reforma laboral de 2012.

Antes de llegar a la conclusión jurídica correcta, tanto en el marco jurídico anterior como en el vigente, cual es la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo (y ello implica la estimación de la demanda y la declaración de nulidad de la resolución de la Ministra de Empleo y Seguridad Social), la Sala es prudente en las formas con respecto al sindicato impugnante, poniendo de manifiesto su derecho a representar al colectivo de pilotos y formar parte de las comisiones negociadoras, incluso utilizando la expresión “legitimación exclusiva” que sólo debería tener razón de ser si no hubiere ningún otro sindicato en esa franja de personal, y admite igualmente que estas negociaciones “franja” (por utilizar una terminología habitual en el ámbito de la negociación colectiva) se habían llevado a cabo en ERES anteriores, pero al haberse impugnado el último la Sala deja clara su posición jurídica, que comparto, de que dicho precedente “no neutraliza la obligación de esta Sala de verificar que, en el caso que se somete a su consideración, ello es ajustado a derecho”.

La Sala procede al estudio del marco normativo entonces vigente, art. 47 de la LET y 11.2 del RD 801/2011, refiriéndose este último a la comisión negociadora como “órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus miembros”. Recuerda a continuación su doctrina, tanto para el RD 801/2011 como para el posterior [1483/2012](#), de considerar ultra vires la negociación separada por centros de trabajo, afirmando y defendiendo la obligación de poner en marcha un único período de consultas para toda la empresa y con una única comisión negociadora, para concluir que la negación de separar por colectivos de trabajadores la negociación de un ERE está aún más justificada con arreglo a la normativa de aplicación, ya que tal forma de llevarla a cabo “parcela artificialmente el período de consultas, convirtiendo a unos trabajadores en rivales de otros, en vez de constituir el banco social conjunto que el legislador ha previsto”.

Es decir, si la decisión afecta a todos los trabajadores de la empresa, no cabe jurídicamente hablando una negociación por separado para un colectivo de la misma (con independencia, y lo digo desde una perspectiva muy práctica, de la que empresa y los representantes de ese colectivo mantengan conversaciones informales o no documentadas jurídicamente sobre el conflicto), de la misma forma que no cabe negociación separada por centros de trabajo, y acuerdos por separado en cada uno de ellos, cuando hay que ceñirse a una sola negociación para todas empresa.

La Sala es consciente de la importancia que tiene el SEPLA en el colectivo de pilotos y vuelve a resaltarlo más adelante, aunque ello no fuere necesario porque ya se ha dicho con anterioridad, pero probablemente lo hace para “curarse en salud” y demostrar que estamos ante un conflicto en el que, jurídicamente hablando, están en juego los intereses de todos los trabajadores de todos los sectores de la empresa, y que por tanto hay que respetar el marco normativo establecido (una única comisión) “para garantizar la mayor protección a los derechos de los trabajadores, sea cual sea el colectivo al que pertenezcan; sin desviaciones que puedan parcelar su fuerza negociadora”, y que por ello, aunque el SEPLA sea el único sindicato que puede negociar en representación de

los pilotos, “no le otorga un derecho a hacerlo de modo aislado cuando de lo que se trata es de debatir medidas que afectan a un conjunto de trabajadores más amplio”.

En definitiva, al no ser válida el período de consultas, la Sala declara la nulidad de la resolución administrativa sin entrar ya en el examen de las causas alegadas por el SEPLA.

## **28. Sentencia de la AN de 4 de junio de 2.013.**

¿Es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social responsable de un ERE por haber levantado acta de infracción a la empresa por incumplimiento de sus obligaciones legales? La pregunta me la hice cuando leí la [sentencia dictada el 4 de junio por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional](#), de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Bodas. Pero, atención, mi duda no se centra en la obligación jurídica que tiene la ITSS de velar por el cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social, algo que está meridianamente claro, sino en tratar de entender que una empresa utilice el argumento de los costes económicos que derivan de una actuación sancionadora por levantamiento de acta de infracción por la ITSS por previo incumplimiento de la normativa laboral, más exactamente el no tener dados de alta a sus trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social alegando que trabajaban como autónomos. Ya les adelanto que ese argumento es completamente rechazado por la sentencia de la Sala, pero, hasta donde llega mi conocimiento de las sentencias dictadas en materia de Expedientes de Regulación de Empleo tras la reforma laboral del gobierno del Partido Popular, es la primera ocasión en que leo estas alegaciones por parte de una empresa. ¡Cuánto se aprende de la vida real del mundo del trabajo leyendo sentencias!

2. Vayamos al [análisis de la citada sentencia de 4 de junio](#). La resolución judicial encuentra su origen en la demanda interpuesta por el comité de empresa de la empresa Pilates Wellnes & Energy, el administrador concursal (la empresa había presentado concurso de acreedores) y el Fondo de Garantía Salarial, solicitando la nulidad del despido. Las cuestiones a debate se centran sobre la existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles y las obligaciones de las empresas que forman parte del mismo de aportar sus cuentas, la validez de la negociación por centros de trabajo y la, ya adelanto que muy peculiar, composición de la comisión negociadora.

En los antecedentes de hecho ya tomamos contacto con la tesis de que los problemas económicos derivan de las actuaciones de la ITSS, y así la empresa, tras exponer las pérdidas sufridas desde 2009, expone, y cito textualmente el antecedente cuarto, que “la partida de gastos de personal ha sido decisiva para llegar a su situación actual, por cuanto la mayor parte de la plantilla trabajaba autónomamente hasta que la Inspección de Trabajo levantó la correspondiente acta de infracción, que supuso un crecimiento de costes geométrico en esta partida: de 1.027.667 euros en 2010, pasó a 1.885.016 en 2011 y a 1.251.798 a mediados de 2012, lo cual ha supuesto que la empresa tenga unos resultados de explotación de - 525.865 euros, cuando sus gastos de personal ascendían a 857.349 euros”. Igualmente es importante destacar que la parte demandada reconoció formar parte de un grupo empresarial mercantil, exponiendo que sus componentes “estaban también en situación negativa”.

En los hechos probados se deja debida constancia de que la parte demandante es el comité de empresa de los centros de trabajo ubicados en Madrid, y la cuestión es

importante ya que la empresa tiene otros centros en Barcelona y San Sebastián. También, que “la mayoría” de profesores y monitores trabajaban en régimen de autónomos, hasta que la ITSS, (recuerdo, por si alguien lo ha olvidado, en cumplimiento de su obligación de velar por la legalidad en el ámbito laboral) levantó acta de infracción el 17 de diciembre de 2011 por considerar que había una actuación fraudulenta por parte empresarial ya que la prestación de servicios de tales profesionales, era de carácter laboral, y que durante la tramitación del ERE que ha dado lugar al presente conflicto judicial la ITSS levantó nuevamente acta de infracción y liquidación el 26 de abril de este año y que afecta a 71 trabajadores.

La historia de la tramitación del ERE se inicia con la notificación correspondiente a la autoridad laboral el 27 de junio de 2012, con propuesta de extinción los 93 contratos de los trabajadores (no autónomos) que prestaban servicios en la empresa. La comunicación a los trabajadores se efectúa “por provincia”, quedando constancia de la no recepción del escrito por algunos trabajadores. La parte trabajadora estuvo representada durante el período de consultas por los miembros del comité de empresa de Madrid, posteriormente la parte demandante en el proceso por despido colectivo, una representante de San Sebastián y tres de Barcelona, elegidas como representantes “ad hoc”, y dos trabajadores más de la que se dice textualmente en el hecho probado sexto que “actúan por su propio nombre en los centros de trabajo de Barcelona”.

Consta que la negociación se llevó a cabo de forma separada, por una parte con los representantes de Madrid y de San Sebastián, y por otra con los de Barcelona, siendo aún más peculiar (este conflicto es una suma de irregularidades) que el mismo día que se inicia el período de consultas con los representantes de los centros de Barcelona se cierran las negociaciones sin acuerdo. Respecto a la primera comisión, la “complejidad jurídica” se acrecienta cuando la representante del centro de San Sebastián firma sólo ocho días más tarde del inicio del período de consultas el acta de su cierre “sin acuerdo” (que yo sepa, un representante no puede descolgarse de la comisión cuando le parezca oportuno y firmar un acta que sólo le podría vincular, en su caso, a él mismo, pero sigo insistiendo que las irregularidades fueron algo común durante todo el conflicto), mientras que hemos de esperar hasta el día 27 de julio (el período de consultas se había iniciado el día 3 del mismo mes) para el desacuerdo entre la empresa y el comité de los centros de Madrid.

3. ¿Qué interesa destacar y comentar de los fundamentos de derecho? En primer lugar, y con carácter general, que la Sala reitera buena parte de su doctrina ya expuesta en anteriores sentencias, y no es de extrañar lógicamente porque ya ha debido enfrentarse a casos semejantes. Es decir, recuerda que el despido colectivo ha de respetar la normativa vigente, tanto europea ([Directiva de 1998](#)) y estatal (Art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) y [Real Decreto 801/2011](#) que estaba en vigor en el momento de iniciarse el conflicto), así como también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, enfatizando la tesis de que tal despido “no es una potestad soberana del empresario” y que existe la obligación de “consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores para llegar a un acuerdo”, trayendo a colación la sentencia del TJUE de 3 de febrero de 2011 en la que se afirma que debe proporcionarse toda la información debida a los representantes de los trabajadores en un ERE “aunque la empresa esté en un proceso de liquidación”. Sobre la importancia de facilitar la información debida a la representación del personal, la Sala subraya que debe valorarse más aún cuando estamos en presencia de un grupo de empresas, “donde el

legislador comunitario y el legislador nacional han hecho un esfuerzo importante para promocionar la transparencia del proceso, puesto que la centralización de decisiones por parte de la empresa dominante sobre las empresas dominadas hace mucho más complejo el examen de su situación económica y consecuentemente hace más vulnerables a los trabajadores afectados”.

Queda probado que había una empresa dominante en el grupo, MRC Partners & Network, que poseía el 99,04 % de las participaciones sociales de Energy (Hecho probado segundo, al que me remito para conocer las relaciones con otras empresas del grupo). Al no haberse planteado problema alegación alguna por la parte demandante sobre el carácter patológico del grupo, a efectos laborales, la Sala sólo se pronuncia sobre el cumplimiento del entonces aplicable art. 6.4 del RD 801/2011, es decir, sobre la obligación de aportar las cuentas de las empresas del grupo (no se cuestionó que el grupo estuviera obligado a consolidar cuentas). Al haber quedado probado que la empresa demandada no cumplió con la obligación de aportar las cuentas de las otras empresas del grupo (omisión sólo parcialmente subsanada durante el período de consultas), siendo así que todas ellas “tienen su domicilio social en España, pertenecen al mismo sector y tiene saldos acreedores y deudores entre ellas”, es claro y manifiesto que se produjo un incumplimiento de la normativa reglamentaria respecto a la documentación obligatoria a aportar en el período de consultas al objeto de que este pueda desarrollarse con aprovechamiento por ambas partes para poder llegar a un acuerdo, incumplimiento debido a la inexistencia de buena fe por la parte demandada según la Sala y que llevará a declarar la nulidad del despido, poniendo de relieve en su argumentación jurídica que la omisión empresarial “es absolutamente relevante, puesto que impidió manifiestamente que los representantes de los trabajadores tuvieran conocimiento cabal de la situación de la empresa, encuadrada en un grupo de empresas con las características descritas, lo que impidió consecuentemente que pudieran realizar ofertas y contrapropuestas, orientadas a los objetivos finales del período de consulta, puesto que la información disponible era absolutamente insuficiente...”.

Pero la Sala no se detiene aquí, ya que el interesante caso (a efectos teóricos, desde luego, aunque para los miembros del Tribunal ya tengo más dudas de que les guste tener que resolver conflictos como este) ha ido más allá, tal como he explicado con anterioridad, y toca abordar si la composición de la comisión negociadora y la negociación por centros han sido conformes a derecho. Sobre la segunda cuestión, ya abordada en varias sentencias, baste decir que la Sala reafirma su tesis de la consideración *ultra vires* de la regulación reglamentaria que permitía la negociación por centros de trabajo, entendiéndose que sólo procede una única negociación por empresa, remitiendo a su sentencia de 1 de abril de este año.

No le falta razón en modo alguno a la Sala para, tras declarar la nulidad de la negociación separada por centros, efectuar algunas manifestaciones sobre la composición de las comisiones negociadoras, de las que no formula una manifestación explícita de irregularidad pero que no salen precisamente bien paradas, ya que respecto a la de Barcelona, se dice que la negociación, que se inició y concluyó en la misma reunión, “exige un voluntarismo exagerado”, y respecto a la de Madrid y San Sebastián, resalta como no podría ser de otra forma, la irregularidad de la decisión extemporánea de la representante de San Sebastián de dar finalizada por su cuenta y riesgo la negociación, “sin respetar mínimamente el criterio de la mayoría de la conclusión”. Ante tal cúmulo de defectos formales, no resulta extraño que la Sala aprecie la

inexistencia de un auténtico período de consultas y que ello lleve aparejado igualmente la declaración de nulidad de la decisión empresarial.

Aquí podría acabarse la sentencia, pero la Sala quiere llamar la atención, y me parece muy bien, sobre aquello que ha motivado el título de la entrada, la actuación de la ITSS y las críticas empresariales, exponiendo que esta actuación “produce fuertes dudas sobre la ética de su comportamiento...”, ya que alegar que la defensa de la legalidad por parte de la ITSS fue la que llevó a la presentación de un ERE está fuera de toda lógica jurídica, ya que la empresa mantenía su negocio con falsos trabajadores autónomos, por lo que no resulta de recibo su argumentación del sobre coste económico derivado de la laboralización, “siendo más que llamativo, que desde enero de 2012, cuando ya se había levantado la primera acta de infracción, ordene que todos los ingresos se lleven a la cuenta de BEAUTY, transfiera 30.000 euros a la empresa matriz y se dedique a vender antes y después del despido, sin comunicárselo a los representantes de los trabajadores parte de sus activos..”.

### **29. Sentencia de la AN de 10 de junio de 2.013.**

La [Sentencia de la AN de 10 de junio](#), de la que ha sido ponente la magistrada Carolina San Martín se dicta con ocasión de la demanda de despido colectivo interpuesta por la Confederación Sindical Galega (CIG) contra la [empresa Oesia Networks SL](#) y los sindicatos CC OO, UGT y USO. En dicha demanda se solicita la nulidad del Acuerdo suscrito entre la empresa y los sindicatos antes citados el 13 de febrero, así como también del Acuerdo de Recolocación que se integra en el mismo, y de manera subsidiaria la declaración de no ser ajustado a derecho. [Ambos textos](#) están disponibles en las redes sociales, por lo que las personas interesadas dispondrán de una buena información para poder valorar en qué términos se pronuncia la AN.

En los antecedentes de hecho se recogen las alegaciones de la parte demandante para justificar sus peticiones a la Sala, basadas por lo que respecta a la posible nulidad en la vulneración del art. 51.2 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#): en primer lugar, que la empresa facilitara la relación de todos los trabajadores de la empresa en cuanto que potencialmente afectados, sin indicación de sus categorías profesionales; en segundo término, que no se había suministrado la información desglosada por centros de trabajo y provincias, cuando el ERE afectaba “a más de un centro de trabajo”; en tercer lugar, alegó diferencia de trato no justificada, por discriminatoria, contra una delegada del sindicato impugnante por incluirla en la lista de posibles afectados y no retirarla cuando se solicitó a la empresa; a continuación, y este es probablemente el aspecto más novedoso de la sentencia (no recuerdo que se haya planteado en las anteriores de las que han debido conocer la AN y los TSJ, al menos, como siempre digo, hasta donde mi conocimiento alcanza), la petición de nulidad del ERE por no estar firmadas las actas de las reuniones del período de consultas por todos los asistentes; también se alegó la discrecionalidad (entiendo que equivalente a arbitrariedad para la demandante) en cuanto a los criterios de selección a utilizar por la empresa; en fin, la falta de ocupación efectiva de los afectados durante quince días antes de la extinción de los contratos, basándose en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De la oposición de la empresa a la demanda, y a las manifestaciones vertidas en el acto de juicio, destaca en primera lugar, la tesis de que la última alegación de la demandante no aparecía en la demanda; que la delegada del sindicato impugnante había sido retirada de la lista de posibles afectados; que sí se había facilitado información debidamente

desglosada; que la selección de afectados no podía concretarse con exactitud ya que dependía de la pérdida de proyectos de la empresa (según consta en [su página web](#), “Oesía es una consultora multinacional especializada en tecnología, presente en España y Latinoamérica que ha desarrollado proyectos para clientes en diferentes países de Europa, América y Asia. Se organiza en dos Divisiones: Oesía TIC, focalizada en el negocio tecnológico de España y Latinoamérica y TecnoBit, empresa orientada a la seguridad y defensa”), y que la situación económica era de pérdidas por la caída de numerosos proyectos de las Administraciones Públicas. En fin, dejó para el final, aunque no esté en este orden la respuesta empresarial, la alegación de que la falta de firmas de las actas, que efectivamente se produjo, “se debía a que los representantes no las habían suscrito, a pesar de que la empresa se había dirigido a ellos para que lo hicieran” (se trató de un hecho controvertido en el juicio).

En los hechos probados, con importancia para la resolución, queda constancia de la existencia de varios centros de trabajo en España, y que en la Comunidad Autónoma de Galicia hay un centro, con un comité de empresa, aun cuando dispone de dos sedes (Santiago de Compostela y A Coruña). Igualmente, el inicio del ERE con la comunicación a los cuatro sindicatos el 15 de enero de la tramitación del período de consultas, constituyéndose la comisión negociadora por la parte trabajadora con 5 miembros de CC OO, 2 de UGT, 1 de USO y 1 de CIG. Después de varias reuniones se alcanza un preacuerdo el 13 de febrero, suscrito por los sindicatos codemandados y del que se deja sucinta constancia en la sentencia, con afectación de 232 trabajadores, vinculado muy estrechamente al proceso de recolocación, concretándose qué trabajadores iban a ser los afectados menos “innominados entre 90 y 100”. Respecto a la polémica cuestión de la firma de las actas, queda probado para la Sala que hay dos que no están firmadas, “pero constan correos electrónicos remitidos por la Dirección de Recursos Humanos a los representantes de los trabajadores, adjuntando las actas y requiriéndoles la correspondiente suscripción”, si bien en el fundamento jurídico séptimo se hace referencia a la totalidad de las actas. Igualmente, se constata la situación económica negativa de la empresa y que la delegada sindical de CIG sigue prestando sus servicios para la empresa.

Pasamos a los fundamentos de derecho, en donde la Sala se refiere a los elementos “esenciales” en los que se basó la argumentación de la demandante en juicio, que eran la no concreción de los centros de trabajo y las categorías profesionales de los trabajadores concretamente afectados, y también sobre la inclusión de una representante sindical en la lista, dando rápida y contundente respuesta desestimatoria la Sala a esta última argumentación por haber quedado debidamente acreditado que sigue trabajando para la empresa y apuntando que el hecho cierto de que siguiera apareciendo en listado final del período de consultas “pudiera tratarse de un error material”; dicha argumentación se ve consolidada en el plano normativo por la remisión al art. 124.2 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) sobre la necesidad de acudir al procedimiento individual de despido, ex apartado 11 del mismo precepto, para litigar sobre las prioridades de permanencia. Cuestión distinta sería a mi parecer si la representante sindical hubiera sido efectivamente despedida, ya que podría plantearse una vulneración del derecho de libertad sindical (del que sí ha conocido la propia Sala en la sentencia de 12 de junio en el conflicto de la empresa Roca Sanitarios SA), pero no se ha producido, ni tampoco la demandante ha podido probar que se haya tratado de forma desigual y discriminatoria a su representante con respecto a los de los restantes sindicatos integrantes de la comisión negociadora.



Con relación a su argumentación más enfatizada, el incumplimiento de un período de consultas que permitiera cumplir con los objetivos marcados por la normativa europea y española, debido a disponer la parte trabajadora sólo de un listado de todos los trabajadores de la plantilla en que cuanto que potencialmente afectados, la Sala analiza el contenido de la normativa legal (art. 51.2 LET) y reglamentaria (art. 3.1 b [RD 1483/2012](#)) –cuya aplicación literal daría razón a mi parecer a la tesis de la demandante, y también lo deja entrever la propia Sala en el fundamento jurídico cuarto - , si bien la Sala acude a una interpretación finalista de tales preceptos (tesis que encuentra apoyo a mi parecer en el art. 3.1 del [Código Civil](#) y también en la [Directiva de 1998](#) sobre despidos colectivos), para concluir que el objetivo de la exigencia informativa requerida al empleador es “que los representantes de los trabajadores puedan valorar la razonabilidad de las causas alegadas, en la medida en que se cumpla con la conexión de funcionalidad”, debiendo disponer en efecto la parte trabajadora de toda la información sobre los trabajadores afectados para poder llevar a buen puerto la negociación, y trae a colación su [sentencia de 21 de noviembre de 2012](#).

Es aquí cuando la Sala introduce buenas dosis, que puede ser que algunos califiquen de demasiadas, de flexibilidad para “matizar” la afirmación de que la parte trabajadora debe disponer de toda la información debidamente desglosada por centros, categorías profesionales y trabajadores afectados, vinculándolo a la actividad de la empresa, con numerosos proyectos decaídos, otros en marcha y otros pendientes de confirmación o denegación, que no permiten saber con exactitud qué trabajadores se verán afectados por desaparecer la razón de ser de sus contratos. Esta tesis se apoya también en la Memoria presentada por la empresa y la amplia información facilitada sobre los proyectos y clientes que más posibilidad tenían de perderse, así como también en la fijación de un número máximo de afectados (275, que finalmente fue menor) y “en función de unos criterios objetivos de selección” que permitieran examinar la “conexión de funcionalidad de la causa alegada”, que fueron concretándose, aunque no de forma total, durante el período de consultas. No discuto la tesis flexibilizadora de la Sala, pero sí llamo su atención, o mejor dicho la de todas las personas interesadas en la materia, en la “obligación” que se ha impuesto a ella misma, y recordemos que su doctrina es seguida y “escudriñada” por los TSJ a la espera de más pronunciamientos del TS, de prestar detallada atención a la situación concreta de cada empresa y a su actividad, y repárese que son cada vez más aquellas que trabajan por proyectos y que pueden llegar a formular las mismas alegaciones para justificar la conformidad a derecho del ERE. Quede aquí planteada esta reflexión a modo simplemente de “obiter dicta” intelectual.

No me he olvidado de aquello que he calificado de novedad, la falta de las firmas en las actas, un argumento muy forzado a mi parecer para tratar de justificar la nulidad del ERE, si bien sí podría argumentarse si la empresa hubiera actuado de forma fraudulenta. No es este el supuesto a juzgar por el fundamento jurídico séptimo y nos quedamos con las ganas jurídicas de saber qué hubiera ocurrido de producirse ese fraude (que entiendo que sí debería llevar a la nulidad de la decisión empresarial), en cuanto que la Sala considera imputable la falta de firma a la parte trabajadora, ya que la empresa la requirió para ello, afirmando de forma contundente que “las reuniones existieron, y nada en la ausencia de firma de las actas hace pensar que ello se debiera a la disconformidad con el contenido en ellas reflejado. Tampoco puede deducirse que no se firmaran por desconocer su existencia, puesto que no solo fueron remitidas por la empresa a las

secciones sindicales, sino que, incluso en el hipotético caso de no haberlas recibido, tampoco se reclamó su envío”.

Concluyo mi comentario con una observación semejante a la que he realizado en algunos comentarios anteriores de sentencias de la AN, y también, en algunas ocasiones, de los TSJ. Creo que pesa mucho en la resolución el hecho de la suscripción del acuerdo por tres sindicatos que representan a una parte muy importante de la plantilla, y que el acuerdo recoja buena parte de las propuestas presentadas por estos en la mesa negociadora, con inclusión de períodos de suspensión y unos mecanismos muy completos de recolocación, llevando a la Sala a considerar “modélico” el acuerdo por considerar las extinciones como última alternativa y por tratarse de un plan “que constituye una muestra de cómo la flexibilidad interna puede contribuir razonablemente a evitar o reducir la flexibilidad externa, tal como desea el legislador”. No sé si “modélico” es la palabra más acertada para calificar este acuerdo, pero desde luego si nos atenemos a la literalidad del texto suscrito (cómo se aplique después es algo que no puede saberse) sí es un texto algo distinto de otros acuerdos de ERES que he tenido oportunidad de leer. En los términos del acuerdo, destaco que los 232 trabajadores finalmente afectados “pueden quedar adscritos a la suspensión, recolocación o extinción contractual que a continuación se expone según el siguiente criterio de afectación...”, y que “no se producirán despidos objetivos ni modificaciones sustanciales de condiciones individuales ni colectivas, adicionales a las contempladas en el Procedimiento, durante la vigencia del mismo”.

### **30. Sentencia de la AN de 4 de julio de 2.013.**

La importante [sentencia](#) de 4 de julio de la AN, que desestima la demanda y declara ajustada derecho las extinciones contractuales, encuentra su razón de ser en la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aereas (SEPLA), y por la sección sindical de dicho sindicato en Iberia. Como partes demandadas, no sólo la empresa que aplicó el ERE, Iberia Líneas Aéreas de España, sociedad anónima operadora (IBOP) sino también otras dos empresas, Compañía operadora de corto y medio plazo Iberia Express SAU (IBEX) e International Consolidated Airlines Group (IAG), alegándose por ambas la excepción procesal de falta de legitimación pasiva. También fueron demandados los sindicatos firmantes del acuerdo que puso fin al conflicto y aquellos que no los suscribieron, cuestión jurídica que deberá abordar, y así lo hace, la sentencia respecto a la legitimación de estos últimos para actuar en juicio.

A) En los antecedentes de hecho se deja debida constancia de las argumentaciones de todas las partes presentadas en el acto de juicio celebrado el día 28 de junio (la demanda fue presentada el 12 de abril). Por la parte demandante hay una muy cuidada argumentación jurídica respecto a las posibles nulidades del ERE, ya que propugna esa tesis en relación a cuatro cuestiones: la vulneración de su derecho a la libertad sindical, la no realización del período de consultas, la adopción de la decisión extintiva en fraude de ley y con abuso de derecho, y la falta de cumplimiento por parte de la empresa de entregar la documentación a la que está obligada para justificar la existencia de la causa o causas alegadas (en este litigio, económicas, productivas y organizativas).

Hay una cuestión jurídica interesante y que no recuerdo haber visto planteada en otros conflictos, cual es la alegación de caducidad de la comunicación del despido por parte

de la empresa a la autoridad laboral, argumentando que se efectuó el decimo sexto día desde la finalización del período de consultas, siendo así que el art. 12.1 del [Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre](#) dispone que la comunicación que proceda “se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas”, tesis rechazada por la empresa demandada alegando que no se había tomado en consideración la existencia de un festivo inhábil (tesis también aceptada por la sentencia) y defendiendo además, y esta es la parte que deseo enfatizar, que ese plazo fijado en la norma reglamentaria era una vulneración del art. 51.2 de la [Ley del estatuto de los trabajadores](#), y también de la [Directiva de 1998 sobre despidos colectivos](#) (aunque en este caso la referencia a la Directiva es más “de apoyo” que no de vulneración expresa, a mi parecer) por ir “ultra vires” de la norma legal, ya que no se contempla ese plazo ni tampoco “con mayor razón, unas consecuencias jurídicas tan radicales, caso de incumplimiento”. La Sala no entra en dicha cuestión por aceptar, como he dicho, la tesis de la existencia de un festivo inhábil que no había sido computado correctamente por la parte demandante.

Respecto a dos sindicatos demandados pero no firmantes del acuerdo de fin del ERE, la CGT se adhirió a la demanda y expuso en el acto de juicio sus propias pretensiones, algo que no puede tomar la Sala en consideración; en cuanto al STVLA también se adhirió a la demanda, poniendo el acento (algo lógico en atención al colectivo al que representa) que no había razón jurídica para despedir a un importante número de trabajadores de handling y mantenimiento “cuando ambas divisiones son rentables y han arrojado beneficios hasta la fecha”.

De la argumentación de IBOP me interesa destacar, y es algo que será tomado en consideración por la Sala al igual que se ha hecho en otros conflictos, la importancia que se concede al hecho de que el acuerdo que puso fin al conflicto fue adoptado por el 81,08 % de la representación legal de los trabajadores. Puso el acento, además de negar la existencia de las vulneraciones de derechos que pudieran provocar la nulidad del conflicto, en la existencia de las causas alegadas, basándose en las dificultades de competir con otras empresas del sector debido a “los costes de combustible y la rigidez de los costes de personal”, la necesidad de suprimir rutas de medio y corto recorrido por tener pérdidas en las mismas, y la consiguiente necesidad de suprimir puestos de trabajo en los sectores de handling y mantenimiento por “sobrecapacidad productiva”. Respecto a este punto, el Ministerio Fiscal se manifestó radicalmente en contra de la tesis de la parte demandada si nos hemos de atener a lo recogido en el último párrafo del antecedente de hecho cuarto de la sentencia, ya que mantuvo “que era incomprensible que la empresa extinguiera una mayoría de trabajadores, adscritos a las divisiones de handling y mantenimiento, cuando se admitía que se trataba de divisiones rentables”.

B) De los hechos probados me interesa destacar las referencias al inicio del período de consultas el 12 de febrero, y la negativa de la representación de los trabajadores a que se negociara de forma global para toda la empresa, acordando las partes constituir tres mesas negociadoras (personal de tierra, TPC y pilotos), y también una mesa general pero a la que sólo le atribuían “funciones informativas”. Durante la negociación, las partes acordaron el nombramiento del mediador para intentar llegar a un acuerdo, y tras las propuestas presentadas por el mismo, en reuniones en las que participaron representantes de todas las organizaciones sindicales, “sin que conste acreditado, que ninguno de los participantes reprochara al mediador que no se les convocara separadamente, ni tampoco que se pronunciara sobre la inaplicación de cláusulas de los

tres convenios, así como del laudo arbitral reiterado, no observándose queja o reproche alguno por falta de documentación” (hecho probado decimonoveno) [se alcanzó un acuerdo el 13 demarzo por el 81,08 % de la representación laboral.](#)

C) Entramos en el núcleo duro de toda sentencia, es decir en los fundamentos de derecho.

a) La Sala debe responder en primer lugar al hecho de que sindicatos no firmantes del acuerdo hayan sido demandados, siendo así que el art. 124. 4 de la [Ley reguladora de lajurisdicción social](#) dispone de forma clara e indubitada que “en caso de que el período de consultas regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores hubiera finalizado con acuerdo, también deberá demandarse a los firmantes del mismo”. La Sala reconoce que “admitió lamentable y mecánicamente el trueque procesal, por el que algunos de los demandados se convirtieron en demandantes”, y cree que la no oposición de otras partes demandadas pudo deberse a la posibilidad ofrecida en estos términos por el art. 155 de la misma norma, regulador del proceso de conflictos colectivos, pero reconoce, con buen criterio a mi parecer, que la dicción del art. 124.4 no permite tal posibilidad, y que las partes demandadas pueden allanarse a la demanda de acuerdo a lo dispuesto en el art. 21 de la [Leyde Enjuiciamiento Civil](#), o pedir sentencia ajustada a derecho, pero no cambiar su rol procesal y convertirse de demandados en demandantes e introducir hechos nuevos en el juicio que no aparecen en la demanda interpuesta, por lo que entrar en esos pedimentos provocaría indefensión a los demás demandados. No obstante, esta irregularidad no le impide a la Sala entrar a conocer del fondo del litigio en todo aquello que las partes demandadas reconvertidas a demandantes han hecho suyo, que es prácticamente todo, de la demanda interpuesta.

b) Respecto a la falta de legitimación pasiva alegada por las dos empresas codemandadas, hemos de partir del dato de que la demanda no era dirigida contra ambas por formar un grupo de empresa a efectos laborales o patológico con la principal demandada. Si ello es así, resulta difícil pensar que puedan ser parte en un litigio si no son titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, ex art. 10 LEC, habiendo quedado probado que se trata de empresas que forman un grupo mercantil pero en las que los trabajadores despedidos no prestaron servicios, por lo que a juicio de la Sala no existen “razones sólidas para trabarlas en un procedimiento en el que se pide su condena”. Con numerosa cita de jurisprudencia del TS y resoluciones judiciales de la propia AN y de los TSJ, a efectos de diferenciar entre unos y otros grupos de empresa, la Sala acepta la falta de legitimación pasiva de ambas empresas.

c) No hay que negarle, desde luego, como ya he indicado con anterioridad, una cuidada estrategia jurídica a la parte demandante, que le lleva a plantear en el acto del juicio la existencia de [una sentencia de la propia Sala, dictada el 31 demayo](#), esto es con posterioridad a la presentación de la demanda, que reforzaría su tesis. En dicha sentencia se anula el ERE por no haberse negociado de forma conjunta para todo el personal sino por colectivos o “franjas”, algo que para la demandante debería también ocurrir en este litigio porque entiende que “el período de consultas se negoció por franjas”.

Esta argumentación es merecedora de una también cuidada respuesta por parte de la Sala en la que reitera su tesis sobre la obligación de negociar para toda la empresa y todos los trabajadores, y no por centros, por entender que esa posibilidad abierta por el

[RD 801/2011](#) y continuada por el RD 1483/2012 es ultra vires, y criticando la disociación existente entre esta norma reglamentaria y la argumentación contenida en la tantas veces citada exposición de motivos del [RDL3/2012](#) y de la [Ley 3/2012](#), “en donde se subraya la voluntad de alcanzar soluciones homogéneas en este tipo de procedimientos, lo que se compadece difícilmente con negociaciones por centros, en las que se pueden alcanzar acuerdos diferenciados en el mismo despido colectivo, aunque la crisis afecte a la empresa en su conjunto”.

Ahora bien, la argumentación de la demandante obliga a la Sala a ir más allá de su defensa de la obligación de negociación global por empresa, insistiendo en la importancia de buscar una solución homogénea al conflicto y evitar negociaciones “ineficientes” y la defensa de intereses corporativos por encima de los intereses del conjunto de todos los trabajadores. Vaya por delante que coincido plenamente con la tesis de la Sala, aún cuando entra en un terreno complicado, desde la perspectiva jurídica, al explicar cuáles son los intereses de todos o de sólo una parte de los trabajadores (algo más propio de las organizaciones sindicales), y también, y aquí la duda jurídica es mayor por mi parte, al argumentar que la negociación “franja”, permitida por el art. 87.1 de la LET “avala una modalidad negociadora del convenio colectivo propia de las épocas de bonanza económica..”. Es posible que sea así, y no creo desde luego que la negociación franja repercuta en beneficio del conjunto de las personas trabajadoras de una empresa, ya que está dirigida a colectivos muy concretos y con mucha capacidad de presión, pero mientras siga legamente regulada es una posibilidad ofrecida por el legislador a los sujetos negociadores, algo ciertamente distinto del hecho de que un ERE deba ser negociado para el conjunto de la plantilla, o como mínimo llegar a un acuerdo final global tras hipotéticas conversaciones o reuniones informales con cada colectivo del personal afectado.

En el caso concreto enjuiciado, es cierto que la negociación se inició de forma separada y diferenciada para tres colectivos, algo que de haber continuado hasta el final hubiera supuesto la nulidad del proceso negociador, pero la Sala entiende, con argumentos sólidos a mi parecer, que la negociación se convirtió en global desde el momento en que [las partes acordaron nombrar a un mediador “para llegara un acuerdo”](#), y porque el mediador, como ya he explicado con anterioridad, se reunió con todas las representaciones sindicales sin que ninguna de ellas manifestara oposición a la mismas ni formulara protesta alguna (cuestión distinta, y que entra en el terreno de las estrategias negociadora de cada parte, es que algunas representaciones sindicales manifestaran que someterían el preacuerdo a sus afiliados, y en caso de aceptación por su parte proceder a la firma definitiva).

Se trató pues, de un procedimiento iniciado de forma irregular pero que deviene en regular por subsanación del defecto negocial por las propias partes, siendo importante además recordar, y así lo hace también la Sala, que el art. 51.2 de la LET permite que “El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período”, circunstancia que es la que se ha producido en el litigio ahora enjuiciado. El dato de la firma del acuerdo por el 81,08 % de la representación laboral es enfatizado positivamente por la Sala, por superar “con creces” la obligación fijada en el art. 28.1 del RD 1483/2012 de ser suscrito por quienes representen “la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su

conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”.

d) Sobre la vulneración del derecho de libertad sindical, el litigio versa sobre la vigencia o no de un anexo (X) del convenio de pilotos. Para la Sala, el anexo está derogado y no es aplicable, ya que no se mantuvo de forma expresa en dos laudos arbitrales dictados en mayo y diciembre de 2012 con ocasión de los conflictos entre la empresa y el SEPLA. Respecto al incumplimiento de un acuerdo alcanzado el 2 de enero, queda probado que aquello aprobado quedaba vinculado a que las partes alcanzaran un acuerdo antes del 31 de enero, y al no haberse producido la empresa no ha infringido ningún pacto.

e) En cuanto a todo lo relativo al período de consultas (vuelvo a insistir en la gran importancia que ha adquirido con la reforma laboral) la Sala reitera su ya consolidada doctrina plasmada en anteriores sentencias, recordando previamente que el despido colectivo “no es una potestad soberana del empresario” y que dicho período “es una manifestación específica de la negociación colectiva”, con amplias referencias a la Directiva de 1998 y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, referencias que tienen importancia y contenido y que no son meros “adornos” como ocurre, permítanme que lo diga con toda claridad, en algunas sentencias de alguno TSJ también comentadas en el blog. Igualmente, las amplias referencias a la doctrina de la propia AN y de los TSJ convierte a esta sentencia en un instrumento muy válido para conocer cómo ha ido evolucionando la doctrina de los tribunales respecto al período de consultas.

f) Remito a las personas interesadas a la lectura detallada de la última parte del fundamento de derecho noveno, en el que se plantea la alegación de nulidad por haber presentado la empresa, mientras se tramitaba el ERE, procedimiento de inaplicación de los convenios aplicables, tesis rechazada por la Sala por entender que no hay irregularidad en cuanto que el mediador se pronunció sobre esta medida siendo aceptado por todas las partes y formando parte de la propuesta finalmente presentada y sometida al acuerdo de todos los integrantes de la comisión negociadora, desestimando por consiguiente la existencia denunciada de fraude de ley.

g) Con relación a la alegación de falta de documentación para poder llevar a cabo con adecuado conocimiento de causa el proceso negociador durante el período de consultas, queda probado que la empresa aportó la documentación legal y reglamentariamente exigida, y que esta tesis fue también acogida por el Inspector de Trabajo en su preceptivo informe. La parte demandante no ha podido probar que la documentación solicitada y no entregada fuera de tal importancia que viciara el proceso negociador, mucho más cuando no hubo queja alguna por parte de los restantes sujetos negociadores.

h) La parte final de la sentencia, en concreto a partir del fundamento jurídico duodécimo. Está dedicada al análisis de la existencia o no de las causas alegadas por la empresa, habiendo ya dicho que sí son estimadas existentes por la Sala. Reitera esta su doctrina sobre la desaparición de las justificaciones finalistas de la regulación contenida en el art. 51 de la LET en la versión anterior a la reforma laboral de 2012, pero no de la necesidad de demostrar “la adecuación entre las causas y la medida tomada”, porque actuar de otra forma vulneraría el art. 4 del [Convenio núm. 158 de la OIT](#) (un Convenio

bien utilizado en numerosas sentencias, pero que en algunas de TSJ más bien parece un “adorno” para justificar la tesis, habitualmente desestimatoria, de la demanda). La Sala insiste en su conocida tesis de las tres fases de la justificación que, por su interés, me permito reproducir de manera literal: “a. - Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, o cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado. b. - Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir. c. - Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad”.

Con los datos recogidos en los hechos probados la Sala afirma que ha quedado debidamente acreditada la situación de pérdidas económicas tanto de la empresa como del grupo de empresas al que pertenece la demandada, argumentando que esta prueba desmonta a su juicio “cualquier teoría conspirativa sobre la descapitalización artificiosa de IBOP por la cabecera del holding al que pertenece”. Al aceptar toda la argumentación empresarial sobre la importancia de reducir costes de combustible y de personal, y al haber aceptado la gran mayoría de los representantes de los trabajadores la propuesta del mediador, la Sala considera que se ha adoptado una medida que combina adecuadamente medidas de flexibilidad interna con otras de mayor gravedad de flexibilidad externa, esto es despidos, pero que hubieran podido darse en número mayor si no se hubiera alcanzado el acuerdo.

A partir de ahí, quizás ya hubiera podido la Sala dictar el fallo, pero dedica una parte importante de su fundamentación sobre la existencia de las causas a justificar la necesidad de adecuar los costes y las plantillas, algo que ciertamente puede ser deseable desde la perspectiva de gestión empresarial pero que no sé si corresponde afirmarlo en una sentencia, convirtiéndose la Sala en cierta manera en responsable de recursos humanos, y es desde esta doble argumentación, jurídica y social, de la sentencia, desde la que puede perfectamente entenderse su afirmación de que “compartimos, como no podría ser de otro modo, que la pérdida de ese número tan elevado de trabajadores constituye una tragedia nacional, pero se trata de un sacrificio proporcionado a la calamitosa situación de la empresa que, si no se acometiera inmediatamente, supondría, con toda seguridad, mayores sacrificios e incluso la desaparición de la propia compañía”.

Ciertamente, la Sala cuida mucho en su argumentación la aceptación del acuerdo por haber encontrado un difícil punto de equilibrio entre todos los intereses en juego (y desde luego es de loar, afirmo, la tarea que realizó el profesor Tudela Cambronero), y destaca, y me parece muy bien que lo haga, que aquellos a los que se reduce en mayor cuantía su salario, entre las medidas de flexibilidad interna se debe a que sus retribuciones “eran de las más elevadas del sector...”. La alabanza jurídica a la propuesta de acuerdo del mediador, aceptada por el 81,08 % de la representación laboral concluye con unas manifestaciones con las que se puede estar de acuerdo pero que, insisto desde la perspectiva jurídica, me suscitan algunas dudas de si deber ser un tribunal quien las haga.

Como creo que los lectores y lectoras deben tener conocimiento de esta duda que les planteo (no sobre el fondo, sino sólo sobre la forma), recojo literalmente el párrafo que la motiva: “los compromisos, asumidos por unos y otros, son razonablemente

equilibrados, tratándose de medidas realistas que exigen a todos – empresa y a todos los colectivos de trabajadores – ponerse inmediatamente a la tarea, porque si no lo hacen así, de mantenerse la confrontación permanente por parte de algunos colectivos, que han dado la espalda a un acuerdo de mediación, que les vinculaba plenamente, puesto que se asumió por el 81, 08% de los representantes de los trabajadores, como si la situación de la empresa en su conjunto fuera algo ajeno. – Si se insiste en confrontar contra una supuesta conspiración para descapitalizarla, que no han logrado acreditar, acreditándose, por el contrario, que la situación de la matriz es absolutamente delicada, empeñándose en resolver parceladamente un estado de cosas, que solo puede resolverse globalmente, con los sacrificios que correspondan a cada colectivo, el futuro de la empresa no será nada halagüeño”.

### **31. Sentencia de la AN de 8 de julio de 2013.**

1. Abordo el estudio y comentario de la [sentencia de la AN de 8 de julio](#), de la que ha sido ponente la magistrada Carolina San Martín, y que resuelve el litigio suscitado por la demanda interpuesta, en proceso de despido colectivo, por dos sindicatos, CIG y CGT, y el “Secretario comité de empresa del centro en La Coruña de Santa Bárbara Sistemas, contra la citada empresa, con la particularidad importante, que será abordada con detalle por la Sala en los fundamentos jurídicos, de citarse en la demanda presentada por CGT a los sindicatos CC.OO, CSIF y UGT como “partes interesadas”.

Por cierto, [en el CENDOJ no está publicada íntegramente](#), y de ello no me di cuenta hasta llegar al fundamento jurídico octavo y encontrarlo “cortado”. Afortunadamente, a los efectos de una correcta explicación del contenido de toda la sentencia, el texto íntegro, y una amplia explicación del conflicto y de toda la documentación del mismo, se encuentra en las redes sociales, en concreto en el [blog “Santa Bárbara sistemas”](#), cuyo subtítulo reza lo siguiente: “Este Blog pretende ser un centro de información y debate donde la plantilla de Santa Bárbara pueda estar informada y debatir libremente el proceso del ERE. Este Blog es ajeno totalmente a la dirección de la empresa”. Ha sido importante este “hallazgo” ya que en la sentencia del CENDOJ faltan cinco fundamentos jurídicos, todos ellos de interés. Ya adelanto que la sentencia estima la falta de legitimación activa de tres sindicatos traídos a juicio como partes interesadas, y desestima todas las pretensiones de las partes demandantes.

A) De las alegaciones de las demandantes, recogidas en los antecedentes de hecho, cabe destacar la petición de CIG de declaración de nulidad del ERE, o subsidiariamente su consideración de no ajustado a derecho, por no haber podido participar en la comisión negociadora, ya que aunque la negociación se llevó a cabo con el comité intercentros “las actas desvelan el protagonismo absoluto de los sindicatos” (¡Otra vez la importancia de las actas del período de consultas!), y por defectos formales en la documentación que debía presentar la empresa. Para la CGT, además de insistir igualmente en tales defectos formales y explicar que a su juicio las causas alegadas por la empresa eran desproporcionadas en relación con el resultado final del despido de 600 trabajadores, pidió la declaración de nulidad del ERE por haber cerrado la empresa el período de consultas un día antes del plazo legalmente previsto, “sin valorar la última propuesta presentada por la representación social de modo unánime”. En cuanto al comité de empresa del centro de trabajo de A Coruña, alegó vicios formales por haber negociado la empresa de manera simultánea con el ERE extintivo un ERE de



suspensión temporal de empleo, y la inexistencia de causa económica porque la decisión de la empresa no respondía a falta de trabajo sino a “una decisión estratégica”.

B) En cuanto a las alegaciones de la parte demandada, se argumentó falta de legitimación activa de los llamados a juicio como “interesados”, por entender que esta figura no encuentra acomodo en la regulación procesal del despido colectivo recogida en el art. 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#); igualmente, que la negociación con el comité intercentros respondía a que el convenio colectivo de la empresa le reconocía legitimación para ello, y que había aportado toda la documentación a la que estaba legalmente obligada. Respecto a la simultaneidad de un ERE extintivo y otro temporal, argumentó que era posible al amparo de la normativa vigente si existen “causas estructurales y coyunturales” que lo justifiquen. En fin, alegó la existencia de importantes pérdidas económicas, debidamente cuantificadas, y puso de manifiesto que el presupuesto del Ministerio de Defensa, que le afecta muy directamente, “había descendido un 76 % para inversiones” (en el hecho probado decimonoveno se indica que dicho Ministerio es “el principal cliente por naturaleza de SBS”, y en el anterior que “adeuda cantidades significativas correspondientes a programas financiados por el Ministerio de Industria”).

C) En las intervenciones de las partes “interesadas”, que en la sentencia se destaca (supongo que para poner de relieve la manifestación posterior) que “estaban ubicadas físicamente junto a la empresa demandada... (pero) manifestaron su adhesión a la demanda”, el eje central de la argumentación giró, además de las críticas a defectos formales y de fondo del ERE, en torno a su legitimación para intervenir en este litigio, con la aplicación analógica del art. 155 de la LRJS (“En todo caso, los sindicatos representativos, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, las asociaciones empresariales representativas en los términos del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto”) en relación con el art. 124.3 que no contempla expresamente la figura del interesado.

2. De los hechos probados interesa dejar constancia de la integración de la empresa en la estructura del grupo General Dynamics, con matriz en Estados Unidos, y que forma parte de “la unidad de negocio General Dynamic European Land System, junto con otras filiales del grupo en Alemania, Francia y Suiza”, siendo “la sociedad dominante de un grupo formado por sociedades dependientes” (hecho probado primero). También, de la existencia de convenio colectivo de empresa, en el que se atribuye de manera expresa al Comité Intercentros (art. 95) la competencia para negociar reestructuraciones de plantilla que afecten a más de un centro de trabajo.

De la presentación conjunta de ambos ERES, extintivo y suspensivo, se da debida cuenta en el hecho probado tercero, con alegación empresarial de que se llevará a cabo en períodos diferenciados de consultas y que ambas medidas “están íntimamente relacionadas y que la documentación que se adjunta es común a ambos procedimientos”. Respecto a la documentación aportada por la empresa, una parte de la misma fue presentada en inglés, solicitándose por la representación de personal que lo fuera en español (hecho probado quinto), manifestándose por parte de la empresa en una reunión posterior que dicha información era sólo “a mayor abundamiento”, y que en

cualquier caso se ofrecía a explicarla en posteriores reuniones del período de consultas, recogiendo en el hecho probado sexto que el Comité no considera necesarias tales explicaciones “ya que está accesible dicha información en Internet”.

Quedan recogidas las distintas propuestas y contrapropuestas formuladas por las partes a lo largo de todo el período de negociación, así como la decisión de la empresa dar por finalizada la negociación por no poderse llegar a un acuerdo, no aceptándose la petición de la parte trabajadora de prolongación del período de consultas, ya que “la empresa contesta que sólo accedería a ello si así lo permite expresamente la Dirección General de Empleo, lo que no sucede”. El número de trabajadores afectados por los despidos, tras la finalización sin acuerdo del período de consultas, fue de 593 trabajadores, “de los cuales 459 se adscribieron voluntariamente, lo que supone el 77,4 %”, y en el centro de A Coruña, cuyo comité actúa como parte demandante, los afectados fueron 159, “de los cuales 103 (el 66 %) se adscribieron voluntariamente” (hecho probado decimosexto).

3. Entramos en el examen de los fundamentos de derecho, en los que hay a mi parecer importantes aportaciones doctrinales de la Sala con respecto a anteriores sentencias, en parte provocadas por la atípica situación de tres sindicatos en el litigio y en parte por la reconfiguración, o al menos así me lo parece, del criterio sobre la importancia del cumplimiento de los requisitos formales durante un ERE para declara su conformidad o no a derecho.

A) Sobre el primer punto, y el debate jurídico suscitado sobre la posibilidad de intervenir en un proceso por despido colectivo en consideración de “parte interesada”, la Sala resalta que los tres sindicatos “interesados” no han sido demandados ni han presentado demanda en el presente litigio. Tras repasar el contenido de los arts. 124 y 155 de la LRJS, poniéndolos en relación con el art. 14 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) y el art. 17 de la LRJS, concluye que “los tres sindicatos referidos no ostentan legitimación para participar en el presente pleito, dado que no son demandantes ni han sido demandados, ni tampoco el legislador prevé la posibilidad de su personación en el procedimiento de despido colectivo, pudiendo haber hecho valer su interés legítimo mediante la interposición de la correspondiente demanda, a lo que tenían derecho en las mismas condiciones que quienes sí las han interpuesto. Por tanto, la Sala no tiene en cuenta sus alegaciones ni su prueba, porque si lo hiciera vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada”.

La Sala es consciente (“sin fisuras”, dice textualmente) de la existencia de un interés legítimo de los sindicatos en litigios como el enjuiciado, pero entiende, en un planteamiento formalista que puede considerarse correcto a mi parecer, que el ejercicio de las acciones que deseen llevar a cabo ante los órganos jurisdiccionales ha de hacerse “en los términos establecidos en las leyes”, y el art. 124 LRJS no contempla la figura del “interesado”, ni tampoco se ha lesionado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, alegación formulada por CC OO, ya que nada impedía a este sindicato, así como a los restantes, hacer valer su interés legítimo “mediante la correspondiente interposición del recurso”.

Supongo que esta interesante cuestión procesal merecerá especial atención del Tribunal Supremo si se interpone recurso de casación (lo desconozco cuando redacto este texto), y repito que de la lectura de toda la muy cuidada argumentación de la Sala no alcanzo a ver una interpretación que lesione los intereses legítimos de los que han sido citados a

juicio como partes interesadas, aunque no es menos cierto que una interpretación de las normas referenciadas en clave de un mayor garantismo jurídico para posibilitar la intervención de las organizaciones sindicales en todos (sin excepción) aquellos litigios en los que se cuestionen intereses de los trabajadores (y hay jurisprudencia del Tribunal Constitucional y TS muy amplia al respecto) pudiera llevar a la aceptación de la participación de las organizaciones sindicales en el proceso en el que tenga un interés legítimo, haya o no impugnado la decisión (empresarial, en este caso).

B) En segundo término, la Sala se detiene ya en los defectos formales y de fondo alegados por las partes demandantes, recordando en primer lugar, con buen criterio, que no cabe confundir “adscripción sindical de órganos unitarios con órganos sindicales”, ya que es muy frecuente, añado yo ahora poniéndolo en relación con el mecanismo de elección de representantes de los trabajadores en las empresas, que los órganos unitarios están en muchas ocasiones totalmente sindicalizados, es decir integrados por miembros de las candidaturas presentadas por los sindicatos.

Es en este punto donde creo (fundamentos jurídicos cuarto y quinto) que la Sala “reconfigura” sus criterios sobre qué y cómo debe ser, y entenderse, el período de consultas, y digo reconfigurar y no modificar porque me parece que aquello que hace es poner más el acento en algún punto concreto, abandonando, permítanme un juego de palabras, el “formalismo formalista” (cumplimiento de lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria) para pasar al “formalismo antiformalista”; o dicho en otros términos, que para que sea efectivo el período de consultas y se cumpla la finalidad que le atribuye tanto la [Directiva de 1998](#) como la [LET](#) (y su desarrollo reglamentario) no basta con un análisis formal de tales requisitos sino que se requiere de un análisis material, y como la Sala expone una nueva idea sobre esos análisis, es conveniente reproducir textualmente su argumentación: “Aunque, obviamente, ha de transitarse por él (el camino) porque conduce al horizonte pretendido, lo verdaderamente relevante no es tanto cómo se llega, sino llegar. Es decir que, si bien es obligado entregar todos y cada uno de los documentos precisados legal y reglamentariamente, cumpliendo estrictamente los requisitos formales a tal efecto exigidos, no hay que perder de vista que ello se requiere para garantizar el conocimiento cabal y suficiente por parte de los representantes de los trabajadores, que les permita aquilatar la situación de la empresa y ponderar la propuesta empresarial”.

Esta argumentación ha de servir para que el período de consultas, y todos los requisitos que se anudan al mismo, sean considerados desarrollados correctamente aunque no se hubiera presentado (formalidad) toda la documentación previstas en las normas, si finalmente no ha influido en la resolución del litigio y en el derecho de la parte trabajadora a disponer de toda la información adecuada para hacer valer sus intereses, aduciendo en apoyo de esta tesis (y comparto el argumento, aunque cuestión muy distinta es cómo se aplique la tesis defendida más arriba en cada caso concreto y por cada tribunal) que “de otro modo, los órganos judiciales no cumplirían mejor papel que un registro acrílico, limitado a verificar la entrega de documentación tasada, sin ponderar las circunstancias del caso”.

La aplicación de esta tesis “reconfigurada” de la Sala sobre el período de consultas llevará a desestimar las alegaciones de las demandantes, dado que entiende que la documentación presentada por la empresa permitió un correcto desarrollo del período de consultas, abandonando el “formalismo formalista” que hubiera llevado, y la Sala lo

reconoce, a una declaración de nulidad porque la empresa “no suministró la clasificación profesional de los trabajadores afectados desglosada por centros de trabajo...”, trayendo también para argumentar su tesis, y aquí sí que parece un terreno de arenas movedizas que puede plantear problemas según cómo se utilice el criterio, que “en ningún momento a lo largo de todo el período de consultas los representantes de los trabajadores solicitaron mayores datos o precisiones sobre el desglose funcional y territorial de los afectados, lo que indica contundentemente que la información de la que disponían les era suficiente a estos efectos”.

Me pregunto si la decisión de un ERE puede dejarse a la mayor o menor capacidad (jurídica, económica y sindical) de la representación trabajadora en punto a valorar la mayor o menor importancia de la documentación, tanto de la presentada como de la que falta (tal como ocurrió en este caso concreto y que además merece un claro reproche de la Sala por considerar que el incumplimiento empresarial “merece fuerte censura”). Sí, me parece que la Sala es consciente de las complicaciones jurídicas que puede suscitar la tesis defendida, o más exactamente su interpretación, y enfatiza primero su rol supletorio en el litigio (“no corresponde a esta Sala suplantar el papel de los negociadores...”), para insistir después, una vez más, que aquello de qué se trata es “el período de consultas cumpla sus fines y no de aquietarse ante defectos subsanables que permitan sustentar posteriormente la pretensión de nulidad”. En conclusión, que no deja de ser reiteración de la tesis del formalismo antiformalista, la poca importancia que los negociadores de la parte trabajadora dieron a la omisión de determinados documentos por la parte empresarial lleva a que la Sala estime que “la omisión de la información requerida perdió gravedad y significación al no discutirse los datos vinculados a la misma”.

C) A mi parecer, las dos cuestiones abordadas hasta ahora, concepto de parte interesada en un proceso por despido colectivo y cómo debe entenderse el período de información y consulta, son importantes aportaciones doctrinales de la Sala y que habrá que seguir con atención para saber qué acogida tienen por los TSJ. En el apartado específico dedicado al examen de las quejas de las demandantes sobre la falta de documentos económicos, la Sala pasa revista a esta cuestión, a partir de los hechos probados, utilizando nuevamente el argumento anteriormente expuesto de que algún incumplimiento empresarial es criticable pero no afecta a la resolución del litigio, puesto que “no consiguió invalidar la negociación informada y eficiente durante el período de consultas”.

Resulta interesante la tesis de la Sala sobre la importancia de cierta información, negada por la empresa en el acto de juicio, y el interés para la parte trabajadora de su conocimiento, y que en caso de haberla solicitado por los trabajadores la empresa hubiera tenido que aportarla o justificar su negativa, pero, regresando a un formalismo formalista, la Sala arguye que “dado que ni la ley ni el reglamento le exigían su entrega de motu proprio, ni el comité intercentros la requirió en ningún momento, resulta claro que no estamos ante un incumplimiento alegable para atacar la validez del despido”.

D) La CGT alegó que no se había respetado por la empresa el período máximo de consultas y que se había procedido al cierre del mismo de forma unilateral y en contra del criterio de la parte trabajadora. La Sala, que repasa la normativa de aplicación, pone de manifiesto, con acierto, que en modo alguno se prevé que el último día del período deba celebrarse una reunión (pretendida por la parte trabajadora) pero que sí exige “que

hasta ese último día esté abierta la negociación, de modo que no pueda declararse unilateralmente cerrado hasta que transcurre el tiempo en su totalidad”. Nuevamente se impone la tesis del formalismo antiformalista de la Sala, ya que tras reprochar la decisión empresarial considera que la misma no tiene suficiente gravedad, “no resulta lo suficientemente significativa”, para declarar la nulidad del despido, con una triple argumentación: que era remota la posibilidad de alcanzar un acuerdo a la luz de lo debatido en reuniones anteriores; que, complemento de lo anterior, la reducción de “un número aproximado de 24 horas de las 720 horas que lo debían componer” (el período de consultas) no afectó al desarrollo del mismo, “en un contexto de absoluta separación de posiciones que nada indica que se hubieran podido acercar mínimamente al día siguiente”; por fin, que el comité intercentros, que fue el directamente afectado por la decisión de la empresa en el período de consultas, “no ha impugnado el despido”.

Coincido con el análisis de la Sala desde una perspectiva práctica, pero quienes conocemos el mundo laboral (y los miembros de la Sala lo conocen muy bien) sabemos que siempre hay una mínima posibilidad, en razón de la estrategias de las partes, de llegar a un acuerdo un minuto antes del momento de cierre de la última reunión. Por ello, coincido con la tesis de la sentencia pero no puedo por menos de dejar expuestas mis dudas de qué ocurriría en casos en los que no estuviera tan claro, ni mucho menos, qué iba a ocurrir el último día, y también me queda la duda de si la Sala ha actuado en este caso (aunque no cuestiono el resultado, repito) “en sustitución de los negociadores”, cuando en el fundamento jurídico quinto manifiesta justamente lo contrario, es decir que no les corresponde suplantarlos.

D) Que la adopción de mecanismos de flexibilidad interna es mejor que la de aquellos de flexibilidad externa, en cuanto que no implican la extinción de contratos, y siempre añadido yo que respondan a un proceso negociado entre la parte empresarial y trabajadora, es algo que no creo que deba someterse a mucha discusión, por lo que la afirmación en tal sentido de la sentencia la comparto plenamente. Cuestión distinta, y que probablemente hubiera merecido mayor atención (aunque tampoco puede pedirse a una sentencia que sea una memoria de grado o una tesis doctoral universitaria) es la afirmación de que la negociación conjunta de un ERE extintivo y otro de suspensión “no sólo es posible sino recomendable” (argumento con el que se rechaza la tesis de las demandantes). Habrá que estar atentos a la circunstancias de cada caso en concreto, en el bien entendido que debería valorarse la regulación jurídicamente diferenciada que establece el legislador, tanto antes como después de la reforma laboral. No obstante, no es menos cierto que, aunque no se trate de un ERE de suspensión propiamente dicho, sí hay acercamiento entre las partes negociadoras en muchos conflictos para suprimir, o reducir, los despidos y sustituirlo por suspensiones de contratos. Por consiguiente, no me atrevo a decir que sea “deseable” la unificación de ERES, porque también podría complicar las estrategias negociadoras, es decir dificultar el correcto desarrollo del período de consultas, incluso en los términos en que lo reconfigura a mi parecer la sentencia que estoy analizando.

E) Abordados ya, y rechazados, todos los defectos formales alegados, la Sala entra en el examen de las causas económicas, productivas y organizativas alegadas por la empresa. De la argumentación de la sentencia me quedo con su constatación de que la empresa que ha procedido al despido colectivo, SBS, ha podido acreditar “un escenario de pérdidas actuales totalmente compatible con la causa económica que define el legislador”, y el rechazo a la argumentación de la parte demandante respecto a la

obligación de tener en cuenta los resultados del grupo en que se integra la empresa y no solamente los suyos, en cuanto que (y aporta en apoyo de su tesis [su sentencia de 25 de febrero de 2013](#)) “tanto la Directiva 98/59/CE como el art. 51 ET circunscriben el análisis a la situación económica de la empresa que promueve el despido”, y resaltando que aún cuando se tuvieran en cuenta los resultados grupales quedaba debidamente acreditada la situación negativa que justifica la presentación de un ERE. Para la Sala, sería distinto si nos encontráramos en presencia de actuaciones fraudulentas en el seno del grupo que tuvieran por objetivo “el estrangulamiento consciente de una empresa en orden a colocarla ilícitamente en una situación negativa para justificar los despidos”, actuaciones que pueden detectarse si se aportan las cuentas consolidadas auditadas como lo requiere el [RD 1483/2012](#), pero de ahí, concluye la Sala, “no cabe colegir que la situación económica que el art. 51 ET refiere a la empresa empleadora sólo pueda considerarse si el grupo al que pertenece presenta cuentas consolidadas”.

También quedan debidamente probadas (fundamento jurídico undécimo) la existencia de causas productivas y organizativas, con un interesante análisis de la imposibilidad de sustentarlas en “proyecciones de futuro” (tesis de la CGT) pero que finalmente se acepta por la Sala esa proyección si está apoyada, junto con una realidad claramente negativa, en “la necesidad de acometer medidas actuales e inaplazables si no se desea entrar en el terreno anunciado por la previsión más pesimista”, así como la razonabilidad de la decisión adoptada de cierre del centro de trabajo de A Coruña, por el gran desfase (hechos probados y fundamento jurídico duodécimo) entre la capacidad productiva y la carga real de trabajo disponible.

### **32. Sentencia de la AN de 11 de julio de 2013.**

1. Es objeto de atención la [sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 11 de julio](#), de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Bodas, que se pronuncia, ya adelanto que en sentido desestimatorio, sobre la demanda interpuesta por la FESIBAC-CGT en proceso por despido colectivo al amparo del art. 124 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#), contra un grupo de entidades bancarias y compañías de seguros ([Grupo CASER](#)), con inclusión como demandados de las secciones sindicales de CC.OO, UGT, y también el Ministerio Fiscal, en la que solicitaba la nulidad de la decisión empresarial y subsidiariamente su consideración de no ajustada a derecho.

2. Para la demandante, según se recoge en los antecedentes de hecho, no hubo causa legal para proceder a las extinciones contractuales, que además se llevaron a cabo antes de la finalización del plazo máximo del período de consultas, ya que no hubo acuerdo durante el mismo. Otras alegaciones de defectos formales, que podrían conducir a la nulidad del ERE, fueron que la empresa no aportó la documentación fijada por el art. 51.2 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) al no acompañar los criterios de selección del personal afectados, y que hubo actuación fraudulenta por parte empresarial ya que la lista final de afectados no coincidió con la que se entregó en un primer momento, afirmando la demandante que “se habían forzado consentimientos por parte de la empresa para que los trabajadores aceptaran las medidas promovidas por las mismas”, y también (defecto de forma y de fondo) la vulneración de derechos fundamentales por no respetar la preferencia de los delegados sindicales de permanencia en la empresa ni el derecho de los trabajadores en situación de IT, mayores de 54 años y trabajadoras embarazadas.

Por la parte empresarial demandada la oposición a la demanda se basó en el correcto cumplimiento de la normativa vigente, al haberse negociado, con diversas propuestas durante su desarrollo, y obtenido acuerdo durante el período de consultas con dos de las secciones sindicales negociadoras, CC.OO y UGT, que acreditaban “el 64.15 % de los representantes de los trabajadores”. Por las partes sindicales demandadas la oposición se centró en la validez del acuerdo, y el Ministerio Fiscal expuso que no se había producido a su parecer ninguna vulneración de derechos fundamentales “durante el período de consultas, y también en la ejecución de la medida”.

3. Vayamos a los hechos probados, en donde se da debida cuenta en primer lugar de la convocatoria realizada por el grupo CASER a las federaciones de CC OO, UGT y CGT, y a las SSE, para acordar un protocolo para aplicar durante el período de consultas de un posterior ERE que la empresa iba a presentar. Dicho protocolo se suscribió por las partes el 13 de febrero, comprometiéndose todas ellas a negociar de buena fe y a mantener la paz social. La presentación del ERE, junto con toda la documentación relacionada en el hecho probado segundo, se realizó el 21 de febrero, constituyéndose el mismo día la comisión negociadora y constando en acta que “se alcanzaría acuerdo cuando así lo decidiera la mayoría de los trabajadores”.

Queda constancia de la celebración de varias reuniones hasta el 15 de marzo, con diversas propuestas realizadas por la empresa durante su desarrollo, debiendo destacarse, dado que fue una de las cuestiones en las que basó la demandante su demanda, que respecto a la petición de CGT en la tercera reunión de conocer los criterios de selección la parte empresarial respondió que “que no es pertinente explicar pormenorizadamente los criterios de selección, por cuanto se pretendía que el proceso pivotara sobre la voluntariedad, aunque precisaron que se tendría principalmente en cuenta la capacitación y los perfiles de los puestos de trabajo, así como los criterios que se fueran estableciendo en la propia negociación del período de consultas”.

La propuesta definitiva presentada por la empresa el 15 de marzo fue aceptada por CC.OO, mientras que las dos restantes representaciones sindicales condicionaron su acuerdo a la aprobación de la propuesta por sus órganos de dirección (UGT) y a la valoración de sus servicios jurídicos y la aprobación de la asamblea de trabajadores (CGT). La UGT aprobó por unanimidad de su sección sindical la propuesta el día 19, constituyéndose la comisión de seguimiento del ERE el día 21, con la celebración de cinco reuniones.

Respecto a los datos económicos, se hace mención del dato de brusco empeoramiento de las cifras de negocios en 2012 con respecto al año anterior, tanto durante el año en su conjunto como con relación a cada trimestre con respecto al del año anterior. En el escrito enviado por la empresa a los trabajadores afectados por el ERE se les planteaba optar voluntariamente por la extinción indemnizada de su contrato, en los términos pactados en el acuerdo con la representación sindical, y en caso de respuesta negativa se les aplicaría alguna de las medidas recogidas en el plan de acompañamiento social propuesto por la empresa, constando que 180 trabajadores optaron por la extinción voluntaria, dato que supuso “que la empresa dejara sin efecto la medida para un gran número de trabajadores relacionados en la lista definitiva de afectados” (hecho probado séptimo, en el que también se recoge que todos los trabajadores afectados han optado, de forma voluntaria, por acogerse a unas u otras de las medidas propuestas).

4. La redacción de los hechos probados parece aventurar una respuesta desestimatoria a las peticiones de la parte demandantes, y en efecto así será.

De los fundamentos de derecho cabe destacar en primer lugar que la Sala considera acreditado que sí hubo acuerdo durante el período de consultas, tras las tramitaciones internas por parte de UGT, y que el mismo se pactó por el 64,15 % de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora, recordando la Sala a la CGT que en el protocolo del período de consultas, que ella suscribió, se acordó que el acuerdo tendría validez si era suscrito por la mayoría de dichos representantes. Respecto a otra argumentación, la obligación de continuar el período de consultas hasta finalizar el plazo máximo legal, la Sala le recuerda a la demandante, además de calificar de “extravagante” su tesis, que dicho período puede darse por finalizado cuando las partes lleguen a un acuerdo, ex art. 7.6 del [RD 1483/2012](#) (“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo. Igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral”).

La Sala reprocha, educadamente, a la parte demandante que no concrete otra de sus pretensiones, cual es la vulneración de defectos formales, ya que se expone en la demanda (fundamento de derecho cuarto) que “no se ha realizado período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET o no se ha respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET”, argumentación que a la Sala le produce “una cierta perplejidad” ya que “el uso de las disyuntivas nos hace dudar sobre si CGT denuncia las tres irregularidades acumulativamente, o se queja solamente de algunas de ellas”, dudas que en cualquier caso resuelve rápidamente porque ninguna de ellas tiene fundamento jurídico al parecer de la Sala. Consta en hechos probados que se desarrolló un amplio período de consultas, de ocho reuniones, con unas reglas de ordenación previamente acordadas por todas las partes”, que se aportó toda la documentación a que estaba legalmente obligada la empresa por el artículo 51.2 de la LET, afirmando la Sala con contundencia que la tesis en contrario de la demandante es “manifiestamente incierta”, y que incluyó la relación de puestos de trabajo excedentes, y que de la memoria explicativa se identifica con claridad cuáles son las causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa.

Sobre las vicisitudes del listado de personal afectado, que se entregó el 19 de marzo, que se ha visto modificado con posterioridad, ello se ha debido, y así lo argumenta la Sala, al deseo empresarial de primar la voluntariedad de las extinciones, método aceptado durante el período de consultas y en el acuerdo final por la representación de los trabajadores, y método que “impide predecir con exactitud qué trabajadores quedarán incluidos finalmente”. La Sala se remite a su sentencia de 10 de junio para defender su tesis de que los listados de trabajadores de la empresa y su clasificación profesional centro por centro, y los de los trabajadores afectados y los criterios selectivos, “tienen por finalidad que los representantes de los trabajadores tengan conocimiento de los criterios tenidos en cuenta por la empresa para adecuar las causas y su intensidad con la medida tomada, puesto que esa es la finalidad esencial del período de consultas, pudiendo identificarse de otros modos a los trabajadores afectados, siempre que se acredite, como ha sucedido aquí, que los representantes de los trabajadores conocían perfectamente quienes eran los trabajadores afectados y por



qué..”. Al no haberse probado, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 217. 2 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), la tesis de la parte demandante de que no había criterios de afectación (“ni ha intentado probar”, añade con rotundidad la Sala), es obligada la desestimación del recurso en este punto, y en el supuesto de que hubiera discrepancias entre la lista del acuerdo final y los trabajadores cuyo contrato se haya extinguido ello deberá ser en todo caso motivo de impugnación en el correspondiente proceso individual al amparo del art. 124.13 de la LRJS en relación con los arts. 52 y 53 de la LET.

Sobre las quejas de la parte demandante respecto a la actuación fraudulenta de la empresa y su actuación coactiva hacia trabajadores, no propiamente en el despido sino en actuaciones posteriores en fase de ejecución del ERE, la Sala responde que, además de no haberse acreditado tal actuación contraria a derecho, ello forma parte de una situación jurídica posterior al despido, que en su caso deberá conocerse en procedimientos individuales por los trabajadores presuntamente afectados, ya que se trata de hechos que “de probarse, ocurrieron después de que la empresa decidiera, previo acuerdo con la mayoría de los representantes de los trabajadores, ejecutar el despido colectivo”.

Otro comentario crítico sobre la demanda se vierte en el fundamento jurídico sexto cuando la Sala ha de analizar la presunta vulneración de los derechos de permanencia en la empresa de los delegados sindicales y la presunta discriminación hacia determinados colectivos en el proceso de selección. De la claridad de los hechos probados se deduce la inexistencia de vulneración, tanto del derecho fundamental de libertad sindical como de criterios objetivos y razonados de selección, y en su caso, al tratarse de supuestos que operan con posterioridad al despido propiamente dicho, deberán ser conocidos en procesos individuales, aún cuando la Sala no deja de manifestar con claridad, a modo de crítica jurídica hacia la parte demandante, que su prueba “parece complicada”, ya que “se ha demostrado contundentemente, a nuestro juicio, que los trabajadores, que se han acogido a unas u otras de las medidas pactadas, lo hicieron de modo voluntario”.

Aquí hubiera podido concluir la fundamentación jurídica de la sentencia y fallar la desestimación de la demanda, y así se deduciría del primer párrafo del fundamento jurídico séptimo (aunque por error se indica “sexto”, que ya aparece en el anterior), pero la Sala “aprovecha la oportunidad”, tras declarar probado que la demandante no se molestó “siquiera en cuestionar los resultados económicos del grupo de empresa” para poner de manifiesto que han quedado debidamente acreditadas las causas aducidas por este, por el carácter negativo de sus cuentas consolidadas en 2012, con reducción de ingresos en los cuatro trimestres de 2012 respecto a los de 2011 (recuérdese que la normativa vigente se refiere sólo a tres trimestres), y por la reducción sustancial de su volumen de negocios en un 28 % y la consiguiente necesidad de adecuar su estructura productiva y corregir su “manifiesta sobrecapacidad productiva”.

Aunque a mi entender, la argumentación final de la sentencia, y que se recoge de forma clara y manifiesta, y en los mismos términos, en otros conflictos en los que se da el mismo supuesto, sigue poniendo el acento para evaluar los ERES en saber si ha existido o no acuerdo con los representantes de los trabajadores, como así fue, y si este recibió el visto bueno de los trabajadores, como también ocurrió al haberse incorporado “masiva y voluntariamente un alto número de trabajadores”, y en tales casos el despido colectivo, como ahora ocurre, estará “plenamente ajustado a derecho”.

### **33. Sentencia de la AN de 15 de julio de 2013.**

1. Es objeto de comentario en esta entrada la [sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 15 de julio](#), de la que ha sido ponente la magistrada Carolina San Martín, que versa sobre la demanda interpuesta en proceso por despido colectivo por representantes, unitarios y designados ad hoc, de varios hoteles de la cadena NH contra [NH Hoteles España](#) y otros (incluida la totalidad de los representantes de los trabajadores que formaban la mesa negociadora), solicitando la nulidad de los despidos efectuados como consecuencia de la presentación de un expediente de regulación de empleo, y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho la decisión empresarial. La sentencia, ya lo adelanto, desestima la demanda.

2. Dada la complejidad del asunto abordado, que a buen seguro habrá obligado a la Sala, y mucho más concretamente a la ponente de la sentencia, a dedicar bastantes horas a su resolución, me detendré sólo en aquellos aspectos que considero de particular interés, remitiendo a las personas interesadas a la lectura íntegra de aquella (que, afortunadamente, sí se ha publicado en su totalidad en CENDOJ).

A) En los antecedentes de hecho se recoge, según las manifestaciones de las demandantes, que la comisión negociadora del ERE estaba integrada por 140 personas, en condición de miembros de Comités de Empresa y Delegados de personal de los diversos centros de trabajo, y que para la negociación propiamente dicha se acordó que intervendrían 15 personas, sin tener capacidad para adoptar decisiones vinculantes; que se negó a los representantes designados ad hoc su participación en las reuniones de la comisión; que no participaron en la negociación todas las empresas del grupo; que no se aportó por la demandada toda la información a que estaba legalmente obligada; que no existía causa económica que justificara el ERE; que los criterios de selección del personal afectado eran discriminatorios, destacando que más del 69 % de las personas afectadas eran mujeres. En fin, y lo destaco porque es la parte de la sentencia que ha merecido atención en la prensa económica empresarial, la parte actora (siempre según lo recogido en los antecedentes de hecho) “Rechazó que se hubiera negociado de buena fe, porque, a juicio de la parte actora, lo que había hecho la empresa era externalizar los puestos de trabajo que, por tanto, a su entender no se habían amortizado”.

La oposición de la parte demandada negó la existencia de defectos formales en la tramitación del ERE (que tampoco se apreciaron por la Dirección General de Trabajo del MEySS y la ITSS), y argumentó que sí había presentado toda la documentación debida, de tal manera que durante el período de consultas hubo diferentes propuestas y contrapropuestas, hasta llegar a un acuerdo que fue ratificado por el 63,10 % de la representación de los trabajadores, “en voto secreto ponderado por centros de trabajo”. Sobre las causas económicas alegadas se puso de manifiesto que estamos en presencia de un grupo de empresas patológico, del que el 82 % del total de 397 hoteles que lo componen se encuentran en España, siendo afectados 16 de ellos, y que “el 90 % de las pérdidas mundiales del grupo tienen lugar en España”, con “un remanente de deuda de casi 800 millones de euros”. Me interesa destacar su argumentación de defender la externalización como vía lícita para abordar la grave situación económica alegada, que estaría justificada “por los problemas económicos y productivos existentes”. Por parte del Ministerio Fiscal no se apreció vulneración de derechos fundamentales, en concreto del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Sobre los datos que afectan a las causas alegadas por la demandada, se recoge que NH Hoteles España “es la matriz del grupo mundial con 100% del capital de la inmensa mayoría de las empresas del grupo”, que la situación económica pasó de un beneficio de 22 millones en 2008 a unas pérdidas de 61,5 millones en 2012, y que la reducción de la ocupación de los hoteles ha sido muy importante, ya que de 20.677 habitaciones disponibles en 2012 sólo se han ocupado 11.790. De los 39 centros de trabajo afectados por el ERE en España se han externalizado 20.

B) En los hechos probados se constata en primer lugar que estamos en presencia, que ya había sido afirmada de inicio, de un grupo de empresas (NH Hoteles SA) a efectos laborales, en el que existe, tal como requiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “confusión de plantilla, dirección unitaria y confusión de patrimonios”.

El período de consultas se inició el 15 de marzo, si bien previamente se acordaron los criterios de ponderación del voto por cada centro de trabajo. Por la parte trabajadora la representación estaba integrada por 109 representantes, en condición de miembros de comités de empresa, delegados de personal y miembros designados ad hoc en aquellos centros que carecían de representantes, que acordaron a su vez designar una comisión negociadora propiamente dicha mucho más reducida, integrada 15 miembros, de los que 7 pertenecían a CC OO, 5 a UGT y 3 de las comisiones ad hoc (todos ellos, destaco, miembros de representaciones unitarias).

Durante las reuniones celebradas del 15 de marzo al 10 de abril la empresa aportó toda la documentación referida en el hecho probado quinto, y se formularon propuestas y contrapropuestas por ambas partes, con la expresa mención de que “estuvo sobre la mesa desde el principio la voluntad de externalizar el Departamento de pisos, con oposición de la representación social”. En cuanto a la votación realizada el día 10 sobre la propuesta de la empresa (que incluía, entre otras medidas, 410 despidos – 317 mujeres y 42 hombres -- y “garantía de recolocación en las empresas contratistas del 90% de los trabajadores de pisos afectados por las extinciones”), el resultado fue favorable por el voto a favor del 63,10 % de todos los representantes frente al 35,97 % en contra, recogiéndose el dato de que “La decisión aprobatoria o denegatoria del acuerdo se adoptó sobre la base del voto mayoritario en cada Centro, aplicando un criterio de ponderación basado en el número de trabajadores de cada uno de ellos. De acuerdo con ello, el voto a favor supuso el 57,09 % del total”.

Quedó probado que el grupo NH Hoteles tuvo pérdidas acumuladas en el período 2008-2011 de 150 millones de euros, con una caída del resultado de explotación en un 52 % durante ese período, y también, a los efectos que interesa del litigio dado que fue un argumento de la parte demandante para negar la causa económica, que se produjo una ampliación de capital el 17 de abril de 234 millones de euros, aportados por un grupo empresarial chino, “pero el nivel de endeudamiento del grupo NH es de más de 1000 millones de euros”.

C) Vayamos a los fundamentos de derecho.

a) En primer lugar, y sobre algunas alegaciones nuevas introducidas en el acto de juicio por algunos de los miembros de la comisión negociadora, en su condición de demandados, la Sala reitera su doctrina recogida en sentencia de 4 de julio y no las toma

en consideración, dejando constancia de que las partes fueron “reiteradamente advertidas” de esta posibilidad, y de que sólo puede entrar a conocer de hechos y alegaciones de la demanda, ya que de actuar en los términos contrarios “provocaríamos manifiesta indefensión a los demandados, quienes venían preparados, lógicamente, para conocer de los extremos contenidos en la demanda, pero no sobre cualesquiera otros...”.

b) En segundo término, la Sala debe responder a la alegación de la necesaria presencia, según las demandantes, de todas las sociedades del grupo en el período de consultas, siendo así, recordemos, que estamos en presencia de un grupo de empresas a efectos laborales o patológico.

Que el despido puede ser instado por el grupo laboral ya fue aceptado en [sentencia de 28 de septiembre de 2012](#), en cuanto que se trata del empresario real, pero ahora se plantea una nueva cuestión, cuál es, no la de quien toma la decisión sino la de quién participa en la negociación, si el grupo o todos sus integrantes societarios. La Sala rechaza la tesis defendida por las demandantes, repasando primero su doctrina ([sentencia de 25 de febrero](#)) sobre la imposibilidad de participación del grupo mercantil en el período de consultas, por no preverlo la normativa vigente (con crítica al legislador por ser esta situación “un reprochable signo de desfase entre el marco normativo y la realidad del tejido empresarial que esconde..”), para volver después al análisis concreto de la cuestión enjuiciada, esto es la presencia de un grupo laboral, “cuya matriz toma las decisiones y asume la responsabilidad en esta realidad empresarial equivalente a una única empresa”, concluyendo, y creo que con base jurídica consistente, que se ha negociado en los términos previstos en el art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), esto es con la dirección de la empresa que ha presentado el ERE.

En apoyo de su tesis, la Sala acompaña el dato de que el grupo laboral ha aportado, además, todas las cuentas de las sociedades afectadas, y desde el análisis crítico de la demanda manifiesta su sorpresa porque la alegación de que debían participar todas las empresas del grupo afectadas en el período de consultas “no se vieran acompañada de dirigir su demanda” frente a cada una de ellas, aun cuando hubiera la posibilidad de que se hubiera apreciado por la Sala la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, si bien el hecho de que no fuera alegada por la demandada lleva a la Sala a no apreciarla de oficio, aún cuando más que la inexistencia de esa alegación me parece más relevante el dato, del que queda expresa referencia en el fundamento de derecho cuarto, de que ha quedado acreditado que todas las sociedades “están participadas y controladas por la matriz que asume íntegramente la responsabilidad, garantizando así los derechos de los trabajadores”.

c) La negociación por las representaciones unitarias (existentes o designadas ad hoc) por decisión de los trabajadores lleva lógicamente a la Sala a rechazar la alegación de que se ha impedido la presencia de tres secciones sindicales de empresa. En cuanto a la hipótesis negativa, argumentada por las demandantes, de haberse negado el carácter no vinculante de las decisiones adoptadas por la comisión negociadora reducida de 15 miembros, la Sala recuerda que se acordó por todos los representantes que su función no era la de suplantar al conjunto de la representación, que debía ser, como así fue, quien tomara la decisión final, sino más bien de conseguir que la negociación fuera real y efectiva, argumentando con buen criterio jurídico, y con conocimiento de la realidad negocial, que la negociación sería “a todas luces imposible si se hubiera permitido la

participación del número íntegro de representantes de los trabajadores, que sin embargo mantuvieron su derecho a decidir sobre el despido”.

En cuanto a la alegación de falta de documentación, y a partir de los hechos declarados probados, la Sala no encuentra ninguna actuación vulneradora de la normativa vigente por la empresa, siendo curioso, por decirlo de manera suave, que deba explicarse por la Sala, remitiéndose a su sentencia de 28 de mayo, que es plenamente válida la entrega de documentación en soporte digital, siempre y cuando, y ese es el punto a debate y no si la documentación se entrega en papel o en soporte digital, se garantice el derecho de la representación de la parte trabajadora a poder alegar lo que a su derecho convenga durante el período negociador (no siendo lo mismo, pues, que se entregue en la primera sesión, o durante su desarrollo, o en la última sesión del período y por consiguiente sin posibilidad de analizar con detalle).

d) El fundamento de derecho séptimo se refiere a las posibles discriminaciones alegadas por las demandantes, rechazadas en su integridad por la Sala por no haber quedado probada ninguna de ellas, y más cuando en el acuerdo final se excluye de las extinciones a colectivos especialmente sensibles como son los jubilados parciales, los relevistas, las personas con discapacidad o que tengan hijos con discapacidad, y también se acordó la no afectación de ambos cónyuges si prestan sus servicios en la empresa.

Quizás hubiera sido interesante una mayor explicación por la Sala respecto a la inexistencia de discriminación por razón de sexo, una cuestión de extraordinaria relevancia jurídica y de muy alta sensibilidad social, en el bien entendido que la genérica alegación de parte respecto a que un elevado porcentaje de personas despedidas eran mujeres ha de ponerse necesariamente en relación con el dato, también recogido en hechos probados, de que “el colectivo potencialmente afectado por su clasificación profesional era también mayoritariamente femenino”. Pero no cabe duda del interés manifestado por la Sala sobre esta posible discriminación, siquiera fuere por vía indirecta, ya que el ERE tiene una amplia afectación del servicio de pisos, donde la presencia femenina es muy amplia, si bien la Sala rechaza la hipótesis primando la viabilidad económica de la medida adoptada por la empresa frente a la posible discriminación, ya que a su parecer “el objetivo de este despido es reducir las cuantiosas pérdidas y desajustes de productividad, valiéndose para ello de la externalización de servicios, y entre ellos, el informe técnico señalaba el de pisos, que parece más fácilmente externalizable al no requerir niveles altos de especialización y cualificación”.

e) El núcleo duro de la sentencia, y que mas elogios y parabienes ha recibido de parte empresarial, es el fundamento jurídico noveno, donde la Sala responde a la alegación de la demandante sobre la falta de buena fe por la parte demandada al haber acudido a la externalización de la actividad empresarial para reducir costes laborales, si bien no conviene olvidar que en el fundamento jurídico anterior la Sala ha rechazado que no hubiera atención por parte empresarial en el período de consultas a las propuesta de la parte trabajadora, que no fueron atendidas por la empresa por considerarlas insuficientes para la reducción de costes que era necesaria. La Sala pasa revista, con buen análisis jurídico normativo y jurisprudencial, al marco vigente, concluyendo con la aceptación de la subcontratación en el ordenamiento jurídico español si se adecúa a la legalidad (art. 42 LET), por una parte, y si responde, en el supuesto de provocar la extinción de contratos, a una medida que garantice la eficacia de la organización productiva y no se trate únicamente de incrementar los beneficios empresariales (jurisprudencia del TS).

La Sala tiene en este punto, el “corazón partido”, pues sabe que las condiciones laborales del personal externalizado (y así se recoge además de forma expresa en la sentencia) van a ser peores que las que tenían con anterioridad (y decir que serán peores en un sector donde el coste laboral de la mano de obra en España es de los más bajos en el conjunto de todos los sectores productivos, según la [encuesta 2012 de coste laboral del INE](#), es obviamente decir que van a empeorar las condiciones sobre aquellas anteriormente disfrutadas que tampoco eran buenas) y no se recata en decir que la medida de la empresa, que está justificada a su parecer, por la reducción de costes que implica, “es también precarización de las condiciones laborales”, aunque cree, y tiene razón como reflexión general sobre la importancia de disponer de un empleo, pero no así a mi parecer, sobre cuál debe ser la calidad del mismo, que el seguir presente en el mercado de trabajo es mucho mejor que quedar alejado del mismo y tener serías dificultades para su reincorporación (aunque no estoy seguro de que la tesis de la Sala sobre este punto, más social que jurídica, cuál es la de que esta salida debería verse como positiva “por todos los implicados”, sea acogida por todas las personas cuya relación laboral se ha externalizado, y más cuando hubo debate en el juicio sobre la actuación de algunas empresas contratistas que estaban a su vez subcontratando servicios con empresas de trabajo temporal).

En cualquier caso, la Sala sí cree que se dan las condiciones objetivas y conformes al marco normativo y jurisprudencial vigente, en este caso concreto y nada más, añadido yo con rotundidad ahora (y no elevando a los altares jurídicos la validez de esta tesis para cualquier ERE en el que se plantee esta medida), ya que ha quedado debidamente probado que la medida no persigue el incremento de los beneficios empresariales sino que “que se alza como fórmula de supervivencia ante pérdidas crecientes y niveles de endeudamiento amplísimos, procurando así menguar tanto los costes laborales como los de inversión, y facilitar la capacidad de adaptación a las exigencias de la demanda”, concluyendo que en el caso enjuiciado “estamos, pues, ante un supuesto en el que la subcontratación resulta un medio útil y racional para apuntalar la viabilidad de la empresa y su competitividad”. Me inclino a pensar, además, que en la decisión final de la Sala ha pesado, y mucho, el hecho de que el acuerdo final garantiza la recolocación del 90% de los afectados con contratos indefinidos, y que ello (nuevamente sobre la importancia del acuerdo durante el período de consultas) que la representación de la parte trabajadora diera su visto bueno al acuerdo.

f) Por último, y repito que recomiendo la lectura íntegra de la sentencia ya que sólo he destacado sus aspectos más relevantes a mi entender, una vez que la Sala ha desestimado todas las alegaciones de nulidad del ERE por defectos formales (de forma y de fondo en cuanto a criterio de selección de personal), procede al estudio de la alegación sobre la falta de justificación de las causas alegadas, alegación que es también rechazada con remisión a los hechos probados y la acreditación de las cuantiosas pérdidas económicas y su impacto en la actividad productiva, que conlleva la necesidad de adoptar medidas organizativas que adecuen la plantilla de la empresa, sobredimensionada con respecto al nuevo marco económico, a la situación actual, algo que puede conseguirse, según la Sala, o contribuir como mínimo a ello digo yo ahora (creo que esta segunda expresión sería más correcta, ya que la externalización suele ser sólo una parte de la reducción de costes) con la citada “externalización de los servicios de limpieza y mantenimiento para conseguir un ahorro que compense las citadas pérdidas y caída de ventas y de ocupación”.

### **34. Sentencia de la AN de 30 de julio de 2013.**

1. La [sentencia de 30 de julio](#), de la que fue ponente la magistrada Carolina San Martín, resuelve el litigio suscitado con ocasión de la interposición de demanda en proceso de despido colectivo (art. 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#)) por el sindicato ELA y el comité de empresa del centro de trabajo de la empresa Ros Casares centro del acero SLU sito en Vitoria, contra la citada empresa y las restantes organizaciones sindicales y representantes de los trabajadores que participaron en el período de consultas del ERE que concluyó sin acuerdo y afectando a 37 trabajadores. La demanda solicita la declaración de nulidad de la decisión empresarial y subsidiariamente su consideración de no ajustada a derecho.

A) En los hechos probados se deja debida constancia de la comunicación de la empresa a la representación legal de los trabajadores (sólo existente en dos centros de trabajo, siendo uno de ellos el de Vitoria) de su voluntad de iniciar la tramitación del ERE, así como de la comunicación a la plantilla de los centros de trabajo en donde no había representantes para que procedieran, si así lo consideraban oportuno, a su elección “ad hoc”, haciendo mención en su escrito de la posibilidad de dicha elección o bien atribuirle a la representación legal de otros centros de trabajo, sin mencionar la posibilidad de atribuirle a las organizaciones sindicales (sorprendente olvido que merecerá lógicamente el reproche jurídico de la Sala, aunque no afecte a la resolución del litigio). Igualmente, se da debida cuenta de la tramitación del período de consultas, de las distintas propuestas y contrapropuestas por las partes negociadoras, de una propuesta empresarial sobre “ponderación del voto de los miembros de la comisión negociadora” (rechazada por ELA), y la decisión final de la empresa de extinguir 37 contratos, de los que 31 correspondían al centro de trabajo de Vitoria. También se recogen todos los datos económicos de la empresa.

B) En los fundamentos de derecho se pasa revista a las variadas alegaciones de la parte demandante para justificar en primer lugar su petición de declaración de nulidad. Un primer argumento es que la empresa había realizado un cambio de estructura organizativa previa a la presentación del ERE, y que ello podía haber afectado al ámbito de la negociación, pero ni del contenido de la demanda, más allá de esta genérica formulación, ni de las alegaciones del acto de juicio, ni de las pruebas practicadas en el mismo, se encuentran argumentos para la Sala que permitan aceptar esta tesis, aceptando el tribunal, con los datos de las extinciones contractuales, que el número de estas fuera del País Vasco es muy escaso, pero justificándolo porque “ello resulta coherente con que también el grueso de la plantilla de la empresa se encuentre en Vitoria”.

En segundo término, se alegan defectos en la composición de la comisión negociadora y en la ponderación del voto de sus miembros, reiterando primero la Sala su tesis de la aceptación de las comisiones híbridas, esto es integradas por representantes legales y otros designados ad hoc, remitiendo a su [sentencia de 22 de abril](#), “siempre que dicha alternativa sea negociada y se asegure la ponderación de voto para garantizar que se cumple con la exigencia, contenida en el art. 28.1 del Reglamento, según la cual los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los

miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados".

En este punto es donde la Sala critica, como ya he indicado, el “olvido” de la empresa en su comunicación a los trabajadores sin representantes, al omitir la posibilidad de disponer de una comisión ad hoc sindicalizada, planteando la hipótesis de que pudiera provocar la nulidad de la decisión empresarial por haber actuado de mala fe, si bien, al igual que ya ocurrió en el asunto resuelto en su [sentencia de 28 de septiembre](#), de la que se recoge un amplio fragmento, considera que la irregularidad no es susceptible de viciar el período de consultas, tanto a partir de las decisiones adoptadas por los trabajadores en cuanto a la designación de sus representantes como por el hecho de que hubiera representantes sindicales en la mesa e impidiendo de tal forma que se vulnerara, por vía indirecta, el derecho de libertad sindical, concluyendo la Sala con una “reprimenda” a la parte empresarial por su actuación no conforme a derecho pero descartando que tuviera la suficiente gravedad para declarar su nulidad.

Muy interesante también es el análisis de la alegación sobre la incorrecta ponderación del voto de cada uno de los miembros de la parte trabajadora, rechazando los criterios adoptados de atribución sin tener en consideración el número de trabajadores representados por cada miembro, algo que incumpliría claramente el art. 28.1 del [RD 1483/2012](#). No obstante, la no existencia de acuerdo en el período de consultas lleva a la Sala, con buen criterio a mi parecer, a declarar que “la falta de ponderación de unos votos que no hubo ocasión de ejercitar pierde virtualidad para sustentar la nulidad del despido”.

Es digna de atención la estrategia de la parte demandante al alegar mala fe negociadora por parte empresarial, basando tal tesis en que tenía una decisión tomada y que partió de un número superior de extinciones contractuales para aparentar durante el período de consultas que la reducción era consecuencia del proceso negociador, es decir, dando así “apariencia de negociación a una decisión previamente adoptada”. No conozco los detalles del conflicto más allá de los datos recogidos en la sentencia, pero no descartaría en modo alguno que sí hubiera una estrategia de la empresa en esta línea, o quizás más correctamente, una previsión de que había que adoptar una determinada estrategia para llegar al resultado deseado, algo que por sí solo no puede decirse que sea contrario a derecho ya que la negociación del período de consultas está condicionada por múltiples factores, y que en caso de mera fachada o apariencia de negociación (falta de buena fe negociadora) deberá probarse de forma clara y fehaciente.

A partir de todos los datos recogidos en los hechos probados, la Sala no aprecia la mala fe empresarial ni posición inmovilista de la misma, ya que las propuestas iniciales se acompañaron de informes técnicos que justifican la razón de ser de las extinciones. Entramos aquí en un terreno más propio de las estrategias negociadoras de cada parte, en el que difícilmente los tribunales podrán pronunciarse salvo cuando haya pruebas claras, repito, de una actuación vulneradora de la buena fe por parte empresarial, sin olvidar, que esta buena fe es predicable de la actuación de ambas partes, y así lo ha recogido de forma expresa la AN en varias de sus sentencias.

En este período de consultas, por cierto, la Sala nuevamente insiste en las que las partes deben estar muy atentas (básicamente añadido yo ahora la parte trabajadora), ya que posibles irregularidades formales, como la presentación de documentación económica



avanzada la negociación, o el mismo día de finalización del período de consultas, no serán consideradas causas de nulidad si no se manifiesta de forma clara y contundente la protesta en su momento, aunque no me convence la argumentación de la Sala en este caso concreto enjuiciado: entregada la documentación el día final del período de consultas, el asesor de uno de los sindicatos presentes hizo constar su protesta, respondiendo la empresa que la entrega efectuada, sus datos, “no variaban sustancialmente de lo ya aportado en la reunión inicial y en la memoria económica”. Como la parte trabajadora “no pidió tiempo para su análisis”, la Sala concluye algo que puede ser posible, pero que no necesariamente ha de ser así, entrando en un terreno de presunciones que puede ser algo más que complicado a la hora de decidir, en el bien entendido que la Sala, que creo que es consciente de esta inseguridad, sustenta y refuerza su argumentación con otros argumentos que extrae del conjunto de los hechos probados del litigio. Para la Sala, al no haber “pedido tiempo” la parte trabajadora, debe presumirse entonces “que asumían la explicación de la empresa, teniendo en cuenta que desde la reunión del 15-3-13 disponían también de las pérdidas y ganancias de enero de 2013”.

Ya he expuesto en otros comentarios mi análisis crítico sobre la necesidad de que los representantes de los trabajadores tengan que ser auténticos especialistas de la negociación y de que algunos fallos de estrategia que puedan cometer en la negociación lleven a la aceptación de la argumentación empresarial por no haber sabido responder, o protestar a tiempo (es decir, ha de constar en acta), pero parece que la Sala se ha orientado en una línea de formalismo antiformalista que otorga la palabra, y la responsabilidad, a las partes aunque puede cometerse alguna irregularidad normativa.

C) Por último, y en cuanto al fono, la Sala entra en el análisis de la existencia de las causas económicas y productivas alegadas, concluyendo que existen cuantiosas pérdidas, que previsiblemente se mantendrán en caso de no adoptar decisiones como la del ERE, por lo que está justificada la decisión de la empresa. Por otra parte, también hay causa productiva por la importante disminución del número de toneladas facturadas y de la cifra de negocio. Las medidas adoptadas son razonables y proporcionadas a la gravedad de la situación de la empresa, rechazándose la tesis de la parte demandante porque las medidas de flexibilidad interna aplicadas con anterioridad no han corregido la difícil situación, y porque la partida de gastos de personal, que es la que va a reducirse con el ERE, “supone nada menos que la mitad del margen de rentabilidad de la empresa”.

### **35. Sentencia de la AN de 4 de septiembre de 2013.**

1. La [sentenciadictada por la AN el 4 de septiembre](#), de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Bodas, resuelve el litigio suscitado con ocasión de la demanda formulada por la Confederación General del Trabajo (CGT) contra la empresa Unísonos Soluciones CRM SA y contra las federaciones estatales de CC OO y UGT, de servicios financieros y administrativos y servicios respectivamente, y contra la federación de banca, ahorros, seguros y oficinas del sindicato autonómico gallego CIG. La sentencia estima la demanda y declara la nulidad de los despidos efectuados, aunque no sea el fallo de la sentencia el aspecto más relevante de la misma a los efectos de un comentario doctrinal, sino qué debe entenderse por “motivos no inherentes a la persona del trabajador” cuando se presenta un ERE.

A) Pero vayamos por partes. La demanda se presentó el 31 de mayo y el acto de juicio tuvo lugar el 3 de septiembre. En dicho acto, y según se recoge en los antecedentes de hecho, los sindicatos demandados CC OO y UGT se personaron, pero se retiraron ante las observaciones de la Sala, documentadas jurídicamente en dos sentencias anteriores de 4 y 8 de julio de este año, de que el art. 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) impide que puedan comparecer como interesados, “como así han sido llamados por la parte actora”. Me remito a los [comentarios](#) efectuados de esas sentencias para un examen con mayor detalle de esta cuestión procesal.

La parte impugnante, tal como expuso en la demanda y ratificó en el acto de juicio, solicitó la nulidad de la decisión empresarial por entender que no se había respetado la obligación empresarial de tramitar un ERE cuando el número de extinciones (en este caso producidas por causas objetivas) supera alguno de los umbrales fijados por el art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) en relación con el número de trabajadores de la empresa. La tesis de la CGT era que la empresa había despedido por causas objetivas a 33 trabajadores en un período de treinta días (del 1 de febrero al 30 de abril de 2012), argumentando en defensa de su tesis que aquí debían quedar incluidos no sólo los despidos operados al amparo del art. 52 c) de la LET, es decir los realizados por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino también aquellos que se efectuaran al amparo del art. 52 d), conocidos coloquialmente como despidos por absentismo, en cuanto que no puede considerarse un “motivo inherente a la persona del trabajador” la extinción por absentismo justificado, aportando en apoyo de su tesis la [sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2004](#) y su interpretación del art. 1.1 de la [Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998](#). También basó su argumentación en la defensa de la tesis de aplicación de la Directiva de 1998 y en concreto del período fijado para despidos (90 días) con un límite de 20 trabajadores, siempre y cuando la sala entendiera que no debían computarse los despidos por absentismo. Dado que la empresa reconoció la improcedencia de 34 de los 78 despidos disciplinarios efectuados en el período referenciado, a lo que habría que añadir una sentencia que declaró la improcedencia del despido, para la demandante era claro y evidente que la demandada “superó con creces los umbrales exigidos para la promoción de un despido colectivo”.

Lógicamente, la parte demandada se opuso a la pretensión de la demandante, explicando con detalle todas las extinciones operadas desde el 1 de febrero al 30 de abril, en las que incluyó a 32 trabajadores por causas objetivas y 78 por motivos disciplinarios y de los que “38 no han demandado siquiera”. Dado que en el bloque de 32 incluía a once despidos por absentismo, argumentó que no procedía presentar un ERE por no superar los umbrales previstos en el art. 51 de la LET, ya que estos estaban basados en “motivos inherentes a los trabajadores” y no debían computar para el supuesto de extinciones en las que se discute la existencia o no de una causa económica, técnica, organizativa o de producción.

Como cuestión procesal de índole formal se planteó la excepción de caducidad de la acción por la demandada, basando su tesis en que la fecha de los últimos despidos efectuados por causas que pueden determinar la presentación de un ERE fue el 22 de marzo, tesis a la que se opuso la demandante porque entendía, de acuerdo con su tesis de fondo, que los últimos despidos se habían producido el 30 de abril, que fue la fecha en que se produjeron algunos por absentismo.

B) En los hechos probados queda debida constancia de la implantación del sindicato demandante en la empresa demandada, con una representación del 33 % en sus centros de trabajo, así como las fechas de todos los despidos efectuados y la constatación de que 34 despidos disciplinarios fueron reconocidos como improcedentes por la empresa.

C) Pasamos a los fundamentos de derecho.

a) En primer lugar, la Sala deba pronunciarse sobre la alegación de caducidad formulada por la parte demandada, lo que la lleva a plantearse cuál es el dies ad quem para el cómputo de los 90 días, recordando la doctrina del Tribunal Supremo de que es “la fecha del último despido por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que se constituye a su vez en dies a quo para el cómputo siguiente”. Dado que el debate de fondo se produce justamente porque la parte demandante considera que los despidos por absentismo deben computarse, y que tomando en consideración la fecha en que se produjeron los últimos y la de aquella en que se presentó la demanda esta se habría presentado dentro de plazo (en el vigésimo día hábil desde la fecha del despido), la Sala desestima la excepción procesal alegada pero al mismo tiempo manifiesta, y ya veremos la importancia que tiene el asunto de fondo, que lo hace “con independencia de que el supuesto extintivo regulado en el art. 52 d) ET constituya o no un motivo no inherente a la persona del trabajador, sobre lo que resolveremos más adelante”.

b) El núcleo duro de la sentencia, pues, se centra, en la determinación y concreción de que debe entenderse por “motivos no inherentes a las personas de los trabajadores”, terminología utilizada en el art. 1.1 de la Directiva de 1998 y que excluye del cómputo a las extinciones que se produzcan por motivos inherentes a la persona del trabajador. La Sala pasa revista en primer lugar a la doctrina del TS, plasmada en la sentencia de 8 de julio de 2012, que mereció atención detallada en una anterior entrada del blog, y en otra de 3 de julio del mismo año, concluyendo que nuestro TS, para ajustarse a la doctrina del TJUE exige, como requisitos constitutivos para que la empresa quede obligada a promover un despido colectivo, que “se superen los umbrales del art. 51.1 ET en un período de 90 días y que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en cuyo caso deberán computarse, además de los despidos producidos por dichas causas, cualesquiera otro que no esté basado en motivos inherentes a la persona del trabajador distinto de los previstos en el art. 49.1.c ET”.

Centrado así el debate jurídico, la Sala se plantea si ha de computar, a efectos de determinar si la empresa debió iniciar un procedimiento de despido colectivo, no sólo los 21 trabajadores despedidos por causas recogidas en el art. 52 c) de la LET, sino también los once despedidos al amparo de la letra d) del mismo precepto, e incluso los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes. A tal efecto, la nulidad de los despidos va a producirse porque la Sala entiende, con buen criterio a mi parecer, que la empresa despidió disciplinariamente a muchos trabajadores a los que inmediatamente reconoció su improcedencia, por lo que queda debidamente acreditado que tales despidos no se debieron a “motivos inherentes a la persona del trabajador”. Cuestión distinta, y la Sala no quiere desconocer la realidad del mundo laboral, es que detrás de la actuación empresarial pudiera haber “una transacción legítima” con los afectados y en modo alguno una actuación fraudulenta, tesis que en cualquier caso me resulta muy difícil de argumentar por la parte empresarial, pero que además en este caso ni se ha intentado, por lo que la tesis de la Sala es que “cuando se despide masivamente por causas disciplinarias a trabajadores en un corto período de tiempo, se reconoce la

improcedencia de la mitad de esos despidos y se declara judicialmente la improcedencia de otro, sin que se haya acreditado por la empresa que hubo una transacción efectiva con los trabajadores, a los que reconoció la improcedencia del despido, debemos concluir necesariamente que dichos despidos disciplinarios carecían de causa disciplinaria, por lo que no estaban causados en motivos inherentes a las personas de los trabajadores afectados”.

En conclusión, si sumamos a los 21 despidos objetivos los 34 disciplinarios reconocidos como improcedentes por la empresa cabe concluir que estábamos en presencia de un número de despidos que requería de un procedimiento de ERE y la consiguiente tramitación del período de consultas previsto en el art. 51 de la LET antes de adoptar la decisión, por lo que la vulneración de esa regla llevará a declarar la nulidad de la decisión empresarial. En apoyo de esta tesis la Sala aporta numerosas sentencias del TSJ para confirmar que a efectos de cómputo del número de afectados, hay que aplicar lo dispuesto en el art. 51.1 de la LET, que dispone que “se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley , siempre que su número sea, al menos, de cinco”.

c) El fundamento de derecho quinto, el más relevante a efectos doctrinales y que sin duda merecerá más de un comentario crítico por la interpretación, o aplicación de una tesis contraria, de la jurisprudencia del TJUE respecto al tan citado concepto de “motivos inherentes a la persona del trabajador”, versa sobre la determinación de si deben computarse o no los despidos por absentismo a efectos de calcular el número de trabajadores afectados para un procedimiento de ERE en relación con el total de la plantilla.

La Sala recuerda la causalidad de toda extinción, prevista en el art. 4 del [convenio núm. 158 de la OIT](#) sobre extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y pasa después a examinar el “despido por absentismo”, esto es el art. 52 d) de la LET, que recuérdese, porque ello es importante, que permite la extinción del contrato aunque se produzcan determinadas falta justificadas de asistencia al trabajo (es esta una explicación que cuesta entender en muchas ocasiones a mis alumnos y alumnas, que se preguntan cómo es posible que una baja debidamente justificada pueda llevar a la extinción contractual), junto con las restantes causas recogidas en el art. 52, concluyendo (y buscando apoyo para ello nuevamente, como en otras sentencias, en el diccionario de la RAE) que sólo el motivo de la letra c) va referido al funcionamiento de la empresa, mientras que la extinción por ineptitud, no adaptación tecnológica o absentismo (repito, debidamente justificado) son causas relacionadas con la capacidad del trabajador y por consiguientes inherentes al mismo, tesis que defendió la parte demandada con apoyo de varias sentencias de los TSJ y de una parte de la doctrina científica, ciertamente muy cualificada, pero me parece exagerado afirmar que esta tesis ha sido defendida, como lo afirma, “de modo unánime” por la doctrina laboralista.

A continuación la Sala procede al repaso del contenido del art. 51.1 de la LET, la doctrina del TJUE en la sentencia citada (““El citado precepto – art. 1.1 de la Directiva - - debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. - Tal concepto no exige que las causas subyacentes correspondan a la voluntad del empresario”), y crítica lo que califica de “desafortunada redacción del art. 51.5” de la

LET, remitiéndose nuevamente al diccionario de la RAE para concluir su interpretación del precepto estatutario en el sentido de que “el legislador nacional pretende que se computen únicamente aquellas extinciones basadas en motivos no inherentes a la persona del trabajador, entendiéndose como tales aquellas extinciones que por su naturaleza no estén de tal manera unidas a algo, que no se pueda separar de ello..”, tesis que llevaría a concluir, en dirección contraria a la jurisprudencia del TJUE que las causas enumeradas en las letras a, b y d) del art. 52 deberían considerarse inherentes a la persona del trabajador, “porque todas ellas se predicen de su persona, aún cuando no se deban a su voluntad”. Y eso la Sala lo entiende perfectamente y lo pone de manifiesto, ya que la doctrina del TJUE engloba cualquier extinción, a efectos del cómputo numérico, que no tenga el consentimiento del trabajador, “lo que sucede necesariamente en los tres supuestos debatidos y de modo particular en el absentismo justificado, puesto que la enfermedad sobreviene al trabajador, sin que intervenga para nada su voluntad”.

Y es en este punto donde la Sala se aparta de la jurisprudencia del TJUE porque entiende que “no puede aplicarse mecánicamente a las extinciones contractuales basadas en la capacidad del trabajador” que son a su parecer “por definición, inherentes a la persona del trabajador”.

En apoyo de su tesis aporta la argumentación de que la sentencia citada del TJUE estudió sólo un determinado supuesto y no abordó de modo específico un caso como el ahora abordado, por lo que su pronunciamiento “debe aplicarse con cautela”, aportando otro argumento que no creo que guarde relación alguna con el litigio y el supuesto enjuiciado pero que la Sala pretende que consolide doctrinalmente su tesis, cual es que “la aplicación literal de la sentencia antes dicha conduciría a computar también los despidos disciplinarios procedentes, por cuanto ni son pretendidos por el trabajador, ni se producen con su consentimiento, lo que no parece ser la intención del legislador comunitario”, olvidando que esa llamada interpretación literal no puede realizarse porque el despido disciplinario sí se produce, en principio, por un motivo inherente a la persona del trabajador, cual es su incumplimiento contractual grave y culpable.

No me parece tampoco muy aceptable el argumento de utilización literalista de los términos de las sentencias antes citadas del TS para argumentar que, dado que se refieren como elemento causal del despido a las causas económicas, no incluye otras causas basadas en la capacidad del trabajador (inherentes a su voluntad), aunque a continuación sí acepta que se computen, por ejemplo los despidos improcedentes por entender que “puedan asimilarse a las causas relacionadas con la situación de las empresas”. Pues bien, piénsese en despidos objetivos que posteriormente se reconocen como improcedentes en sede de conciliación administrativa o judicial, que en tal caso se deberán también computar a los efectos del número de trabajadores afectados por un ERE, al igual que si se trata de despidos disciplinarios.

Una sentencia, sin duda, que provocará, y lo merece, más de un comentario doctrinal, y que puede facilitar extinciones contractuales sin acudir a la vía del ERE, siempre y cuando el empleador no asuma la improcedencia de la extinción y por consiguiente asuma también el riesgo de que la sentencia que se dicte en el litigio planteado por el trabajador, si así lo ha hecho, reconozca la improcedencia y el posterior cómputo a efectos del dies ad quem.

### **36. Sentencia de la AN de 30 de septiembre de 2013.**

1. La [sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 30 de septiembre](#), de la que fue ponente la magistrada Carolina San Martín, se dicta con ocasión de las demandas interpuestas por la Unión Sindical Obrera, el 22 de mayo, y la Confederación General del Trabajo, un día después, en proceso de despidos colectivos, concretamente contra una decisión empresarial de Unitono de extinguir 210 contratos de trabajo. Mientras la primera demanda se dirigió contra la [empresa Unitono servicios externalizados SA](#), la secciones sindicales de CC OO y UGT en la empresa, y los miembros de dichas organizaciones, trabajadores de la empresa, como firmantes del acuerdo en el procedimiento de despido colectivo, la segunda fue también dirigida contra la empresa [Avanza externalización de servicios SA](#) y las secciones sindicales de la empresa de la USO y del sindicato de trabajadores de comunicaciones (STC). El acto del juicio tuvo lugar el 19 de septiembre (o al menos eso creo por pura lógica, ya que hay un error en la fecha, dado que se menciona el 19 de marzo). Ya adelanto que la sentencia estima la falta de legitimación activa de una de las empresas demandadas y desestima los recursos interpuestos por las dos organizaciones demandantes.

2. ¿Qué interesa destacar de los antecedentes de hechos? En primer lugar, que la USO solicitó la declaración de nulidad de la decisión empresarial por incumplimiento de las obligaciones de la empresa en la entrega de la documentación durante el período de consultas, y por considerar que dicha medida adoptada con alegación de causas económicas y productivas “carecía de justificación, razonabilidad y proporcionalidad”. La CGT solicitó también la nulidad y, subsidiariamente, la declaración de no ser ajustada a derecho la decisión adoptada por la empresa, interesando ahora destacar, porque serán cuestiones abordadas en la fundamentación jurídica, un importante defecto de forma cual sería que la comisión negociadora no se había constituido de acuerdo a la normativa vigente ([RD 1483/2012](#)), ya que “se había conformado por las secciones sindicales más representativas a nivel de empresa y no sólo en los centros de trabajo afectados”, acompañado de otros como la entrega de una importante documentación (cuentas anuales de 2012) en la última reunión celebrada durante el período de consultas, y la no aportación de las cuentas de la empresa Avanza, así como el haber mezclado medidas extintivas con otras de suspensión de contratos sin concretar cómo y a quién podían afectar, “lo que estaba dando problemas (a los trabajadores) para la percepción de las prestaciones por desempleo...” (dificultades reconocidas por los sindicatos CC OO y UGT).

Por parte empresarial, Unitono, se negaron los vínculos jurídicos a efectos de conformación de un grupo de empresas laborales entre Unitono y Avanza, con independencia de que esta última fuera la única accionista de la primera, negando igualmente que se hubieran incumplido requisitos formales por lo que respecta a la entrega de documentación, y aduciendo en cualquier caso que cuando fue entregada la solicitada, bien avanzado el proceso negociador, “la CGT no formuló entonces objeción alguna”. Igualmente, defendió la conformidad a derecho de los criterios de selección de los trabajadores afectados (reducción del servicio al que se adscribe el trabajador, voluntariedad, y productividad y rendimiento), y que las medidas de suspensión de contratos formaban parte de las de acompañamiento negociadas y acordadas durante el período de consultas para, justamente, reducir el número de extinción. En fin, con respecto a la existencia de las causas alegadas, expuso la, a su parecer, situación deficitaria de la empresa, y defendió que la medida adoptada era proporcional, ya que

sólo afectaba al 6,4 % de la plantilla “y en un sector en el que el principal gasto es el del personal”.

En cuanto a Avanza, alegó excepción procesal de falta de legitimación pasiva por no forma grupo laboral con Unitono, tratando de justificar su diferenciación y aportando, entre otros argumentos, la existencia de centros de trabajo diferenciados, representantes de los trabajadores también diferenciados, y convenio colectivo propio. Por los sindicatos demandados y las personas físicas firmantes del acuerdo hubo oposición a las demandas en cuanto que consideraron que el acuerdo era conforme a derecho y habían conseguido mejorar la propuesta inicial presentada por la empresa.

3. Pasemos ahora a los hechos probados, de los que interesa destacar en primer lugar la constatación de que la empresa Unitono tiene como único accionista a Avanza externalización de servicios SA, “empresa matriz del grupo de sociedades Avanza, con la que Unitono consolida cuentas”, compartiendo actividades de dimensión corporativa como servicios centrales y marketing. La empresa Unitono, que ha presentado el ERE, tiene una plantilla de 3.283 trabajadores, 67 % de ellos con contratos para obra o servicio determinado, “vinculados a las empresas clientes de Unitono”.

La presentación del ERE se produjo el 20 de marzo, con propuesta de despido de 270 trabajadores, y la composición de la comisión negociadora por la parte trabajadora se ajustó a la proporcionalidad de la representación de los sindicatos participantes, vía sus secciones sindicales (UGT, CC OO, CGT, STC y USO), en la empresa, con voto ponderado en función de tal representatividad, quedando debida constancia en el hecho probado sexto de que la CGT manifestó que la representatividad debía medirse en razón de los centros afectados, aunque “no obstante, no se opuso a la composición de la comisión negociadora”.

El procedimiento que se puso en marcha fue el de despido colectivo, si bien, y esta es una estrategia empresarial tendente a disponer de todas las posibilidades que le confiere el ordenamiento jurídico según como vayan desarrollándose las negociaciones durante el período de consultas, la empresa también procedió a iniciar “período de consultas de los procedimientos de los arts. 41 y 47 ET para el caso de que, durante el procedimiento de despido, se acordaran modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o suspensiones o reducciones de jornada en orden a atenuar los efectos del despido colectivo”.

Sobre el desarrollo del período de consultas cabe decir que se celebraron cinco reuniones, donde la empresa fue entregando información adicional solicitada por la parte trabajadora y modulando su propuesta inicial introduciendo medidas de flexibilidad interna y no meramente externa, habiendo una buena, y jurídicamente interesante, discusión, sobre la petición laboral de disponer de los contratos suscritos con el grupo Telefónica, uno de los principales clientes de Unitono, considerando la empresa que se trataba de contratos mercantiles y de índole confidencial entre ambas empresas, en el bien entendido que la información que deseaban los representantes sindicales “está dada a través de las transcripciones a las que hace referencia el convenio colectivo”, si bien queda probado en el hecho undécimo que, después de las peticiones laborales formuladas “Los representantes de los trabajadores cuentan con las transcripciones de los contratos mercantiles suscritos entre UNITONO y Telefónica. En las mismas consta su objeto, la descripción de los trabajos comprometidos, la duración,

y el lugar de prestación de servicios. No consta el número medio de plantilla dedicada al servicio, ni datos sobre el precio que abona Telefónica. En los contratos constan las condiciones económicas, aunque no hay compromiso de contratar un número de llamadas específico”.

Igualmente, queda constancia de que durante la última reunión se presentaron las cuentas anuales de 2012, si bien las cuentas provisionales ya habían sido entregadas con ocasión del inicio del período de consultas, última reunión (19 de abril) en la que se alcanzó acuerdo entre la empresa y los representantes de las secciones sindicales de CC OO y UGT, el 59,49 % de la representación total de la parte negociadora, con medidas no sólo extintivas (210 contratos) sino también otras varias de flexibilidad interna (suspensiones de contratos, reducciones de jornada, modificaciones sustanciales de los turnos de trabajo). En cuanto a los criterios acordados para la selección de los trabajadores afectados, y que fueron considerados como “no discriminatorios” por la Inspección de Trabajo, fueron los siguientes: “1) Por vinculación con los servicios afectados por la reducción de actividad. 2) Por adscripción voluntaria, hasta un cupo del 5% de trabajadores afectados. 3) Por productividad y rendimiento”.

Por último, en cuanto a los datos económicos, la empresa procedió a la explicación de sus últimos datos negativos y las previsiones también negativas, por la importante caída de los ingresos del sector de la telefonía en España y destacando que la caída del grupo Telefónica ha impactado negativamente sobre Unitono, ya que se trata de su principal cliente, “correspondiéndole en torno al 70 % de los ingresos de 2010, 2011 y 2012”.

#### 4. Vayamos a los fundamentos de derecho.

A) Respecto a la excepción procesal alegada por Avanza de falta de legitimación pasiva, la Sala la acepta por considerar que no existe un grupo de empresas a efectos laborales y que la parte demandante (CGT) no ha aportado pruebas para demostrar dicha existencia, algo a lo que estaba obligada por imperativo de lo dispuesto en el art. 217.2 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), (“Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”), trayendo además en apoyo de su tesis la doctrina del TS sobre la necesidad de aportar elementos indiciarios, con cita expresa de la [sentencia de 27 de mayo](#), segunda dictada en recurso de casación contra una sentencia de ERE de un Tribunal Superior de Justicia, no siendo suficiente en modo alguno, pues, que haya coincidencia de domicilio social o que se compartan determinados servicios centrales.

B) Es interesante el análisis de la Sala sobre la queja formulada por CGT referida a la defectuosa composición de la comisión negociadora, rechazada correctamente a mi parecer porque la normativa vigente en el momento de presentación del ERE sí permitía (art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) y RD 1483/2012) formar una comisión tomando en consideración todos los centros de la empresa. La CGT, si me permiten la expresión, “tuvo visión de futuro” y planteó una argumentación que será válida con la reforma “veraniega” operada por el [RDL11/2013](#), pero desde luego no antes, o por decirlo con las propias palabras de la Sala, “Es sólo a partir de la entrada en vigor de esta modificación normativa que la alegación de CGT tendría apoyo legal, mas no según el Derecho que resulta aplicable a este caso”.



C) Más dudas jurídicas me suscitan algunas tesis de la Sala sobre la conformidad a derecho de cómo se desarrolló el período de consultas y la denegación de los argumentos de las partes demandantes, aunque también debo reconocer que la Sala mantiene una línea coherente con anteriores sentencias, poniendo en primer lugar el valor de la importancia del acuerdo alcanzado durante el período de consultas con la representación mayoritaria de los trabajadores, y considerándolo como una “presunción iuris tantum” de su legalidad, dado que han sido los sujetos negociadores, o más exactamente una parte mayoritaria de los mismos, los que han llegado a un acuerdo por entender que, de toda la documentación presentada y de las negociaciones llevadas a cabo, es el mejor resultado para sus representados, los trabajadores de la empresa. Coincido con la Sala en el respeto del principio de autonomía colectiva y de que son los negociadores los que mejor conocen las condiciones que han posibilitado un acuerdo, si bien llamo la atención, y estoy seguro de que la Sala ha sido consciente, tanto en esta sentencia como en otras dictadas con anterioridad, de ello, que algunas irregularidades formales ocurridas durante el período negociador tienen una frontera muy borrosa entre la mera irregularidad, que no afecta al fondo de la negociación, y la que sería mucho más consistente y que dificultaría la posibilidad de negociar de forma adecuada, y en tiempo útil (doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) para (toda) la parte trabajadora.

Viene a cuento esta consideración previa ya que buena parte de las críticas de las demandantes versaron sobre el incumplimiento por parte empresarial de sus obligaciones durante el período de consultas, señaladamente la entrega de las cuentas definitivas de 2012 en la última sesión negociadora, si bien la Sala enfatiza que ya se disponían de las provisionales y que los sindicatos firmantes (y no los demandantes, como enfatiza muy correctamente la Sala a mi parecer) pidieron más tiempo antes de agotar el período de consultas pero no para un estudio en profundidad del nuevo documento sino para celebrar una asamblea y debatir con sus representados la propuesta empresarial. La AN llega a conclusión de que el hecho que esas irregularidades formales no impidieran a los sindicatos firmantes del acuerdo considerar que “la negociación había fructificado razonablemente” no impidió que el período de consultas cumpliera la finalidad prevista, la de acercar posiciones y lograr un acuerdo razonablemente satisfactorio para ambas partes, volviendo a traer en apoyo de su tesis la sentencia del TS de 27 de mayo, sentencia que acoge la doctrina del TJUE, que considera esa irregularidad en la entrega de documentación no suficientemente válida para decretar la nulidad de las actuaciones “cuando porque la propia parte social no les había atribuido la importancia exigible para que su ausencia o defecto en la presentación pudieran acarrear la nulidad de la medida empresarial que se impugna”.

D) Más enjundia tiene, y no duda en reconocerlo de entrada la Sala, el conflicto existente sobre la no entrega de los contratos mercantiles de Unitono con Telefónica (que no se olvide que es el cliente más importante de la empresa). Aquí sí que la AN procede a un buen repaso de la normativa europea y estatal vigente, así como también de la doctrina del TS sentada en su [primera sentencia sobre ERES tras la reforma laboral, dictada el 20 de marzo](#), para poner de manifiesto la importancia de disponer por la parte trabajadora de toda la información necesaria para poder desarrollarse de forma eficaz el período de consultas (muy bien traída al supuesto ahora contemplada la tesis del TS, en la sentencia citada, según la cual la entrega de la documentación "no es un mero formalismo, sino que cumple esa finalidad esencial de garantizar la información

necesaria a los representantes de los trabajadores para que pueda producirse una negociación auténtica en el período de consultas en la que aquéllos estén en situación de formular propuestas constructivas"), pero no siendo obligación de la empresa aportar toda información que le sea solicitada.

Es aquí donde creo observar una cierta preocupación por la Sala por conciliar el obligado respeto de la parte empresarial a la normativa vigente con la autonomía colectiva que posibilita un acuerdo aún cuando no se haya dispuesto de toda la información. Y efectivamente, esta preocupación se manifiesta porque de la documentación entregada por la empresa a la parte trabajadora sobre los contratos mercantiles suscritos con Telefónica falta una sustancial información que hubiera posibilitado una negociación con adecuado conocimiento de causa de la situación (cuestiones económicas), algo que lleva incluso a la Sala a plantear la hipótesis de aceptación de la tesis de la parte demandante sobre la irregularidad en este punto..., aunque inmediatamente rechaza esta tesis porque "la negociación fructificó en un acuerdo, de modo que finalmente cumplió sus fines", tesis que también le sirve para rechazar la argumentación de la parte trabajadora de no haberse aportado documentación fiscal de los últimos tres trimestres.

En suma, la tesis de la Sala, que se apoya nuevamente en la jurisprudencia comunitaria y del TS, es que si la falta de documentación no ha impedido el acuerdo "no cabe mantener ya su trascendencia". La tesis es coherente con la interpretación antiformalista defendida por la Sala ya desde hace tiempo, y a la que no es ajena tampoco la jurisprudencia europea y del TS, y más coherente aún con el respeto a la autonomía negociadora, aunque sugiero que no debe darse como valor absoluto la existencia de un acuerdo para no considerar las irregularidades formales, pues piénsese, por ejemplo, en un sindicato sólo presente en la empresa y que tenga muy buenos lazos, vínculos o amistades (pongan el término que deseen), con la dirección de la misma. De seguir con la tesis de la sentencia ahora comentada, un acuerdo debería ser validado, pero me pregunto si el mismo tiene, no ya en el plano jurídico, sino social, el mismo valor (¿qué diría la Sala?) de un acuerdo suscrito con los sindicatos más representativos y, además, mayoritarios en la empresa.

D) El mismo argumento de la aceptación de los sindicatos firmantes de los criterios de selección de las personas afectadas lleva a la Sala a desestimar la petición de CGT de discriminación, "que tampoco ha intentado acreditar de ningún modo". Una cuestión interesante que dejo apuntada, y en cuyo fondo no entra la Sala, es cómo se evalúan (y no sólo en este caso concreto) los criterios de productividad y rendimiento, ya que la CGT alegó que la empresa no disponía de un sistema de evaluación, dato que no se encuentra negado, o al menos yo no he sabido encontrarlo, a lo largo de toda la sentencia.

F) Por último, y este supuesto sí es menos importante en el caso concreto analizado, la sentencia dedica el fundamento jurídico octavo a desestimar la tesis de las demandantes sobre la inexistencia de causas organizativas y productivas de tanta entidad como para justificar un procedimiento de despido colectivo que acabó afectando finalmente a 210 trabajadores. Habiendo quedado probadas las "pérdidas actuales" tanto en 2012 como en el período transcurrido de 2013, de tal forma que las dudas formuladas en las demandas sobre la pérdida de contratos que había alertado ya la empresa se han visto desvanecidas porque efectivamente sí se han suspendido los contratos, y las razones

empresariales existen y tiene enjundia suficiente como para justificar los despidos, en el bien entendido además que el acuerdo alcanzado contuvo medidas varias de flexibilidad tanto externas como internas. La Sala concluye con una tesis jurídicamente correcta y que creo que es, nuevamente, una llamada a los sindicatos que impugnen un ERE para que la impugnación se base en sólidos argumentos y no en su tesis de que hubiera podido lograrse un acuerdo “menos drástico o traumático”, recordando la Sala que cuando las partes no han ido en esta línea durante el desarrollo del período de consultas, si no presentaron propuestas alternativas, es obvio que la sentencia no puede entrar en esa alegación formulada a posteriori en la demanda, “so pena de sustituir a los negociadores y realizar un control de oportunidad que le está vedado, tal como explicamos en [SAN 4-4-13](#)”.

### **37. Sentencia de la AN de 11 de octubre de 2013.**

1. La [sentenciade la AN dictada el 11 de octubre](#), de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Bodas, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la Federación de Industria de Madrid de UGT y el comité de empresa contra Demolición Técnica SA y la Federación de Construcción y Madera de CC OO. En la demanda, presentada el 17 de junio, se solicitó la nulidad de expediente de regulación temporal de empleo presentado por la citada empresa por causas económicas, más concretamente disminución del nivel de ingresos, con afectación a todos los trabajadores, y subsidiariamente la declaración de no ser ajustado a derecho. El acto de juicio tuvo lugar el día 10 de octubre. Las cuestiones jurídicas suscitadas y sobre las que debió pronunciarse la Sala, según recoge en los antecedentes de hecho, fueron la posible composición irregular de la comisión negociadora, la falta de entrega de la documentación debida según la normativa vigente (art. 51 de la [LET](#) y [RD 1483/2012](#)) y la falta de buena fe por la parte empresarial durante la negociación, alegaciones todas ellas negadas por la empresa demandada. Por parte de la Federación de construcción y madera de CC OO se manifestó adhesión a la demanda. Ya adelanto que la sentencia estima la demanda y anula el ERTE promovido por la empresa.

2. De los hechos probados interesa destacar que la empresa ya había aplicado un ERTE de 180 días al personal de producción y 48 al de oficina un año antes, que tiene cuatro centros de trabajo, con existencia de comité de empresa en sólo uno de ellos, el de Madrid, en el que prestan sus servicios 134 trabajadores, teniendo presencia en dicho comité los sindicatos CC OO y UGT. La comunicación del ERTE se realizó por parte de la empresa a este comité el 30 de abril, con entrega de documentación y comunicación a la autoridad laboral el 7 de mayo, requiriendo esta última el 16 de mayo a la empresa para que aportara numerosa documentación relativa el ERTE (véase el hecho probado sexto) que no se había presentado con anterioridad.

El período de consultas se concretó en dos reuniones que finalizaron sin acuerdo, procediendo la empresa a comunicar a la autoridad laboral la suspensión de los contratos el día 24 de mayo, al mismo tiempo que le hacía entrega de parte de la información económica solicitada el día 16. Queda debida constancia en los hechos probados que la parte trabajadora estuvo representada por el comité de empresa del centro de trabajo de Madrid, “a quien acompañaron dos asesores de UGT y CCOO” (hecho probado séptimo), y que estaba subcontratando todas las obras que se realizaban fuera de Madrid, siendo buena parte de las mismas efectuadas con “Tecnología y

Reciclados, SL y Demoliciones y Reciclados, cuyos accionistas coinciden en su mayor parte con los de la empresa demandada”.

3. Pasemos al examen y análisis de los fundamentos de derecho. La primera cuestión a debate es la posible composición irregular de la comisión negociadora por haber participado únicamente representantes del centro de trabajo de Madrid, con alegación de las demandantes de que estos no representaban a los trabajadores de los tres restantes centros de trabajo y “a quienes no se dio la oportunidad de elegir representantes ad hoc”.

Para resolver el litigio en este punto, la Sala debe acudir a las reglas de representación recogidas en el art. 47 de la LET (en la redacción anterior a la reforma operada por el RDL 11/2013), así como también a las del art. 41, y también al art. 26.3 del RD 1483/2012. El criterio preferente es el de negociación con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, y en caso de inexistencia se prevé la posibilidad de elegir representantes ad hoc. La Sala desestima la alegación de las demandantes aunque reconoce que hubiera podido constituirse una comisión híbrida integrada por representantes legales ad hoc, tesis aceptada en sentencias anteriores de la Sala y que, además, ha sido expresamente reconocida en la reforma de los arts. 40, 41, 47 y 51 de la LET por el [art. 9 del RDL 11/2013](#). No obstante, opta por una interpretación formalista del precepto vigente en el momento en que se instó el litigio y lo justifica en el hecho de que sí existía una representación legal de los trabajadores en la empresa cual era el comité de un centro de trabajo.

La tesis de la Sala, muy forzada a mi entender por extrapolar la representación de un centro a todos los de la empresa, sin haberse manifestado los trabajadores de aquellos en los que no hay representación, va a ser reforzada por un acercamiento a cómo se desarrolló la tramitación del ERTE y cómo actuaron las partes durante el mismo, de tal manera que la Sala recuerda que el ERTE se negocia para toda la empresa y no para uno o varios centros de trabajo, y que los miembros del comité que instaron la demanda no vieron ningún problema en esa negociación, y tampoco los asesores de UGT y CC OO (recuérdese que la primera es parte demandante), “quienes no pusieron nunca en cuestión la legitimidad del comité de Madrid para negociar en nombre de todos los trabajadores...”, de tal manera, sigue argumentando la Sala que “dicha actitud pasiva por parte del comité y de sus asesores sindicales es relevante, a nuestro juicio, puesto que si no se consideraban representativos de sus compañeros, debieron hacerlo valer, lo que hubiera posibilitado, en su caso, la constitución de una comisión híbrida, compuesta por representantes legales y ad hoc...”.

Obsérvese pues que la Sala se acerca nuevamente a la realidad del conflicto y resuelve tanto en función de las posibilidades que ofrece el marco normativo como de las actuaciones de las partes durante la tramitación del ERTE, lo que incide nuevamente, y lo he destacado en reiteradas ocasiones a lo largo de las explicaciones de muchas sentencias sobre ERES que he realizado en el blog, en la importancia de la actuación y de las manifestaciones de las partes negociadoras durante un ERE, muy en especial de la parte trabajadora.

Descartada la tacha de nulidad por la indebida composición de la comisión negociadora, la Sala debe resolver la segunda petición, relativa a la falta de buena fe negocial vinculada a la falta de entrega a la representación de los trabajadores (y a la autoridad

laboral) de importante documentación económica para poder negociar durante el período de consultas de forma adecuada. La Sala repasa en primer lugar el marco normativo del período de consultas y cómo debe llevarse a cabo para que cumpla el objetivo perseguido de acuerdo a la normativa europea y estatal y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita ya de la [segunda sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 27 de mayo](#), en recursos de casación contra sentencias de TSJ en ERES, siendo básicamente la finalidad la de disponer de información en tiempo hábil sobre las causas alegadas y su adecuación a las medidas propuestas.

De los hechos probados se constata que la empresa no aportó información económica relevante durante el período de consultas ya que no se dispuso de la información, aducida en el acto del juicio como hecho determinante del ERTE, de la reducción de ingresos durante dos trimestres consecutivos, y que la información facilitada se limitó a tratar de justificar la “reducción sustancial de ingresos” durante el período de 1 de enero de 2010 a 31 de marzo de 2013”. Por todo ello, se hace evidente para la Sala, con acertado criterio a mi entender, que no se cumplió con la finalidad perseguida por el período de consultas, “que la negociación del período de consultas se realizó de tal manera, que hacía imposible que los representantes de los trabajadores dispusieran de la información pertinente, que les permitiera conocer cabalmente la situación de la empresa, como exige el art. 64 ET y admite la jurisprudencia...”.

### **38. Sentencia de la AN de 22 de octubre de 2013.**

1. La [sentenciadictada por la Sala de lo Social de la AN el 22 de octubre](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, resuelve el litigio suscitado con ocasión de la demanda interpuesta el 25 de julio en proceso de despido colectivo por la Federación de Industria de CC OO contra la empresa Arcón SA Construcciones, Obras MMbleda, una persona física, FOGASA y Ministerio del Interior. En la demanda, y con ratificación en el acto del juicio celebrado el 21 de octubre, la demandante pidió la nulidad del despido colectivo o subsidiariamente su improcedencia por no existir causa para el ERE, con condena solidaria de la primera empresa citada y del Ministerio del Interior. Ya adelanto que la sentencia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de los despidos.

2. El conflicto se inicia con la presentación de un ERE por parte de Arcón para 136 trabajadores, con alegación de causas económicas, entre los que se encontraban aquellos que realizaban su actividad en virtud de los contratos de mantenimiento de inmuebles suscritos previamente entre la empresa y el Ministerio. La notificación a los representantes de los trabajadores en los dos centros de trabajo que los tenían se produjo el 31 de mayo, al mismo tiempo que la comunicación dirigida a todos los trabajadores para que designaran, si así lo consideraban oportuno, representantes ad hoc para su representación en la comisión negociadora. Queda constancia en los hechos probados de la constitución de varias comisiones negociadoras en diversos centros de trabajo, con las que la dirección de la empresa mantuvo varias reuniones finalizando sin acuerdo, de tal manera que se comunicó a la autoridad laboral el 10 de julio la decisión de extinguir 80 contratos y de suspender 56 contratos desde el 8 de julio al 31 de diciembre.

La tesis de la nulidad del ERE se sustenta por la demandante en las irregularidades producidas en la composición de la comisión negociadora, así como también en la falta de entrega por parte de la empresa de la documentación a la que estaba legalmente

obligada, e igualmente por su falta de buena fe negocial en cuanto que “no realizó ofertas a los representantes de los trabajadores” durante el período de consultas.

En cuanto a la responsabilidad solidaria del Ministerio del Interior se fundamenta en la actuación, a juicio de la demandante, como auténtico empresario de los trabajadores, ya que “la Dirección General de Policía envió comunicaciones a los trabajadores, en pleno período de consultas, para que no acudieran a los centros de trabajo, actuando, por consiguiente, como auténtico empresario de los afectados, debiendo subrogarse en sus contratos de trabajo, por cuanto revirtió el servicio en la propia Dirección General de Policía, debiendo aplicarse el art. 44 ET , aunque no se hubiera producido la transmisión de bienes patrimoniales, porque la actividad de la empresa era intensiva en mano de obra”. Al respecto, consta en el hecho probados duodécimo que “El 26-06-2013 la División Económico Técnica de la Dirección General de la Policía se dirigió a todas las dependencias, donde prestaba servicios la empresa demandada, para notificarles que se había abierto un expediente sancionador contra la empresa citada por reiterados incumplimientos con la finalidad de suspender los contratos, como requisito previo a su extinción. - En la misma comunicación se advertía que no se dejara entrar a los trabajadores desde el 1-07-2013, porque esa era la fecha en la que la demandada pretendía extinguir sus contratos de trabajo. - Dicha medida se impuso efectivamente a todos los trabajadores de la empresa, quien se dirigió a la DGP, quien le manifestó las razones de su decisión en los términos ya expuestos”.

Arcón y el Ministerio se opusieron a la demanda en el acto del juicio, argumentando la primera previamente una excepción procesal, la incompetencia de jurisdicción, ya que la empresa se encontraba en situación de concurso de acreedores según Auto del 23 de julio del juzgado mercantil, y también la corrección jurídica de toda la tramitación del ERE, destacando que se había negociado en varios centros “porque así lo quisieron los representantes de los trabajadores”. Por parte del Ministerio, en aquello que ahora nos interesa para el comentario de la sentencia, la abogacía del Estado alegó incompetencia de jurisdicción por no ser aquel en modo alguno empleador de los trabajadores, condición de empleador que no se había planteado en la demanda y que, por consiguiente, habría provocado una alteración sustancial de la misma que no podía ser aceptada por la Sala, y negó igualmente que hubiera una reversión del servicio, ya que se adjudicó con posterioridad, y una vez finalizada la relación contractual con Arcón, a otra concesionaria.

3. Pasemos a los fundamentos de derecho, en donde la Sala ha de pronunciarse sobre las diversas alegaciones procesales y de fondo suscitadas por las partes. Con respecto a la incompetencia de jurisdicción por encontrarse la empresa en concurso de acreedores, la cuestión se centra en la importancia de la fecha del auto del juzgado mercantil y, en definitiva, si el despido colectivo se consumó o no con anterioridad a dicha declaración. La Sala reproduce gran parte de su anterior [sentenciade 26 de julio de 2012, objeto de atención por mi parte en un anterior comentariodel blog](#), y desestima la tesis de la demandada por quedar probado que los despidos se produjeron con anterioridad a la declaración del concurso.

Respecto a la responsabilidad solidaria que se predica del Ministerio del Interior, en cuanto posible empleador de los trabajadores despedidos, la Sala la examina con atención y de forma conjunta con la tesis de alteración sustancial de la demanda, trayendo a colación sobre dicha alteración su doctrina sentada en sentencia de 13 de

junio de este año, para concluir con la aceptación de la tesis de la abogacía del Estado, tanto por ser hecho nuevo no alegado en la demanda como por no haberse practicado prueba alguna de la teórica reversión. En relación con el escrito por el que se prohibía la entrada a los trabajadores de la empresa en las instalaciones de los centros en los que prestaban los servicios de mantenimiento, la Sala califica tal escrito, y no le falta razón a mi parecer, de “una decisión precipitada y torpe”, derivada en parte del inicio del expediente sancionador a la empresa, pero que en modo alguno la coloca en posición de empleadora de los trabajadores, ya que “la relación laboral se mantuvo con la empresa codemandada, quien tendrá que abonar los salarios hasta la fecha de extinción de los contratos, ya que concedió permiso retribuido a los trabajadores afectados por la decisión ministerial”.

Una vez resueltas las excepciones procesales alegadas, la Sala entra en el examen de las argumentaciones efectuadas por la parte demandante para defender la nulidad del ERE. De forma un tanto sorprendente desde el punto de vista formal, la Sala se pronuncia en primer lugar sobre la alegación de incumplimiento de las obligaciones formales por el empleador. Al haber quedado probado que no se presentó la documentación económica necesaria para el adecuado desarrollo del período de consultas, la Sala declara la nulidad de la decisión empresarial (recordemos que la normativa aplicable al respecto son los arts. 51.2 de la LET, art. 4.2 del RD 1483/2012, y art. 124.11 de la LRJS).

Es a continuación, y alterando los clásicos términos del debate jurídico sobre el examen en primer término de la validez de la composición de la comisión negociadora, cuando la Sala se manifiesta sobre la alegación de irregularidades en dicha comisión, recordando lo dispuesto sobre su composición en la normativa vigente, esto es el art. 51.2 de la LET, con remisión al art. 41.4, y el art. 26 del RD 1483/2012 (todos ellos, por razón del momento de la fecha de presentación de la demanda, en la redacción anterior a las modificaciones operadas por el RDL 11/2013). Tras repasar su propia doctrina, con cita expresa de [la sentencia de 21 de noviembre de 2012](#), recuerda que ya se había pronunciado negativamente sobre la constitución de comisiones negociadoras por centros de trabajo y no únicamente por empresa, por considerar esa posibilidad (contemplada en el RD 1483/2012) “ultra vires” con respecto a lo dispuesto en el art. 51 de la LET, y con una cierta, y comprensible, satisfacción, añade a continuación de este recordatorio que es “revelador que en el art. 9 RDL 11/2013, que modifica la composición de la comisión negociadora en los procedimientos, regulados en los arts. 40, 41, 47, 82.3 y 51 ET, se deje perfectamente claro que la negociación deberá hacerse globalmente y no centro por centro”.

No quiere la Sala dejar cabos sueltos en su análisis de la composición de la comisión, o más exactamente de las comisiones negociadoras, ya que en anteriores supuestos, con cita expresa de la [sentencia de 22 de abril de 2013](#), se admitió la formación de comisiones híbridas, integradas por representantes legales y por otros designados ad hoc para el ERE, siempre, eso sí, que se hubiera pactado, y que hubiera una ponderación adecuada del voto de cada miembro en función de la representación ostentada. Del examen del caso concreto enjuiciado se deduce claramente la inexistencia de los dos requisitos mencionados, ya que no se negoció tal composición con los representantes legales ni, tampoco, se fijaron los porcentajes de representatividad de cada uno de los sujetos integrantes, y además, y a mayor abundamiento para la defensa de la tesis de la no validez de tales comisiones, con propuestas diferentes en las diversas mesas negociadoras.

Por todo ello, y con buen y acertado criterio jurídico a mi parecer, la Sala concluye que “el período de consultas no se cumplió en los términos exigidos legalmente, por lo que procede declarar la nulidad del despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS”.

### **39. Sentencia de la AN de 28 de octubre de 2013.**

1. Paso a comentar los contenidos más destacados de la [sentencia dictada por la Sala delo Social el 28 de octubre](#), con ocasión de la demanda interpuesta el 2 de julio, en proceso de despido colectivo, por CSIF, COMFIA-CCOO y FES-UGT contra la [empresa Capgemini España SL](#) y el Ministerio Fiscal, en la que se solicitaba la nulidad de la decisión empresarial y, de manera subsidiaria, su consideración de no ajustada a derecho, y ya adelanto que la sentencia desestima la demanda.

2. En los antecedentes de hecho se recoge que el acto de juicio tuvo lugar el 24 de octubre y que las demandantes se ratificaron en los contenidos de la demanda. En síntesis, manifestaron que, con el ERE que dio origen al litigio, la empresa no había respetado sus compromisos de estabilización del empleo de los trabajadores de la plantilla después de los expedientes anteriores de extinción de contratos que habían tenido lugar con acuerdo; también, que el ERE promovido el 30 de mayo de este año y con propuesta inicial de afectación a 370 personas sólo se había ejecutado en un 50 %, circunstancia que para los demandantes ponía de manifiesto la mala fe negocial de la empresa, porque “partió de una posición maximalista para remedar la existencia de negociación”; igualmente, se alegó mala fe por haberse negado la empresa según los demandantes a aportar durante el período de consultas los contratos mercantiles suscritos con otras empresa, dado que al parecer de aquellas “era el único modo de comprobar si había o no sobredimensionamiento de la plantilla”; en fin, rechazaron la existencia de las causas económicas y organizativas alegadas por la empresa y manifestaron que los criterios de selección de los trabajadores afectados no se habían fijado de manera objetiva, manifestando, según se recoge en el hecho probado cuarto, que “es la empresa la que asigna y desasigna a los trabajadores a los proyectos concretos, tratándose, por otro lado, de una empresa, que subcontrata trabajadores de modo masivo y ha realizado contrataciones masivas de trabajadores en el momento inmediatamente anterior”. En un [comunicado conjuntode las secciones sindicales emitido el día 25 de octubre, tras el acto deljuicio](#), se recogen otras críticas adicionales a la actuación de la empresa, que son las siguientes: “Se ha ejecutado el despido de compañeros, para después volver a contratar los mismos perfiles. Las cifras demuestran claramente como la afectación disminuye a medida que aumenta la categoría de los afectados, es decir, el ERE es para los de siempre. La empresa ha reconocido pagar bonus porque se cumplen objetivos empresariales, pero a la vez también afirma que desde hace años tiene pérdidas millonarias que no puede sostener”.

La parte empresarial se opuso a la demanda, reconociendo que en efecto se habían adoptado medidas extintivas con anterioridad pero que el hecho de haberse adoptado con acuerdo de la parte trabajadora ponía claramente de manifiesto que en ningún caso se había producido fraude de ley o abuso de derecho por su parte, resaltando que esas medidas respondían a la necesidad de dar respuesta a la crisis de la empresa relacionada con la general que se daba en el sector en el que opera (“servicios de consultoría, de asistencia y servicios técnicos en el ámbito de la informática en general”, según hecho



probado segundo). Criticó la intransigencia de la parte trabajadora por no aceptar ninguna de las propuestas efectuadas por la empresa durante el período de consultas, algo que a su parecer llevó en efecto, pero por muy distintos motivos a los alegados por la representación sindical, a que no hubiera “negociación efectiva”, y que en sus planteamientos argumentó y probó con claridad la necesidad del ERE para ajustarse a las necesidades de un mercado “extraordinariamente móvil y competitivo”. Rechazó las quejas planteadas sobre irregularidades formales, consistentes según la parte trabajadora en la demora en la entrega de las actas, finalización del período sin agotamiento del plazo máximo, y en la falta de documentación a la que legalmente estaba obligada a presentar la empresa. Con respecto a la polémica, para la parte trabajadora, sobre la consulta o no de los contratos mercantiles, la empresa aceptó que no los había entregado tanto por su voluminoso número como (y este sería para mí el aspecto jurídicamente más relevante) por razones de confidencialidad, pero inmediatamente explicó que autorizó a los representantes laborales a examinarlos en los locales de la empresa y que de esta propuesta queda constancia en una de las actas de las reuniones, al mismo tiempo que manifestaba que los representantes no acudieron “jamás a comprobar dichos contratos”. Respecto a las causas económicas, expuso todos los datos que avalaban la decisión empresarial, tanto por la reducción de ingresos y ventas durante los cuatro trimestres de 2012 como por el incremento de los gastos de personal en un 5 % en el período anual de marzo de 2012 a marzo de 2013, llegando a ser en ese momento el 75 % de los gastos de la empresa, defendiendo la existencia de bonos abonados a los trabajadores que alcanzaban sus objetivos y resaltando al mismo tiempo que esta partida se había reducido sensiblemente con respecto a los años anteriores (siendo de un 60 %). Desde una perspectiva totalmente diferente a la expuesta por la parte trabajadora, manifestó el número de despedidos a fecha del acto de juicio era de 203 trabajadores, alrededor de un 5 % de la plantilla, mientras que la caída de la actividad de la empresa era de un 10 % en el primer trimestre de este año, y que el número de altas que se habían producido en la empresa, para atender nuevos servicios, siempre fueron inferiores a las bajas producidas en el período que va del 1 de enero de 2012 a 31 de marzo de 2013 (según se recoge en el hecho probado duodécimo, las bajas fueron 816 y las altas 586, manteniéndose la misma tendencia en los períodos posteriores hasta el mes de octubre).

Por último, respecto al polémico asunto de los criterios de selección de los trabajadores afectados (tan criticado por los trabajadores en el comunicado emitido por las secciones sindicales) explicó que había utilizado los criterios de “baja empleabilidad” (para 123 trabajadores) y “paro inminente” (para 122 trabajadores), y que estos datos se obtenían de forma totalmente objetiva ya que “La determinación de los afectados se ha realizado mediante la utilización de una herramienta informática llamada PON, que dispone de una aplicación llamada ARVE, que permite comprobar el tiempo de trabajo facturable, tratándose, por consiguiente, de un criterio totalmente objetivo”. En el hecho probado octavo se explica con mayor claridad en qué consiste la herramienta informática “PON” y la utilidad “ARVE”: la primera “registra todo el tiempo de trabajo de cada trabajador, sea facturable o no”, mientras que la segunda “permite identificar perfectamente los tiempos facturables por cada uno de los trabajadores de la empresa”.

En fin, por parte del Ministerio Fiscal se manifestó que “no se había alegado, ni intentado probar en el acto del juicio, el más mínimo indicio de vulneración de algún derecho fundamental” por parte de los demandantes.

3. Paso a los hechos probados, de los que interesa destacar, además de lo ya expuesto con anterioridad, en primer lugar que la empresa demandada pertenece al grupo Capgemini, que está presente en más de 35 países y ocupa a más de 125.000 empleados, y en España a 4.623. No obstante, los datos recogidos en la [web del grupo](#) ponen de manifiesto una mayor importancia, si cabe, ya que se indica que está presente en 44 países con más de 130.000 empleados (“Capgemini is one of the world's foremost providers of consulting, technology and outsourcing services. Present in 44 countries with more than 130,000 employees, the Capgemini Group helps its clients transform in order to improve their performance and competitive positioning”). Queda igualmente constancia de todos los expedientes de regulación de empleo extintivos presentados por la empresa desde 2002, todos ellos concluidos con acuerdo con la representación trabajadora, y que el ERE que motiva el litigio actual fue tramitado por la empresa, con la preceptiva comunicación a la autoridad administrativa laboral y a los representantes de los trabajadores, a partir del 26 de abril de este año, con una propuesta inicial de extinción de 370 contratos por causas económicas y organizativas, afectando a centros de trabajo de seis Comunidades Autónomas (por lo que debe conocer del mismo la autoridad administrativa laboral estatal, es decir la Dirección General de Empleo).

En el hecho probado sexto se recoge de forma bastante extensa el desarrollo del período de consultas debidamente documentado en las actas de las siete reuniones celebradas, y la finalización sin acuerdo. Finalmente, la empresa procedió a la extinción de un número inferior de contratos (231) sobre el inicialmente previsto (370), comunicándolo el 5 de junio tanto a la autoridad laboral como a la representación laboral.

4. ¿Qué interesa destacar de los fundamentos de derecho? Lo más importante de la sentencia es la doctrina que sienta en los fundamentos cuarto y quinto sobre la documentación que debe presentarse por la empresa para “permitir que el período de consultas alcance sus fines” y la obligación de esta de “informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin”. Por consiguiente, no bastará con acreditar la concurrencia de la causa, ya que en tal caso, y comparto el razonamiento de la Sala, perdería todo su sentido el art. 51.2 de la LET respecto a la documentación que debe aportar la empresa, “puesto que si solo tiene que acreditar la concurrencia de causa, las informaciones cuantitativas y cualitativas citadas serían irrelevantes, al igual que las finalidades del período de consultas, por cuanto la simple acreditación de la causa bastaría para que el empresario tome libremente la medida que estime oportuna”. Por otra parte, y aquí puede discutirse ciertamente la argumentación de la Sala, esta entra en razonamientos de orden económico y social para justificar la decisión de la empresa, argumentos que en ocasiones podrán tener fundamento pero que en otras ocasiones no los tendrían, ya que aquello que realmente importa a efectos jurídicos es cómo ha reaccionado la empresa, dentro de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico vigente, ante dificultades económicas que tienen, en buena parte de las ocasiones, consecuencias de alcance organizativo, productivo y/o técnico.

A) La sentencia se pronuncia en primer lugar sobre la alegación de fraude de ley y abuso de derecho en la actuación empresarial porque no respetó la estabilización de la plantilla tras los ERES anteriores y con los que había conseguido “la estabilización entre la demanda y su plantilla”. La Sala repasa la interpretación efectuada por la jurisprudencia del art. 6.4 del Código Civil (“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 hubiere tratado de eludir”), que pone de manifiesto la necesidad de que el acto cuestionado persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico o prohibido por el mismo, y que exista (según la jurisprudencia) una “conducta maliciosa” por parte de quien realiza la acción. A partir de estos presupuestos, la Sala rechaza, con “una respuesta rotundamente negativa”, que la actuación empresarial haya sido contraria a derecho, ya que los ERES extintivos anteriores se adoptaron con acuerdo de las partes y los demandantes “ni han probado, ni intentado probar, que dichos acuerdos se suscribieran en fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho, como no podría ser de otro modo, puesto que los suscribieron y no los impugnaron jamás”, y era esa parte la que asumía la carga de la prueba de acuerdo a lo dispuesto en el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es importante el hecho del reconocimiento del cambio de situación económica que puede llevar a que decisiones tomadas en su momento con la voluntad de estabilizar la plantilla no puedan mantenerse y de ahí la necesidad de un nuevo ERE, tesis que ya ha defendido la AN en [sentencia de 25de enero](#), en el bien entendido que deberá acreditarse debidamente la concurrencia de nuevas causas que justifiquen el nuevo ERE para que pueda aceptarse su validez.

B) Aborda a continuación la Sala las vicisitudes acaecidas durante el período de consultas y las quejas planteadas por las demandantes sobre presuntas irregularidades producidas durante su desarrollo. Es muy cuidado, a la par que muy didáctico a efectos de recordatorio de cuál es la normativa europea y estatal aplicable, así como los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, el estudio que efectúa la sentencia de la regulación normativa del período de consultas, desde la manifestación previa, ex art. 2.1 de la Directiva de 20 de julio de 1998, que “El despido colectivo no puede decidirse unilateralmente por el empresario, quien está obligado, cuando tenga la intención de efectuar un despido colectivo, a consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo”.

Me quedo de la sentencia, a efectos doctrinales, con el acogimiento de la [doctrina del TS, ensu sentencia de 27 de mayo de este año](#), de la obligación por parte empresarial de aportar por la empresa todos los documentos que permitan que el período de consultas alcance sus fines, tesis que comparto y que ahora reconvierte parcialmente la AN, o quizás sea mejor decir que reinterpretata, cuando afirma que en el caso de cuestionarse por la parte trabajadora, como ocurrió en el litigio enjuiciado, las cuentas de la empresa requeridas por el art, 4 del Real Decreto 1483/2012, “podrán reclamarse otros documentos, que permitan acreditar la falta de verosimilitud de las cuentas”. No obstante, y con regreso a los criterios ya defendidos en anteriores resoluciones, la Sala manifiesta que dicho objetivo “no se alcanza mediante una solicitud de documentación abrumadora e indiscriminada, sino que es preciso alegar en el período de consultas, por qué se solicitan otros documentos no contemplados por la ley o el reglamento, lo que obligará a la empresa, caso de considerar infundada la solicitud, a explicar las razones en las que se apoya”.

Frente a la tesis de las demandantes de un incumplimiento empresarial de entrega de documentación y de inamovilidad durante el período negocial, la Sala rechaza, con la misma rotundidad que en el caso anterior, esta tesis, ya que la empresa aportó toda la documentación requerida según queda fielmente recogido en las actas, y que respecto a

un dato aparentemente de mucha importancia para los demandantes, cuál era el acceso a los contratos mercantiles, nunca los consultaron aunque los puso a su disposición la empresa, ni tampoco se refirieron a los mismos durante todo el acto del juicio, datos todos suficientemente relevantes para que la Sala concluya con debe negarse que los demandantes “no dispusieran de la documentación pertinente para que el período de consultas alcanzase sus fines”.

En cuanto a la presunta inamovilidad negociadora por la parte empresarial, el rechazo de la Sala es también muy contundente en cuanto que, a partir de los datos recogidos en las actas, entiende que quien mantuvo una actitud muy poco negociadora fue la parte trabajadora, ya que la empresa formuló diversas propuestas y, además, fue reduciendo de forma gradual en la negociación el número de despidos por poder reasignar a los trabajadores. Dicho sea incidentalmente, sobre el mismo dato fáctico, la reducción del número de extinciones desde la propuesta inicial es vista de forma radicalmente distinta por la parte trabajadora y la Sala, ya que la primera entiende que se trata de una estrategia negociadora mientras que la Sala, que al fin y al cabo es la que resuelve el litigio, asume que esa actuación es adecuada por tratarse de un sector en el que “que existe una fortísima competitividad empresarial, que facilita la movilidad contractual, habiéndose anticipado por la empresa, que se despediría únicamente a los trabajadores desasignados o en trance de desasignación”.

La Sala rechaza igualmente la argumentación de las presuntas irregularidades sobre la finalización del período de consultas antes del plazo legalmente previsto (en el fundamento de derecho segundo se expone que “Se tiene por probada la versión empresarial del fin del período de consultas, porque la versión de los demandantes es sencillamente increíble, puesto que si ellos mismos admiten (hecho tercero de su demanda) que el 23-05-2013 se dio por finalizado el período de consultas SIN ACUERDO, se hace evidente que el supuesto abandono de la negociación de la empresa era imposible, porque el período de consultas había concluido sin acuerdo”), o la hipotética presión sobre los trabajadores por parte de la dirección, que no considera como tal la información por parte de esta a la plantilla sobre la marcha de las negociaciones y las consecuencias de la falta de acuerdo (supongo que la línea fronteriza entre “informar” de las consecuencias y “presionar” para que se alcance un acuerdo es algo más que borrosa en muchas ocasiones, pero ahora me he de ceñir a los hechos declarados probados en la sentencia y la fundamentación jurídica que acompaña a los mismos).

C) El fundamento jurídico quinto aborda la existencia de las causas que justifican la decisión empresarial y el necesario razonamiento de cómo impacta en el funcionamiento de la empresa, con una primera tesis que comparto, con algún matiz, y que versa sobre el mayor o menor grado de la “intensidad de la causa” según se trate de medidas de flexibilidad interna o externa, de tal manera que estas últimas deberán encontrar un adecuado equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 de la Constitución. Dónde se ponga el acento por los tribunales en esa búsqueda del adecuado equilibrio, y con el obligado respeto a la normativa internacional sobre la justificación de la causa que dé lugar a la extinción contractual (Convenio núm. 158 OIT) llevará a una mayor valoración de ese derecho, en los términos fijados por la doctrina del TC, o a dejarlo reducido a un complemento de las decisiones económicas adoptadas al amparo de esa libertad de empresa, algo que sin

duda ampliaría la situación de desigualdad del trabajador en el ámbito de la relación contractual.

En apoyo de su tesis, la Sala trae a colación los arts. 22 y 23 del [Real Decreto 1362/2012 de 27 de diciembre](#), para argumentar que si la [Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos](#), o en su caso los árbitros designados para resolver sobre la petición de inaplicación de un convenio colectivo, deben comprobar en primer lugar si concurre la causa, y a continuación valorar la adecuación de la pretensión de la inaplicación en relación con aquella y sus efectos sobre los trabajadores afectados, con mayor razón en un supuesto de flexibilidad externa, de despido colectivo, “deberá probarse que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas, entendiéndose por adecuación la acomodación al fin propuesto, consistente en promocionar la adaptabilidad de las empresas, que no se produciría si los contratos han perdido toda su utilidad económica”. Esta tesis, trasladada al caso concreto, es la que lleva a la Sala a entender existentes las causas alegadas por la parte empresarial, una situación que califica de “excepcionalmente negativa” y que ha podido irse solventando “por el masivo apoyo financiero del grupo al que pertenece”. En el argumentario económico-social al que ya me he referido, la Sala manifiesta que unos gastos de personal del 77,9 % de los gastos totales de la empresa demuestran “la concurrencia de un exceso de plantilla, que no se ha equilibrado lamentablemente, a pesar de los despidos colectivos producidos con anterioridad, por lo que estimamos también que la empresa ha acreditado la causa organizativa, por cuanto se trata de una empresa sobredimensionada”.

En fin, respecto a los criterios de selección y su mayor o menor objetividad la Sala acepta el razonamiento de la empresa por haber quedado acreditado que eran objetivos, sin entrar en mayores argumentaciones, algo que ha merecido la crítica sindical por considerar que este era un punto del conflicto de especial relevancia, que sin duda lo será pero que no deja de ser problemático por lo que respecta a su alegación y prueba ante los tribunales por tratarse de cuestiones en la mayor parte de las ocasiones muy técnicas y que conocen muy bien ambas partes pero mucho menos los jueces.

En definitiva, la Sala desestima la demanda, sin perjuicio de recordar que aquellos trabajadores que consideran que fueron seleccionados indebidamente puedan hacer uso del ejercicio de las correspondientes acciones individuales ante los juzgados de lo social.

#### **40. Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 2013.**

1. La [sentencia dictada por la AN el 14 de noviembre](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> del Carmen Prieto, resuelve un conflicto suscitado con ocasión de la demanda interpuesta por los sindicatos Corriente Sindical de Izquierdas (CSI) y el Sindicato de Trabajadores del Crédito (STC-CIC) contra Liberbank SA, Banco de Castilla-La Mancha SA, COMFIA-CC.OO, FES-UGT, Confederación de sindicatos independientes de Cajas de Ahorros, CSIF, APECASYC y Ministerio Fiscal.

La demanda se interpone en proceso de impugnación de convenio colectivo, con alegación de vulneración del derecho de libertad sindical en relación con el derecho a la negociación colectiva que al parecer de los demandantes habría sido lesionado. La sentencia estima la demanda, y por ello “a reponer a los trabajadores en las condiciones

anteriores a la aplicación de las medidas”, así como a una condena de todos los demandados “a abonar a cada uno de los sindicatos actores la cantidad de 600 euros en concepto de daños morales, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda”, habiendo ya anunciado la empresa su decisión de interponer recurso de casación.

Es importante reseñar que tanto UGT y CC OO por una parte, como CSI por otra, solicitaron aclaración del fallo (escritos de 21 y 22 de noviembre, respectivamente), las primeras para que se las excluyera expresamente “de la condena de reponer a los trabajadores en las condiciones anteriores a la aplicación de las medidas” y por la CSI para que se aclarara cómo debía aplicarse el fallo. En [Auto dictado el día 25](#), la Sala acepta la petición de los sindicatos mayoritarios y mantiene la condena de reponer a los trabajadores en las condiciones anteriores pero añadiendo que “la ejecución material... compete únicamente a las empresas condenadas”. Por el contrario, no acepta la petición de aclaración de CSI porque el petitum de la demanda era la declaración de nulidad, y nada más, del acuerdo de 25 de junio, “y el fallo no puede ir más allá de la pretensión resuelta en la sentencia”, destacando que el hecho de que las medidas se mencionen en la fundamentación jurídica de la sentencia debe considerarse “como un simple obiter dicta, sin que dichas menciones tengan cabida en el fallo”.

2. La sentencia encuentra su punto de origen en la decisión empresarial el 16 de octubre de 2012 de proceder a diversas modificaciones, e inaplicación, de algunos de los contenidos del convenio vigente al amparo de las posibilidades legales existentes (arts. 41 y 82.3 de la [LET](#), así como el art. 47), iniciando para ello el preceptivo período de consultas con las secciones sindicales de los sindicatos ya referenciados. Parece que desde la adopción de la decisión empresarial hasta el inicio de dicho período hubo varias reuniones previas o informales, según consta en hechos probados, hasta llegar a la convocatoria formal e inicio del período de consultas el 23 de abril, integrada la parte trabajadora por 16 miembros en proporción a la representatividad de cada sección sindical.

La empresa alegó razones económicas para fundamentar sus propuestas iniciales de reducción de jornadas y suspensión de contratos de 1 de junio de 2013 a 31 de mayo de 2017, con indicación de los criterios a utilizar para seleccionar a los trabajadores afectados (que la sentencia considera, hecho probado cuarto, que se presentaron “de manera genérica y poco desarrollada”). Tras diversas reuniones, finalizó el período de consultas sin acuerdo, quedando constancia en los hechos probados de diversas propuestas y contrapropuestas realizadas durante el período de consultas por cada una de las partes negociadoras.

Es interesante destacar, pues, que la consulta versa tanto sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 LET) como sobre posible inaplicación de convenio (art. 82.3) y suspensiones contractuales y reducciones de jornadas (art. 47), si bien el último apartado del hecho probado sexto destaca, y lo resalto por su importancia, que en realidad el debate se centró sobre la aplicación de las medidas del art. 47 LET; por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “Aunque en el acta de la reunión celebrada el día 23 de abril de 2013 por la que se inicia el “período de consultas”, ambas partes acuerdan la negociación conjunta tanto del expediente de regulación de empleo como de la modificación sustancial de condiciones de trabajo ( artículo 41 del EETT) así como de la inaplicación de Convenio Colectivo (artículo 82.3 del EETT), la lectura del contenido de las actas de las reuniones celebradas dentro del período oficial de

consultas acredita que se abordan de manera muy superficial algunas modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (reducción salarial y aportación al plan de pensiones) y nada en relación con la inaplicación del convenio colectivo, versando las negociaciones únicamente en la forma de aplicar las medidas suspensivas y de reducción así como del número de trabajadores afectados”.

Una vez finalizado el período de consultas la dirección de la empresa comunicó a la autoridad laboral su decisión, tras dar respuesta a diversas peticiones formuladas por esta con anterioridad; en concreto, dicha comunicación tiene fecha de 27 de mayo, y con posterioridad el 16 de junio se notificaron las medidas a la comisión negociadora y de forma gradual a los trabajadores afectados por ellas.

3. Al amparo de lo dispuesto en los arts. 63 y 153 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, se presentaron dos solicitudes de mediación ante el [Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje \(SIMA\)](#), una por parte de CC OO y UGT, y la segunda por las restantes organizaciones sindicales, todas ellas acumuladas a efectos de celebración de un único acto fijado para el 25 de junio. De especial importancia para la resolución del conflicto es el contenido del hecho probado décimo tercero, en el que se recoge que hubo una reunión entre las empresa demandadas y los dos sindicatos mayoritarios, que ostentaban la representación del 64,93 % de las plantillas y la adopción de un acuerdo “en la madrugada del día 25-06-2013” que afectaba a todas las medidas debatidas, con mayor o menor intensidad, en el período de consultas, “a la que añadieron medidas de movilidad geográfica”. Me parece también relevante el dato, recogido en el mismo hecho probado, de que las dos centrales sindicales “se apresuraron a informar sobre la consecución del acuerdo, que se publicó en la prensa digital antes de iniciarse el proceso de mediación”.

He repasado las informaciones del día 25 de junio, y en efecto hay un [comunicado conjunto de UGT y CC.OO](#) en el que se da cuenta del citado acuerdo, y en su explicación hay esta referencia a las medidas de movilidad geográfica: “Mantenimiento del 75% del importe de las compensaciones económicas de movilidad geográfica del acuerdo del anterior ERE cuando el traslado lo sea a un centro cuya distancia desde el centro de origen no supere los 50 kilómetros. Ampliando de 25 a 50 kms facilitamos la reubicación en ese radio de los excedentes por cierre de oficinas, que de otra forma se verían afectados por traslados a mayor distancia”. Ese día, pocas horas después, se celebró el acto formal de mediación, en el que la empresa propuso este nuevo texto y lógicamente las representaciones de CC OO y UGT manifestaron su acuerdo, mientras que los restantes sindicatos se opusieron al mismo, comunicándose el acuerdo a la autoridad laboral y a la comisión negociadora. En esta compleja vida jurídica del conflicto ahora analizada cabe añadir, según consta en el hecho probado décimo séptimo, que la Dirección General de Empleo remitió escrito el 15 de julio a la parte empresarial, respondido por esta cuatro días más tarde, “en el que pone en cuestión la legalidad de la decisión empresarial”.

Obsérvese, pues, para finalizar esta explicación del contenido más relevante de los hechos probados, que existía una oposición al acuerdo por una parte, minoritaria, de las organizaciones sindicales, que más adelante se canalizaría vía la demanda interpuesta ante la AN, y una manifestación por escrito de la autoridad laboral en la que plantea sus dudas sobre la legalidad del acuerdo por haberse incorporado en el acuerdo definitivo

algunas medidas de movilidad geográfica que no habían sido planteadas en el seno de la comisión negociadora durante el período de consultas.

#### 4. Pasamos ya a los fundamentos de derecho.

A) Es sin duda importante la manifestación de la Sala, que comparto, de encontrarnos, y así se deduce del suplico de la demanda, ante una impugnación que no versa sobre las medidas adoptadas por la empresa tras la finalización el mes de mayo del período de consultas sin acuerdo, sino de la impugnación de las medidas acordadas en la mediación ante el SIMA del 25 de junio.

B) En el debate jurídico sobre si ya había finalizado o no el periodo de consultas, entiende la Sala, a diferencia del criterio de la Administración, que el marco jurídico compuesto por la LRJS y el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales posibilita que el acuerdo que se alcance en mediación tenga el mismo valor jurídico que el suscrito durante un período de consultas previsto en los arts. 40,41,44.9, 47 y 82.3 de la LET, por lo que la mediación constituye una nueva posibilidad para cerrar negociadamente un acuerdo que en el período de consultas propiamente dicho no se alcanzó, y ello es posible siempre que se cumplan los requisitos previstos en la citada normativa, algo que así ha sido “por cuanto se ha probado, al tratarse de un hecho pacífico, que CCOO y UGT acreditan el 64, 93% de la representatividad en las dos mercantiles codemandadas y se ha probado que alcanzaron acuerdo con las empresas codemandadas en el acto de mediación realizado ante el SIMA el 25-06-2013”.

C) Para dar respuesta a la tesis de vulneración del derecho a la negociación colectiva, en relación con el de libertad sindical, de los demandantes, la Sala pasa revista en primer lugar al examen que ha efectuado el Tribunal Constitucional del anterior art. 179.2 de la ley de procedimiento laboral, actual art. 181.2 de la [LRJS](#), sobre acreditación de indicios de vulneración de derechos fundamentales y traslación en su caso de la carga de la prueba a la parte demandada, con una amplia referencia a la [sentencia 125/2008](#).

A continuación, se refiere a la vinculación entre el período de consultas y la negociación colectiva, considerando el primero “una manifestación propia de esta”, y supongo que formula esta tesis general referida al caso concreto ahora analizado y en el que se planteó inicialmente, al menos como hipótesis de trabajo, la inaplicación de una parte del convenio colectivo vigente. La vinculación del período de consultas con la negociación colectiva implica necesariamente, esta es mi tesis, que este se convierte en uno de negociación, superando los peldaños de los derechos de información y consulta reconocidos a los representantes de los trabajadores (unitarios o sindicales) en varios preceptos de la LET. A partir de ahí, las reglas sobre buen fe comercial deben aplicarse evidentemente a todo el período de consultas (sea en este caso durante el inicial, o su continuación en fase de mediación en el SIMA), por lo que las partes deben disponer de toda la información necesaria para que sea una negociación útil y que permita un debate con propuestas por cada una de las partes.

En apoyo de la tesis de la sentencia, recogida en el fallo, de vulneración de derechos de los demandantes, concretada en la inexistencia de negociación real en la fase de mediación, y la diferencia entre aquello que es negociar y lo que significa únicamente aprobar, la Sala se remite ampliamente a su doctrina sentada en la sentencia del pasado 30 de septiembre y los problemas suscitados en la misma por la existencia de una



comisión paritaria que negociaba y un comité intercentros que debía posteriormente aprobar, a efectos jurídicos, los acuerdos alcanzados.

La aplicación de esta doctrina diferenciadora entre la negociación y el trámite de aprobación llevará a la Sala a entender acreditada la tesis de las demandantes y la consiguiente vulneración del derecho de libertad sindical, en cuanto que el “preacuerdo” se alcanzó fuera de la mediación propiamente dicha e incluso se difundió con anterioridad al acto formal de encuentro entre todas las partes para tratar de llegar a un acuerdo, sirviendo de apoyo de la tesis de la sentencia que no consta en el acta del SIMA ningún dato del que se desprenda que existiera una mínima negociación durante el trámite mediador, que se centró única y exclusivamente en la aceptación o no de la propuesta empresarial por las organizaciones sindicales, con los resultados ya conocidos.

No desconoce la Sala, y en efecto la vida laboral real va por ese camino en numerosas negociaciones entre agentes sociales, que las reuniones informales son la vía para lograr equilibrios negociales que después se trasladan formalmente a las mesas negociadoras, pero parece que los sujetos negociadores hubieran debido ser mucho más prudentes (al menos formalmente) hasta el final de la mediación, e incluso haber aparentado una negociación durante ese trámite; o dicho de otra forma, la Sala reprocha, y algo de razón no le falta aunque aquí acuda a una tesis formalista que no está aplicando en otras reglas del período de consultas (ej.: duración máxima), que no hubiera una mínima escenificación negociadora. Lo que ocurrió, siempre según la Sala es que sólo hubo una “escenificación formal” que no puede subsanar la vulneración de una negociación real, “porque allí no hubo negociación alguna, por cuanto las secciones excluidas de la negociación previa solo tenían dos opciones: asumirla u oponerse a la misma”.

La falta de cumplimiento de este requisito de negociación, unido al de la falta de información para negociar en tiempo y forma útiles sobre una cuestión, la movilidad geográfica, que no había sido planteada por la empresa en el período de consultas acaecido antes del trámite mediador, llevará a la Sala a estimar la demanda, si bien añade otra argumentación que no me acaba de convencer desde un punto de vista formal, en cuanto que critica que las demandadas no facilitaran en el proceso de consultas propiamente dicho las cuentas provisionales de 2013 firmadas por los administradores, obligación que entiende existente al amparo de los arts. 4 y 18 del [RD 1483/2012](#) y art. 20 del [RD 1362/2012](#). Y digo que me suscita dudas el planteamiento judicial no porque sea discutible la obligación de presentar las cuentas, sino porque esta obligación se refiere a un período de consultas y a unos contenidos del mismo sobre los que la Sala, con apoyo en el suplico de la demanda, ha entendido en el fundamento jurídico primero que no eran objeto de enjuiciamiento en el caso ahora analizado. Quede constancia, aunque no afecte a mi parecer al fondo de la resolución judicial, de esta discrepancia con la tesis de la Sala.

E) Por último, la Sala ha de pronunciarse sobre una indemnización por daños morales solicitada por las demandantes. Se realiza un repaso a la jurisprudencia del TS en la materia con apoyo en la sentencia de 15 de abril de 2013, poniendo el acento en la obligación de precisar qué daño moral se producido y cuantificar el coste económico que ese perjuicio le ha provocado, siendo así que no se han aportado los datos de los que pudiera inferirse ese daño y su posible cuantificación.

A partir de ahí, a mi parecer hubiera sido lógico que la Sala desestimara la petición, pero muy sorprendentemente, y lo digo porque el Tribunal ha reconocido con anterioridad que los afectados “no nos precisan mínimamente en qué modo y manera han sufrido los daños morales...”, fijan una indemnización de 600 euros a abonar por parte de Liberbank, CC OO y UGT a cada uno de los sindicatos demandantes, cuantía que consideran adecuada (y que no hubiera debido imponerse a mi parecer si se hubiera aplicado la doctrina del TS) en atención a la gravedad de la situación económica en la que se encuentran las empresas, y “sobre todo porque la estimación de las pretensiones principales de la demanda resarcirán sobradamente a los demandantes de los perjuicios causados, puesto que repondrán a los trabajadores en las mismas condiciones anteriores a la vulneración del derecho fundamental reiterado”.

#### **41. Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 2013.**

1. La [sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictada el 18 de noviembre](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la [Confederación General del Trabajo \(CGT\)](#), contra tres empresas (Ericsson España SA, Ericsson Network Services SLU, y Optimi Spain SLU) y los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora pertenecientes a [UGT](#), [STC](#) y [CC OO](#), en la que solicitaba la nulidad de la decisión empresarial de extinguir 137 contratos de trabajo, y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho. La parte demandante alegó vicios sustanciales en la composición de la comisión negociadora (no estar presentes los representantes de una de la empresas, y confusión entre representantes unitarios y miembros designados ad hoc), el incumplimiento de un compromiso adquirido durante el período de consultas de llevar a cabo extinciones voluntarias, y negó la existencias de causas económicas, productivas u organizativas, por cuanto la situación de las citadas empresas es buena, “tanto que todas ellas repartieron dividendos”.

Estos argumentos fueron rechazados por las representaciones empresariales, poniendo de manifiesto su actitud constructiva durante la negociación por parte de los representantes de las dos primeras, plasmada en la reducción del número de afectados por los despidos desde la propuesta inicial de 240 hasta la definitiva de 137, enfatizando que 80 de estos fueron voluntarios. En cuanto a la no presencia de la tercera empresa en el ERE, Optimi, se argumentó que es una empresa pequeña con beneficios y que no había voluntad de extinguir contratos de su plantilla, “aunque se entregó la documentación económica de la misma para asegurar la *limpieza* del procedimiento”. Sobre la no presencia de los representantes de esta empresa en la comisión negociadora, siendo así que estamos en presencia de un grupo de empresas a efectos laborales, expresamente reconocido por las codemandadas, éstas argumentaron, y cito textualmente el antecedente de hecho cuarto, que “que dicha circunstancia no tenía por objeto ningún fraude, sino una organización del trabajo más eficiente, que no había minorado nunca los derechos de los trabajadores. Por ello, los representantes de los trabajadores de OPTIMI no fueron convocados al período de consultas, por cuanto sus representados no estaban afectados por la medida, lo que se informó desde el principio a los representantes de los trabajadores de EE y ENI, quienes aceptaron pacíficamente la composición de la comisión negociadora”.

Respecto a las causas aducidas para presentar el expediente, las demandadas no negaron que hubieran sido “formalmente positivos” desde el punto de vista económico, pero argumentaron que en realidad no lo habían sido, ya que se debían “a los denominados contratos de compensación, que suponen una reducción de precios por parte de la matriz respecto a los operados inicialmente, si los clientes imponen unos precios incompatibles con los precios entre matriz y filiales”, de tal manera que si no se hubieran producido dichas compensaciones, “las pérdidas de las empresas hubieran alcanzado 468 MM euros en el período 2009-2012”. Pusieron de manifiesto los resultados negativos durante el primer cuatrimestre de este año y las perspectivas negativas de futuro ante la pérdida de dos importantes contratos, derivándose de ahí un exceso de capacidad productiva, acompañada de unos costes de personal elevados y por encima de la media del sector. Por último, destacaron que el acuerdo se adoptó con el voto favorable del 87 % de los representantes de los trabajadores.

Justamente estos últimos, representados por las organizaciones sindicales a las que pertenecen, se opusieron a la demanda y subrayaron que el acuerdo se adoptó después de ser refrendado por las asambleas de trabajadores, algo también en lo que estaba de acuerdo la parte ahora demandante y que también había suscrito el preacuerdo, negándose “de forma injustificada” a firmar el acuerdo.

2. De los hechos probados interesa dejar constancia en primer lugar de la constatación y reconocimiento de que las tres empresas demandadas son un grupo a efectos laborales, el grupo Ericsson, “que consolida sus cuentas con la matriz sueca”. Sobre la composición de la comisión negociadora, fueron un total de 89 representantes legales más otros 6 designados ad hoc en centros de trabajo que carecían de aquellos, e incluso en algún caso “un representante legal de los trabajadores de un centro fue nombrado representante ad hoc de otro centro”.

El inicio del período de consultas se produjo el 20 de mayo, el mismo día que el grupo había comunicado su decisión a la autoridad administrativa estatal (estaban afectados centros de trabajo de varias provincias) y a los representantes de dos empresas (insisto, una de ellas, Optimi, queda fuera del ERE), y en la primera reunión la empresa propone formar una comisión integrada sólo por 15 miembros de la parte trabajadora para que sean más ágiles las reuniones, “mesa que finalmente no se forma al oponerse CGT y STC” (hecho probado sexto).

Hay una sucinta explicación de lo debatido en cada reunión hasta llegar al preacuerdo alcanzado en la novena reunión el día 18 de junio, que es suscrito por todas las organizaciones sindicales, sometido el mismo día a votación en asambleas de los trabajadores afectados, “quienes apoyan mayoritariamente lo convenido”, siendo firmado el acuerdo el día 24 de junio, “que es esencialmente idéntico al contenido del preacuerdo”, aún cuando CGT no lo hiciera finalmente, dejando constancia el hecho probado noveno de los contenidos más relevantes del mismo y el décimo de los criterios de selección afectados, en el que se coloca primero el de “adscripciones voluntarias”, al que siguen otros de carácter organizativo empresarial. La decisión empresarial, como ya he dicho, afectó a 137 trabajadores, 87 de ellos adscritos voluntariamente, y de estos 21 no prestaban servicios en centros afectados por el ERE.

El hecho probado decimotercero recoge los resultados económicos de Ericsson España y de Optimi Spain, y constata, en la línea de la argumentación empresarial de oposición

a la demanda, que “El Grupo ERICSSON adquiere sus productos de su matriz a precio de mercado, con el que presupuesta los contratos a sus clientes. - Debido a la ralentización de la inversión y la contención del gasto por parte de los operadores, se ha activado una fuerte competitividad entre las empresas del sector, que ha causado una reducción geométrica de los precios, lo que ha afectado frontalmente al [GRUPO ERICSSON](#), quien se ha visto obligado a reducir precios para poder conseguir nuevas contrataciones. - Dicha reducción de precios se subvenciona por la matriz, mediante los denominados "contratos de compensación", que ajustan los precios originarios a los que se adaptaban a la facturación efectiva y que han supuesto una sobreprima a EE y ENI de 106 MM euros (2010); 189 MM euros (2011) y 260 MM euros (2012). - Pese a ello, en el período 2009-2012 las ventas del Grupo ERICSSON se han reducido un 40%”.

Por último, en los hechos probados se recogen las diversas medidas adoptadas por el grupo antes del ERE y que habían ya significado una reducción de costes de 12 millones de euros, y que los salarios de los trabajadores “están en la banda más alta del sector”.

### 3. Pasamos a los fundamentos de derecho.

A) En primer lugar, se aborda la correcta composición, o no, de la comisión negociadora, ya que de no ser conforme a derecho se debería declarar la nulidad de la decisión empresarial. La Sala repasa tanto el marco normativo vigente en la fecha del inicio de las actuaciones, el 20 de mayo, así como también su propia doctrina y la de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la cuestión litigiosa, recordando que “la Sala ha admitido en múltiples sentencias la constitución de comisiones híbridas, compuestas por representantes legales de los trabajadores y representantes ad hoc, siempre que se pactará así y se asegurara la ponderación del voto en función de la representatividad de cada componente de la comisión negociadora”, que “en la comisión negociadora de los grupos de empresa mercantiles solo deben participar los representantes de los trabajadores de la empresa afectada por el despido colectivo”, y que cuando se trate de un grupo de empresas a efectos laborales “los representantes de los trabajadores deben ser los representantes de todas las empresas del grupo, por cuanto el empresario real es el grupo en su conjunto y no cada una de las empresas del grupo”. Consecuencia lógica de esta tesis sobre los grupos laborales es que en el caso ahora analizado, y al tratarse de un grupo laboral expresamente reconocido por las demandadas, deberían formar parte de la comisión negociadora “todos los representantes de los trabajadores del grupo en su conjunto”, siendo así que no participaron los de la empresa Optimi Spain.

Por consiguiente estamos en presencia de una aparente infracción del marco normativo vigente, con independencia – tesis alegada por las demandadas y rechazada por la sentencia – de que la participación de tales representantes no hubiera afectado a la decisión finalmente adoptada. Pero, el término “aparente” cobra significado cuando la Sala no considera que exista infracción y pone el acento, o tesis antiformalista en extremo, en la necesidad de que se haya denunciado en el momento oportuno (inicio de las negociaciones) las irregularidades o defectos en la composición de la comisión negociadora. Está por ver hasta dónde puede llegar el antiformalismo en el rechazo de una tesis que alega incumplimiento de un precepto legal, pero desde luego este es uno de los casos más extremos que recuerdo de la doctrina de la AN, que pone el acento, reforzando si cabe mucho más su argumentación de sentencias anteriores (4 y [9 de octubre](#)), en el cumplimiento del deber de buena fe comercial por parte de ambas partes, algo que reprocha que no hiciera la parte demandante. Ciertamente en apoyo de su tesis

cuenta además con argumentos como la aceptación del preacuerdo por más del 87 % de los representantes de los trabajadores y que se aportó la documentación de la empresa codemandada cuyos representantes no participaron en la comisión negociadora. Mucho menos sólido me parece el argumento de que “no se ha probado que los representantes de Optimi quisieran incorporarse en algún momento a la negociación”, ya que me parece que el cumplimiento de una norma no puede dejarse a la libre disponibilidad de las partes (aceptemos que en este caso, y ciertamente parece que fue así, la decisión de los trabajadores de Optimi de no participar en el proceso negociador fue voluntaria, pero ¿realmente siempre sería así en todas las empresas y centros de trabajo? Permítanme que tenga y manifieste fundadas dudas de ello).

B) Es objeto de atención, en segundo término, no ya la falta de representantes de una empresa demandada en la comisión, sino las irregularidades aducidas por la demandante en su composición. La existencia, debidamente probada, de protocolos que permiten a los representantes de un centro trasladados a otros mantener su condición representativa en el centro de origen mientras no se celebran nuevas elecciones va a ser un dato fundamental para rechazar la alegación de la demanda así como también que el marco normativo (art. 26.3 [RD 1483/2012](#)) permita a los trabajadores sin representantes delegar su representación en otros representantes de otros centros de trabajo. La Sala sigue reforzando y enfatizando la importancia de que las partes respeten la buena fe negocial, de tal forma que el hecho de no haberse formulado reproche alguno a tales presuntas irregularidades ni en el período previo al de consultas, ni durante este mismo, es merecedor de crítica jurídica, ya que para la sala el esperar a reclamar en el acto del juicio por parte de la CGT “vulnera su deber de buena fe en la negociación del período de consultas”.

C) Sin duda, o al menos así lo creo, la parte más destacada, y más polémica, de la sentencia es la relativa a la aceptación de las causas argumentadas por la empresa, y no tanto por su aceptación en sí sino por los argumentos que la Sala utiliza para llegar a su decisión.

¿Por qué digo que es relevante, importante y polémica la sentencia? En primer lugar la Sala analiza la redacción del art. 51.1 de la [LET](#) y los conceptos de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, subrayando que los ejemplos recogidos en tal precepto para cada causa no son un numerus clausus porque la expresión “en casos tales” permite defender que existan otros, tesis que no creo que suscite muchas dudas, pero sí las plantea, y mucho, la tajante afirmación de que la dicción del precepto posibilita que una empresa pueda presentar un ERE cuando “concurra una situación económica negativa, aun cuando no tenga pérdidas actualizadas, ni prevea pérdidas futuras, ni acredite una disminución persistente en su nivel de ingresos y ventas”. Para apoyar su tesis, argumenta que en caso de no darse ninguno de estos supuestos, expresamente admitidos por la Sala, la empresa deberá acreditar “por qué se encuentra en situación económica negativa, así como la adecuación entre la causa y la medida tomada, como recuerda la jurisprudencia, por todas STS 20-09-2013, rec. 11/2013”. Hasta donde mi conocimiento alcanza es la primera vez que la AN, y creo que aún no hay pronunciamientos en el mismo sentido de los TSJ, acoge la tesis de la [polémica sentencia del TS](#) (con un importante voto particular contrario a la tesis de la mayoría) que pone el acento en la tesis de la “idoneidad de la gestión empresarial” como elemento determinante para aceptar la validez de un ERE, acogiendo los objetivos

de la reforma laboral de 2012 y haciendo expresa referencia en apoyo de esta tesis al preámbulo del RDL 3/2012.

En la argumentación de la Sala se recoge que las codemandadas tuvieron, tal como reza el titular del diario citado, beneficios, más exactamente “resultados positivos” durante los ejercicios de 2011 y 2012, aunque inmediatamente los califica de “artificiosos” utilizando los mismos argumentos de la parte empresarial aceptados en hechos probados y a los que ahora me remito sobre los denominados “contratos de compensación”, en definitiva aceptando que estrategias empresariales, en las que participa la matriz extranjera, pueden dar validez a una decisión empresarial cuando, repito, formalmente no haya pérdida. La Sala acoge sustancialmente la tesis empresarial y ello se refleja perfectamente en este fragmento de un párrafo del fundamento de derecho quinto: “Se trata, en suma, de operaciones entre matriz y empresas del grupo, que sobre priman a las segundas con la finalidad de promocionar su actividad en situaciones económicas depresivas, una vez constatado que el mercado no responde a los precios originarios y que provocará lógicamente un incremento del pasivo de la matriz, cuya ilicitud no se ha acreditado y revelan objetivamente la concurrencia de una situación económica negativa del Grupo ERICSSON en España, que habría supuesto fuertes pérdidas en los ejercicios 2009-2012 inclusive”.

Y ahora la Sala añade un nuevo argumento que no recuerdo que haya utilizado en sentencias anteriores y que parece, implícitamente, descargar sobre los trabajadores y sus representantes parte de la responsabilidad de la decisión empresarial de presentar un ERE, cual es el de que al ser las retribuciones salariales superiores a la media del sector “debemos concluir que la reducción de su plantilla constituía una medida organizativa inaplazable, puesto que es impensable que una empresa con una capacidad productiva muy superior a la demanda de sus servicios por el mercado, que retribuye, además, a sus trabajadores por encima de los estándares del mercado, pueda sobrevivir razonablemente”. Me pregunto si le corresponde a la Sala hacer un análisis de qué representan los costes salariales de una empresa, y si de seguir por esta camino todos los ERES que se presenten en empresas cuyos salarios sean superiores (¿en qué porcentaje?) a la media del sector van a tener un “plus” positivo de cara a su posible aceptación por los tribunales en caso de una impugnación por la parte trabajadora (en este caso enjuiciado, ciertamente con poca representatividad ya que el acuerdo fue suscrito por el 87 % de los representantes, pero podemos plantearnos qué ocurriría si la demanda fuera presentada por toda la representación presente en la comisión negociadora”).

En conclusión, y desde luego no se puede negar que la tesis de la Sala será merecedora de especial atención en los bufetes de asesoramiento a empresas multinacionales, la Sala afirma que “Concurren, por tanto, causas económicas, productivas y organizativas, en tanto que la empresa tiene fuertes pérdidas reales, aunque no aparezcan así en su contabilidad, tiene un claro exceso de plantilla y unos costes salariales que afectan negativamente a su competitividad”. Una vez aceptada la existencia de causas que posibilitan la presentación del ERE, ampliando intensamente el marco normativo del art. 51.1 de la LET, la Sala aborda si hay adecuación (¿en los términos fijados por la sentencia del TS de 20 de septiembre?) entre las causas alegadas y las necesidades de funcionamiento de la empresa, dando respuesta positiva por entender que la medida adoptada (que tuvo el visto bueno, y es lógico que la Sala lo enfatice, de todos los sindicatos en el preacuerdo, aunque después la CGT no lo firmara, y que después fue

refrendada en asambleas), fue “absolutamente equilibrada”, ya que durante el proceso de consultas se adoptaron medidas que posibilitaron la reducción del número de despidos iniciales y se adoptaron también otras medidas de atenuación del perjuicio sufrido por los trabajadores, habiendo cumplido pues el período la finalidad que se predica en la normativa vigente, y de ahí concluye la Sala que “la medida impugnada se adecua plenamente a la intensidad de las causas”, aceptando pues implícitamente que una buena negociación, y unos buenos resultados, durante el período de consultas será determinante para aceptar la validez de la decisión empresarial finalmente adoptada.

De ahí que considere la Sala que el despido colectivo “se ajustó completamente a derecho”, no sin antes dar un nuevo toque de atención jurídico a la parte demandante por considerar que la no suscripción del acuerdo tras haber aceptado poco antes el preacuerdo “constituye una expresión de notable mala fe, fronteriza con la temeridad, por cuanto se cumplió escrupulosamente la condición convenida entre las partes, que obligaba a CGT, al igual que a los demás firmantes del preacuerdo, a tenor con lo dispuesto en el art. 1.114 CC..”. Es cierto que se produjo un debate sobre la aceptación o no de otros criterios de selección de trabajadores afectados además de la voluntariedad, y parece que sí se aceptaron otros en razón de las necesidades organizativas de la empresa y que quedan recogidos en el hecho probado décimo, y de ahí la sorpresa de la Sala ante el cambio de criterio de la ahora parte demandante, que pudo deberse pura y simplemente a una valoración del coste sindical que pudiera suponerle la aceptación del ERE, pero esta tesis, obviamente, es mi reflexión personal y que no tiene más fundamento que los muchos años de estudio y análisis del mundo sindical.

#### **42. Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2013.**

La [sentenciadictada por la AN el 19 de noviembre](#), de la que fue ponente el magistrado Manuel Fernández-Lomana, se dicta con ocasión de la demanda presentada el 4 de julio, en procedimiento de despido colectivo, por los representantes de los trabajadores contra la empresa Valoraciones Mediterráneo SA (VALMESA).

De los hechos probados interesa dejar constancia de la decisión empresarial de iniciar la tramitación de un ERE el 19 de abril, por razones económicas de una fuerte disminución de ingresos desde 2007 a 2013, con datos recogidos en el hecho probado primero y que afectaría a 49 trabajadores. Una vez designados sus representantes ad hoc por los trabajadores se inició el período de consultas propiamente dicho que concluyó tras siete reuniones sin acuerdo, tras diversas propuestas y contrapropuestas por las partes, destacando a mi parecer que la empresa ofreció abonar la indemnización en 24 mensualidades “por falta de liquidez”, y ofreciendo constituir una garantía real, hipoteca, para garantizar dicho abono, propuesta no aceptada por los trabajadores.

En los fundamentos de derecho se debate en primer lugar sobre la falta de legitimación activa de los demandantes alegada por la empresa, ya que 12 de aquellos que los eligieron “o conciliaron los ceses o no han resultado afectados por el despido”. La, cuando menos, curiosa argumentación de la empresa es rechazada por la Sala con una doble argumentación: la primera, la aceptación de las representaciones ad hoc para integrar una comisión negociadora y por consiguiente para disponer de legitimación activa para impugnarlo en sede judicial (la AN cita su propia sentencia de 13 de mayo de este año, pero me permito recordar también la pionera sentencia del TSJ de Cataluña

de 23 de mayo de 2012); la segunda, es que los representantes lo son de todos los trabajadores, no perdiendo dicha condición, y las funciones y competencias asumidas, “por el hecho de que alguno de los electores concilie a título individual su despido o no se vea finalmente afectado por el Convenio”., y quiero suponer que la palabra “Convenio” se refiere al acuerdo alcanzado sobre las personas despedidas.

Se aborda a continuación la falta de voluntad negociadora de la parte empresarial, alegada por los demandantes con base en la insistencia de la empresa de abonar la indemnización en 24 meses cuando el art. 53.1 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) dispone que debe ponerse a disposición del trabajador afectado en el momento de la comunicación, a salvo de dificultades económicas que permiten diferir el pago hasta el momento efectivo del despido. Los representantes alegaron que la tesis de la empresa era un dato claro y evidente de su falta de voluntad negociadora ya que “sabía que los representantes de los trabajadores no podían aceptar el acuerdo”. La Sala, en una decisión que se aparta de otros pronunciamientos de TSJ, de la propia dicción del art. 53.1, y con apoyo en sentencias lejanas en el tiempo del TS que se refieren, conviene precisarlo, a la “falta de puesta a disposición simultánea con la entrega de la carta de la indemnización legalmente prevista”, apoya la decisión empresarial y considera que ante su situación de falta de liquidez, y las medidas cautelares propuestas durante el período de consultas, “no puede considerarse irrazonable, ni contraria a lo establecido en el art. 53.1.b) del ET. Las dificultades de liquidez justifican que no se pactase el abono inmediato de la indemnización, y concurriendo tal justificación, el resto es una cuestión de ordenar negociadamente el abono de las cantidades. Ciertamente la posición de los trabajadores de rechazar tal oferta es sin duda legítima, pero de la oferta de la empresa en las condiciones descritas no puede inferirse que infringiese su deber de negociar de buena fe”.

A mi parecer, hay aquí dos cuestiones que convendría claramente diferenciar: de una parte, la existencia o no de buena fe comercial, y de otra el cumplimiento de la legalidad vigente. Podrá aceptarse la tesis empresarial de que negoció de buena fe y que sus propuestas de diferir el pago podían tener una justificación económica (tesis que aún siendo en hipótesis aceptable era más que previsible que fuera rechazada por los representantes de los trabajadores, como así ocurrió), pero es mucho más difícil aceptar a efectos jurídicos, o al menos así me lo parece, que ante la falta de liquidez sólo se trate de “una cuestión de ordenar negociadamente el abono de las cantidades”. La dicción del segundo párrafo del art. 53 1 b) es clara e indubitada al respecto (“Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”), y permite diferir el pago pero sólo hasta un momento determinado, el de la efectividad de la decisión empresarial. No creo que aquí quepan interpretaciones “antiformalistas” de la norma, con independencia, y este es mi parecer, de que ambas partes hubieran debido acercar más sus posiciones para llegar a un acuerdo que no parecía, a juzgar por lo que he podido leer en los hechos probados, tan lejano o imposible.

Último, y no menos importante, es la aceptación de la Sala de la existencia de la causa económica alegada por la empresa, apoyando su tesis en el cumplimiento de lo



dispuesto en el art. 51 respecto a la concurrencia de aquella. Y sobre este punto nada más habría que decir si la Sala ha entendido debidamente probada y acreditada la causa..., pero inmediatamente a continuación lo que hace la Sala es entrar en el análisis del documento o “contrainforme” aportado por la parte demandante para apoyar la justeza de su decisión pero también para realizar una serie de afirmaciones y argumentaciones con las que me parece que pretende dejar bien claro que si la causa ha quedado probada no le corresponde al tribunal pronunciarse sobre otras posibles alternativas para resolver el conflicto, además de reiterar, y esto sí es particularmente importante, la validez de la externalización de actividades o servicios ya aceptada en sentencia de 15 de julio, “para compensar un ahorro que compense las citadas pérdidas y caídas de ventas y ocupación”.

O dicho en otros términos, una buena parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia se centran en rechazar la tesis económica de la parte demandante y no tanto en la aceptación de la de la parte demandada, desde el presupuesto previo ya manifestado en su sentencia de 11 de marzo de que “conforme a la reforma no es necesario que la situación económica de la empresa sea negativa, siendo razonable el empleo de medidas que permitan, en la medida de lo posible eludir dicha situación”.

La tesis de la sentencia, que no había visto recogida hasta ahora con la contundencia con que se manifiesta en esta sentencia, y que sin duda merecerá los parabienes de bufetes empresariales (en una línea semejante se dirige el reciente artículo del profesor Federico Duran “Despidos económicos y control judicial”, publicado en la [Revista Relaciones Laborales](#) número 12, diciembre de 2013, y cuya tesis es que la reforma laboral “... intenta avanzar en la garantía de libertad económica, recuperando facultades de decisión del empresario, y restringiendo el control externo sobre las mismas”, y que determinadas decisiones judiciales, y no será precisamente la que ahora analizo, “supone, de nuevo, una indeseable invasión de la esfera de gestión empresarial y una suplantación de los criterios del empresario en relación con dicha gestión...” es que un tribunal no puede sustituir al empresario en su toma de decisiones, enfatizándola en varios de sus análisis críticos al contrainforme de la parte trabajadora y que ahora sintetizo:

“4.- Razona que la empresa líder del sector se ha enfrentado a la crisis de forma diferente y con una reducción de personal menor. Ahora bien, comparar las medidas de una empresa con otra, no puede ser un término de comparación razonable, sencillamente porque las empresas son distintas y cada una de ellas tiene unas necesidades de gestión diferentes. Pero, en todo caso, la Sala no puede, ni debe controlar las decisiones de gestión de la empresa, las cuales son ejercitadas dentro del derecho a la libertad empresarial regulada en el art. 38 de la Constitución. Una empresa, en el ejercicio de su libertad de gestión, puede decidir disminuir costes de personal y otra adoptar una política distinta. ...”, “No debemos enjuiciar si la gestión de la empresa ha sido o es la adecuada, sustituyendo al empresario en la toma de sus decisiones.”, “no debemos analizar la corrección de la gestión”, “Como venimos diciendo, no podemos sustituir al empresario en sus decisiones de gestión económica”, “11.- Se dice que la reducción de plantilla guarda cierta incoherencia, pues se disminuye la plantilla informática, cuando se quiere potenciar dicho departamento. Pero estamos ante una decisión de gestión que la Sala no debe valorar, ni poseemos datos para valorar su corrección”. En fin, para concluir con esta tajante defensa de la separación entre análisis jurídico y toma de decisiones económicas (¿no son controlables aquellas decisiones que puedan vulnerar

derechos laborales? me pregunto), la Sala cierra su argumentación con una frase que, sorprendentemente, no ha sido aún acogida o recogida en diarios económicos empresariales: “no es función de la Sala sustituir las medidas decididas por el empresario en el ejercicio de su libertad de gestión por otras. El Tribunal no es un empresario. Lo que debemos analizar es la legalidad y la proporcionalidad de la medida. Encontrándose la decisión de la empresa dentro de los márgenes permitidos por la ley”.

En definitiva, se trata a mi parecer de una sentencia que me suscita muchas dudas sobre la interpretación que efectúa del art. 53 1 b) de la LET y que al mismo tiempo parece ser un “aviso para navegantes” (es decir, posibles demandantes) para que se lo piensen antes de presentar propuestas económicas distintas de las expuestas por la parte empresarial para defender y justificar la existencia de las causas, aquí básicamente económicas, reconocidas por la LET.

### **43. Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2013.**

La [sentencia de la AN del 21 de noviembre](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> del Carmen Prieto, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta el 26 de julio en procedimiento de despido colectivo por tres delegados de personal de Logística de áridos, rocas y firmes SLU contra dicha empresa y varias más, una de ellas Grupo Mat SL, de la que el hecho probado quinto afirma que “es la sociedad dominante de un grupo de empresas” entre la que se encuentra la demandada. El acto del juicio tuvo lugar el 14 de octubre.

De los hechos probados interesa dejar constancia de la tramitación de un ERE por la citada empresa para despedir a sus 40 trabajadores, siendo los ahora demandantes delegados de personal de uno de los centros, en donde prestaban servicios 35 trabajadores, quedando integrada la comisión negociadora por los tres delegados y contando con asesores de Comisiones Obreras. Durante el período de consultas, y tras diversas propuestas por cada parte, se alcanzó un preacuerdo que no pudo convertirse en acuerdo definitivo por haberlo rechazado los trabajadores.

En los fundamentos de derecho se examina en primer lugar las peticiones formuladas por varias de las codemandadas de falta de legitimación pasiva, bien por no formar parte del grupo de empresas, bien porque aquellas que sí forman parte alegaron la inexistencia de grupo a efectos laborales o patológico, tesis aceptada por la Sala al argumentar que no ha quedado probado por los demandantes que existiera ese grupo de empresas a efectos laborales.

El antiformalismo, creciente, de la Sala a los efectos de valorar qué significado tiene el incumplimiento de algún requisito formal previsto de forma expresa en la normativa reglamentaria, en concreto ahora el art. 4.5 del [RD 1483/2012](#), se pone de manifiesto, más si cabe que en anteriores sentencias, aunque es bien cierto que encuentra un punto de apoyo en la actitud de la parte trabajadora. Me explico: la solicitud de nulidad se plantea porque no se presentaron las cuentas consolidadas del grupo hasta el día 5 de febrero, mientras que el período de consultas se había iniciado el 22 de enero; pues bien, el incumplimiento, que ha quedado debidamente acreditado, no va a ser causa de nulidad porque la Sala entiende que el hecho de que el mismo día que se presenta dicha documentación las partes alcanzaran un preacuerdo pone de manifiesto que esa falta de cumplimiento de la entrega de documentación, “censurable sin duda alguna” afirma con

contundencia la Sala, no impidió la consecución de un preacuerdo aunque éste fuera posteriormente rechazado por los trabajadores, argumentando además la Sala sobre ese rechazo que “no se ha demostrado, ni intentado demostrar, que el rechazo se fundara en la entrega tardía de la documentación reiterada”. Si nos hemos de guiar por las afirmaciones vertidas por la Sala en el fundamento de derecho quinto, parece además que este incumplimiento no fue, en modo alguno, el motivo de la oposición a los despidos, que esencialmente se centró en la presunta existencia de un grupo a efectos laborales que no se pudo probar tal como he indicado con anterioridad.

Tras aceptar la falta de legitimación pasiva de varias codemandadas y rechazar la petición de nulidad por incumplimiento de las formalidades legales y negar la existencia de grupo empresarial laboral, la Sala entra en el estudio de las causas económicas alegadas por la demanda, que considera debidamente probadas, acudiendo al “juicio de adecuación” exigido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de septiembre. El interés de la sentencia de la AN radica justamente en que acude a la más reciente doctrina del alto tribunal (a la espera de saber si posteriores sentencias confirmarán la existencia de jurisprudencia en tal sentido) para determinar que la gravedad de la situación económica de la empresa permite calificar de razonable y proporcionada la medida adoptada, que, repito, es valorada conforme a derecho por la Sala.

#### **44. Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2013.**

La [sentencia de la AN de 25 de noviembre](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta el 5 de julio, en procedimiento de despido colectivo, por el sindicato Unión Obrera Balear y dos representantes del comité intercentros de La Caixa de Balears/SA Nostra, a la que se adhirió la CGT, contra Banco Mare Nostrum y diversos sindicatos, en la que solicitaba la declaración de nulidad del acuerdo alcanzado por la empresa y los sindicatos el 28 de mayo durante el período de consultas, “aclarado supuestamente el 6-06-2013” (antecedente de hecho cuarto). La parte demandante alegó vulneración de la duración máxima del período de consultas porque el acuerdo suscrito el 28 de mayo fue provisional ya que las partes siguieron negociando y suscribieron el acuerdo definitivo el 6 de junio, si bien el sindicato impugnante y la CGT, que no habían suscrito el llamado primer acuerdo no fueron convocados a la última fase del proceso negociador que concluyó, siempre según el parecer de la demandante, el 6 de junio, “vulnerándose, por consiguiente, su derecho a la negociación colectiva”, ya que en esta fase se introdujeron temas de negociación, como el de medidas de movilidad geográfica “que nunca formaron parte del período de consultas”. Me acuerdo en estos momentos del caso Liberbank, objeto de comentario detallado en una anterior entrada del blog. Además, y supongo que de ahí deriva la presencia de los representantes de los trabajadores de la entidad balear como demandantes, se argumentó que el acuerdo afectaba especialmente, y de forma negativa, al personal de la misma, vaciando de contenido un pacto de empresa que estaba vigente cuando se produjo el acuerdo.

La empresa demandada alegó en primer lugar caducidad de la acción, tanto si se aceptara, como era su tesis, que el acuerdo se formalizó el 28 de mayo, como si se acogiera la tesis de la demandante de que dicho acuerdo se logró el 6 de junio, ya que en ambos casos habrían transcurrido los 20 días hábiles para la interposición de la demanda, que fue presentada el 5 de julio. También alegó inadecuación de procedimiento, ya que la petición de anulación parcial de un acuerdo no tiene cabida en

el art. 124.11 de la [Leyreguladora de la jurisdicción social](#). Ambos argumentos fueron rechazados por la demandante, enfatizando que existía tal posibilidad en la LRJS y que el plazo de caducidad empezaría a contar a partir del día que tuvo conocimiento del acuerdo, que fue el 11 de junio.

Desde el plano sustantivo, la alegación empresarial se basó en defender la existencia de un acuerdo que sólo fue mejorado en su redacción pero sin que afectara al contenido del 28 de mayo, “como admite de modo reiterado el Informe de la Inspección de Trabajo”, por lo que se cumplió todo lo previsto sobre el período de consultas en la normativa vigente y, además (dato importante a juzgar por las numerosas sentencias en las que la Sala lo ha tomado en consideración) “se alcanzó acuerdo con más del 85 % de la comisión, que estuvo compuesta desde el primer momento por las secciones sindicales de la empresa en proporción a su representatividad”. También me interesa destacar la tesis empresarial de la posibilidad de incluir, entre las medidas sociales tendentes a reducir los despidos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (ex art. 8 RD 1483/2012), siendo así que estas medidas pueden aplicarse aunque las condiciones laborales modificadas “deriven de acuerdos o pactos de empresa”.

De los hechos probados interesa dejar constancia de la tramitación de un procedimiento de despido colectivo a partir del 29 de abril, por razones económicas, con la propuesta empresarial de afectación extintiva de 863 contratos de trabajadores que prestaban sus servicios en diversos centros de trabajo de cinco Comunidades Autónomas, una de ellas las Islas Baleares. La comisión negociadora se constituyó el mismo día y estuvo integrada por 14 miembros por la parte trabajadora, representando a todas las secciones sindicales presentes en la empresa y en proporción a los resultados electorales obtenidos. En el hecho probado quinto se recoge la suscripción del acuerdo el 28 de junio por cinco sindicatos y la oposición de la UOB y CGT, con la posterior suscripción de un documento el 6 de junio por las mismas partes firmantes del texto del 28 de mayo, denominado “Acta de aclaración, subsanación y corrección de errores del acuerdo alcanzado por la comisión negociadora del período de consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y otras modificaciones a aplicar en el Banco BMN de 28-05-2013”. También me interesa destacar la afirmación contenida en el Informe de la Inspección de Trabajo (hecho probado sexto) de que el documento recién citado “no contiene modificaciones con respecto a las pactadas el 28-05-2013, que desnaturalicen o modifiquen lo pactado inicialmente”.

Pasamos a los fundamentos de derecho, y obviamente la primera cuestión a dilucidar por la Sala es la existencia o no de caducidad de la acción, debiendo prestarse atención a lo dispuesto en los 12.1 y 15 del RD 1483/2012, y en especial el art. 124.6 de la LRJS (plazo de caducidad de veinte días “desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo”). La Sala acude a su doctrina expuesta en la sentencia de 16 de abril, entendiendo que el plazo se inicia a partir de la suscripción del acuerdo, poniendo en relación esta tesis con la previsión del art. 12.1 del RD 1483/2012 que prevé un plazo máximo de 15 días para la comunicación a la autoridad laboral “a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas”. Por ello, concluye que no se ha respetado el plazo de caducidad, tanto si se acepta la tesis de la parte demandada (como así se acoge en la sentencia), como si se acogiera (tesis que se formula sólo a efectos dialécticos por la Sala) la argumentación de la demandante, ya que el plazo hubiera finalizado el 3 de julio.

El debate, ya no sólo jurídico sino también desde una perspectiva más global de las relaciones laborales en una empresa, gira sobre la posibilidad de que el acuerdo hipotéticamente alcanzado el 6 de junio hubiera sido ocultado por las partes de forma fraudulenta para evitar su impugnación, algo que no ha quedado en modo alguno probado porque la empresa comunicó en tiempo y forma su contenido a la autoridad laboral y a todas la secciones sindicales, siendo bastante razonable a mi parecer la tesis de la Sala sobre la dificultar de aceptar que se produjera esa actuación fraudulenta porque “nos parece absolutamente improbable, al ser impensable que los suscriptores del acuerdo, que representaban nada menos que el 85% de los representantes de los trabajadores, lo mantuvieran en la clandestinidad en una empresa de 5000 trabajadores, donde la expectación por la conclusión del despido colectivo y sus consecuencias debía ser máxima, como es natural...”.

#### **45. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2013.**

La [sentenciade la AN de 26 de noviembre](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, se dicta con ocasión de la demanda presentada el 25 de julio, en procedimiento de despido colectivo, por la FeS-UGT, FSP-CCOO y FSTP-USO contra la empresa Compañía integral de seguridad (CIS) y los miembros de la comisión negociadora del ERE por la parte trabajadora, en la que solicitaban la declaración de nulidad o subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho la decisión empresarial.

El asunto es interesante más desde una perspectiva de conflicto interno sindical que no desde la vertiente estrictamente jurídica, aunque tampoco esta última debe dejar de merecer nuestra atención. En efecto, las demandantes alegaron que los delegados de UGT y CC.OO no fueron designados por los respectivos sindicatos sino que se “autodesignaron pese a que se trataba de una comisión sindicalizada” y que el sindicato CC OO “había advertido de su ilicitud desde la primera reunión”. Se alegaron también irregularidades relativas al período de consultas, por haber comunicado su promoción fuera del plazo legalmente previsto a los centros sin representantes (recuérdese que estos podrían, en tal caso, designar sus representantes o delegar dicha representación), y falta de buena fe negocial por la parte empresarial y no fijación de los criterios de selección de los trabajadores afectados. Obviamente, la parte demandada empresarial se opuso a la demanda, y sus alegaciones fueron asumidas por los miembros trabajadores de la comisión negociadora, enfatizando que se trató de una negociación con representantes unitarios y no con secciones sindicales, importando poco a efectos legales la condición de afiliado a un sindicato de los miembros de la comisión, y que la negociación cumplió escrupulosamente con lo dispuesto en el marco normativo y con respeto a la buena fe negocial, concretada en la formulación de diversas propuestas y aceptación de las mismas por la mayoría de los representantes de los trabajadores.

De los hechos probados interesa dejar constancia en primer lugar de la inexistencia de secciones sindicales de CC OO y UGT en la empresa demandada, y de representantes unitarios en varios centros de trabajo, y de otros centros en los que no hay. En segundo término, del inicio de la tramitación de un procedimiento de despido colectivo el 14 de junio, al objeto de extinguir 44 puestos de trabajo, con la propuesta dirigida a los representantes unitarios de constituir una comisión de 13 miembros por su parte, al mismo tiempo que dirigía el escrito de iniciación del período de consultas a los trabajadores de los centros sin representantes, quienes delegaron en representantes de

otros centros La comisión negociadora se integró por 13 miembros, de los que siete pertenecían a UGT, 4 a CC OO y los dos restantes a los sindicatos SPS y SIPVSC, quedando recogido en el hecho probado cuarto quinto que CC OO (entendiendo que se refiere a los asesores que participaran en la negociación) “manifestó su desacuerdo con los representantes de su sindicato, por cuanto correspondía al propio sindicato su nombramiento”, queja reiterada en la segunda sesión, si bien esta queja no fue tomada en consideración ya que el período de consultas se desarrolló con los representantes unitarios. Tras diversas reuniones, y propuestas de ambas partes, se alcanza un acuerdo el 27 de junio, suscrito por doce de los miembros de la parte trabajadora, en el que se reduce el número inicial de despidos planteados por la empresa y se incrementa ligeramente la cuantía de las indemnizaciones.

Pasamos a los fundamentos de derecho y la primera cuestión a examinar es si se ha constituido correctamente o no la comisión negociadora, analizando la Sala la normativa aplicable cuando se inició el período de consultas, es decir la redacción de los arts. 41.4 y 51.2 de la LET (versión anterior a la reformas operadas por el [RDL 11/2013 de 2 de agosto](#)). Muy didácticamente se explica que la preferencia o prioridad para negociar reconocida por la LET a las secciones sindicales de empresa requiere, como es obvio, de su existencia en la empresa afectada por el ERE, como paso previo ineludible a cumplimentar antes de que puedan darse los otros dos requisitos, cuales son que sumen la mayoría de los representantes legales de los trabajadores y que decidan negociar. Por consiguiente, si no había secciones sindicales de empresa “no existía posibilidad legal de negociar con las secciones sindicales”. Que la mayor parte de los miembros de las comisiones negociadoras pertenecen a los sindicatos es algo bien sabido, pero no ello decae la diferencia jurídica entre representación unitaria y representación sindical.

Planteada también la hipótesis de negociación por parte de los sindicatos (y no de sus SSE) la tesis de la AN es negativa, y concuerdo con ella, en cuanto que el marco normativo vigente se refiere a las secciones sindicales (aún cuando la Sala no ha descartado esta posibilidad si hay un acuerdo de empresa en dicho sentido, tal como recoge su sentencia de 23 de abril de 2012, anterior por cierto a la aplicación de la reforma laboral del mismo año). Por consiguiente, la Sala entiende que la comisión negociadora se ha constituido de forma correcta, o dicho con sus propias palabras “con exquisito respeto a su representatividad proporcional en la empresa” (de las candidaturas sindicales presentadas en las elecciones).

Por fin, la Sala desestima la queja de los demandantes respecto a la inexistencia de mayoría para adoptar el acuerdo en el período de consultas porque un sindicato que no tiene sección sindical de empresa no tiene “poder de nombramiento o veto” sobre los miembros de la comisión que pertenecen a su sindicato. Cuestión distinta sería, y la AN lo apunta con buen criterio, que sí hubiera SSE, en cuyo caso habría que estar a lo dispuesto en los estatutos sindicales, es decir a “lo mandado estatutariamente al respecto”.

Por último, la AN insiste en que no puede formularse en la demanda, y en el acto de juicio, quejas que tuvieron oportunidad de hacerse durante el período de consulta y que no se hicieron, y tal es lo que ocurrió con los criterios de selección que son los mismos que los contenidos en la memoria presentada por la empresa al inicio de las consultas, por lo que “se hace ininteligible que un extremo de tanta relevancia no se discutiera en el período de consultas y se pretenda ahora, contra la opinión mayoritaria de los

representantes legitimados para acordar dichos criterios de selección, anular el despido por su supuesta falta de precisión”; criterios de selección, además, que la Sala considera conforme a derecho, aun que no dejen de suscitarme algunas dudas su defensa (que no es nueva, ciertamente, ya que existe una sentencia anterior de 15 de octubre de 2012 en el mismo sentido) de la utilización de criterios vinculados con la menor productividad y eficiencia de unos trabajadores frente a otros, en el bien entendido que esta aceptación guarda relación con los perfiles profesionales, las capacidades técnicas y la especialización de cada trabajador.

#### **46. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2013.**

La segunda [sentenciade la AN de 26 de noviembre](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta el 24 de julio, en procedimiento de despido colectivo, por un delegado de personal de un centro de trabajo de la empresa T-System Eltec SLU contra dicha empresa y las secciones sindicales de CC OO, UGT y USO que negociaron el ERE. Queda constancia en los antecedentes de hecho que el demandante alegó la nulidad del acuerdo alcanzado en el período de consultas y posteriores extinciones (todas ellas voluntarias), por estimar que “el presupuesto constitutivo, para que las secciones sindicales negocien el despido colectivo, es que se haya acordado previamente por los representantes legales de los trabajadores”. La parte empresarial demandada se opuso a la demanda y alegó falta de legitimación activa del demandante, dado que en el centro de trabajo hay tres delegados de personal y dos de ellos decidieron no presentar la demanda, además de manifestar que se había respetado la normativa vigente sobre el período de consultas y la entrega de la documentación de vida, finalizando dicho período con un acuerdo con la representación sindical legitimada para negociar. Por las secciones sindicales codemandadas se adujeron los mismos argumentos para oponerse a la demanda. En los hechos probados se recoge la decisión sindical, más exactamente de las tres secciones sindicales citadas, con mayoría acreditada de los representantes de los trabajadores de la empresa, de negociar vía sindical.

La Sala resuelve el litigio acudiendo a la aplicación del art. 124.1 de la LRJS sobre quiénes son los sujetos legitimados para impugnar, que incluye a los representantes de los trabajadores y sin que se requiere el requisito previsto para las representaciones sindicales de “tener implantación suficiente en el ámbito del conflicto”. Por consiguiente, puede impugnar el acuerdo tanto un comité de empresa como los delegados de personal de un centro de trabajo de la misma, pero, eso sí, siempre que en la toma de decisiones respeten las reglas recogidas en los arts. 62.2 y 65.1 de la LET, trayendo en apoyo de su tesis su propia doctrina sentada en la sentencia de 11 de marzo.

Dado que las competencias de los delegados de personal deben ejercerse de forma mancomunada, y ello no se ha producido al actuar el demandante de forma unilateral, para la Sala “se hace absolutamente evidente que el demandante carece de legitimación activa para impugnar el despido colectivo, por cuanto los delegados de los trabajadores no pueden actuar unilateralmente, como defiende el demandante, sino mancomunadamente, como exige el art. 62.2 ET”. No se impone una multa por temeridad, tal como había solicitado la empresa, aunque la Sala da un “tirón de orejas” al asesor legal del demandante en estos términos: “se trata de la impugnación de un despido colectivo por un delegado de personal, cuyo razonable voluntarismo debió ser moderado por su asesor legal, pero al no haber sucedido así, no nos parece razonable

penalizarle, además de la desestimación de su demanda por falta de legitimación activa, con la sanción reclamada”.

#### **47. Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2013.**

La [sentenciadictada por la AN el 5 de diciembre](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, trata sobre la demanda presentada en procedimiento de conflicto colectivo por los representantes del comité de empresa del centro de trabajo de Sitel Ibérica Teleservices SAU en Sevilla, y también por la CGT, contra dicha empresa y los sindicatos CC OO, UGT, USO, USIT, y el comité de empresa del centro de trabajo en Madrid. Las demandas fueron presentadas los días 29 y 31 de julio, y el acto de juicio, tras intento fallido de conciliación, tuvo lugar el 4 de diciembre.

El litigio versa sobre la decisión empresarial de suspensión de contratos de trabajo (es decir un expediente de regulación temporal de empleo, ERTE), decisión de la que los demandantes solicitaron su declaración de nulidad y, de forma subsidiaria, que se había adoptado sin ajustarse a derecho. A efectos jurídicos, tiene interés saber que la empresa negoció de forma separada con los centros de trabajo de Barcelona, Madrid y Sevilla, siendo este uno de los argumentos más destacados de las demandas para solicitar la nulidad del ERTE, por una división “artificial” del mismo cuando la causa, según la CGT, era la misma. También se argumentó por el comité del centro de trabajo de Sevilla que no existía una razón económica que justificara la decisión y que la empresa sólo pretendía ahorrarse salarios de los trabajadores mientras durara la suspensión, afirmando, según se expone en el antecedente de hecho cuarto, que “hubiera sido más razonable extinguir contratos de trabajo con arreglo a lo dispuesto en el art. 17 del convenio colectivo”, tesis que resulta sorprendente para la Sala (y también para mí, que no la había visto recogida en las demandas de los litigios que he tenido oportunidad de estudiar hasta ahora), y que se alega por primera vez en la demanda y se ratifica en el acto de juicio, con la tesis de que en realidad estamos en presencia de contratos temporales en fraude de ley y que la empresa no quería correr el riesgo de que pudieran ser declarados indefinidos si se interponían demandas por los trabajadores despedidos, tesis que pudiera ser cierta pero en la que no puede entrar la Sala en un procedimiento de conflicto colectivo ya que su resolución “nos obligaría a comprobar, caso por caso, la concurrencia de fraude de ley en cada una de las contrataciones, no concurriendo, por consiguiente, el interés general indivisible, exigido por el art. 153.1 [LRJS](#)”.

Por parte empresarial, la oposición a las demandas se basó en la alegación de la situación económica que había obligado al ERTE (un fuerte descenso de las llamadas de la plataforma de ENDESA en Sevilla) y que, siendo cierto que se había negociado por centros de trabajo, las causas no eran las mismas ya que la reducción de actividad en Sevilla fue mucho más relevante que la de Barcelona y que, además, los problemas suscitados en la localidad andaluza se suscitaron con posterioridad al acuerdo alcanzado en el centro de Barcelona. Queda constancia en los antecedentes de la adhesión de los sindicatos USO y USIT a las demandas, y de la oposición del comité de empresa del centro de trabajo de Madrid.

De los hechos probados me interesa ahora destacar la tramitación de un ERTE en el centro de trabajo de Barcelona promovido el 21 de abril y que finalizó con acuerdo el 27 de mayo, con afectación a 87 trabajadores, así como también la promoción de un nuevo ERTE para los otros dos centros de trabajo el 14 de junio “por causas organizativas y productivas”. La lectura de dichos hechos probados es interesante igualmente para



conocer los debates previos a la constitución de la comisión negociadora, y en concreto si se negociaba por los representantes unitarios o sindicales, quedando finalmente constituida la comisión por la parte trabajadora por miembros de los primeros (seis por cada centro de trabajo, y todos ellos pertenecientes a organizaciones sindicales con presencia en los comités). Se recogen las diversas propuestas y contrapropuestas efectuadas por las partes durante el período de consultas, siendo la última propuesta de la empresa rechazada por la parte trabajadora al haberse opuesto a la misma nueve de sus miembros.

En los fundamentos de derecho la Sala da respuesta a las pretensiones de los demandantes, iniciando su análisis con la posible nulidad del ERTE cuestionado por no haberse negociado en el ámbito empresarial y sí de forma parcial con dos de los tres centros de trabajo, crítica jurídica, por cierto, que merece una reprimenda en el informe de la Inspección de Trabajo, y obviamente no porque valore si es conforme o no a derecho sino porque pone de manifiesto la contradicción en la que incurrieron los demandantes, “por cuanto defendieron inicialmente que el ERTE debió negociarse centro por centro, en tanto que sus causas eran diferentes, para atacar, a continuación, la presentación del ERTE del centro de Barcelona”.

La tesis de la Sala es, en principio, la misma que la de los demandantes, en cuanto que está de acuerdo con la necesidad jurídica de tramitar un ERTE en el ámbito empresarial en su conjunto si las causas son idénticas para todos los centros de trabajo, para evitar la elección artificial del centro en donde aplicar el ERTE y debilitar de esa manera la posición de la representación de la parte trabajadora. Ahora bien, esa unidad no es absoluta sino que puede dejar paso a una situación organizativa o productiva que afecte de manera diferente a los diversos centros de trabajo, en cuyo caso pueden tramitarse de manera separada, siendo sólo rechazable esta separación si se ha actuado por la empresa en fraude de ley, debiendo demostrar este fraude quien alegue su comisión (remitiéndose la AN a su reciente [sentencia de 28 de octubre](#)). Desde este planteamiento, y tras quedar acreditado que existían diversas causas organizativas y productivas en los centros de trabajo afectados, para la Sala hay una actuación conforme a derecho de la empresa y no ha existido fraude de ley. Por decirlo con las propias palabras de la sentencia (fundamento de derecho tercero), “la promoción del nuevo ERTE no trae causa en un encadenamiento fraudulento de ERTES, como denuncian los demandantes, sino en la agudización de la reducción de llamadas de la plataforma ENDESA, activada en el mes de mayo y mantenida en el mes de junio, contra la que reacciona la empresa demandada, sin que se haya probado que se hiciera en fraude de ley”. Para la Sala, la adopción de una medida menos drástica que la de extinciones contractuales es acorde a la situación económica de la empresa, que lleva a la adopción de las medidas organizativas y productivas adoptadas en el ERTE de afectación a los centros de trabajo de Madrid y Sevilla.

Por último, y una vez desestimada la nulidad por haberse probado a juicio de la Sala para la negociación por centros, son rechazadas otras pretensiones de la demanda que versan sobre la información a facilitar durante el período de consultas y a quién debe entregarse la misma. La Sala considera probado que se aportó la documentación necesaria para llevar a cabo correctamente el proceso negociador, y que no afecta a dicha negociación el que no se entregara a los asesores sindicales (tesis de CGT) en cuanto que quien negociaba era la representación unitaria de los trabajadores, es decir porque no hay “norma alguna que obligue a entregarla a los asesores sindicales de los

representantes de los trabajadores, por muy sindicalizada que esté la comisión, cuando sus componentes son representantes de los trabajadores son unitarios, como sucede aquí”.

#### **48. Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2.013.**

La [sentenciadictada por la AN el 10 de diciembre](#), de la que fue ponente el magistrado Manuel Fernández-Lomana, versa sobre la demanda interpuesta en procedimiento de impugnación de despido colectivo por FECOMA-CCOO, FTSM-UGT, y representantes unitarios de los centros de trabajo de Madrid, Barcelona y Móstoles, contra Avanzit Telecom SLU, grupo Ezentis SA, Navento, Avanzit Teconología SLU, Avanzit Infraestructuras, y Avanzit Instalaciones e ingeniería SLU. La demanda fue presentada el 29 de julio y el acto de juicio, previo intento fallido de conciliación, tuvo lugar el 18 de noviembre.

El litigio, en el que las demandantes solicitan la nulidad de la decisión empresarial, versa esencialmente sobre la existencia o no de un grupo de empresas laboral o patológico, tesis defendida por aquellos y negada por las demandadas con alegación de dos excepciones: falta de legitimación pasiva al no existir dicho grupo laboral sino un grupo de índole mercantil; en segundo término, falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que en caso de existir el grupo “debía haberse demandado a más empresas, las cuales, por cierto, no fueron especificadas” (fundamento de derecho cuarto).

En los hechos probado queda constancia que la empresa Avanzit Telecom SLU forma parte de un grupo de empresas cuya matriz es Ezentis SA, que posee el 100 % de las acciones de la primera, teniendo presencia el grupo, a través de diversas empresas, en Sudamérica y España. El ERE se tramitó por la empresa a la que pertenecían los trabajadores despedidos y se negoció con la representación unitaria, sin alcanzarse acuerdo durante el período de consultas, siendo también interesante reseñar que, tal como se recoge en el hecho probado segundo, la última propuesta empresarial fue sometida a votación, y “en Madrid 21 de los 23 trabajadores votaron a favor de la propuesta de la empresa de 23 días por año con un máximo de 12 mensualidades. En Barcelona de los 17 trabajadores que asistieron a la asamblea, los 17 votaron en contra”, y tal como se recoge en el hecho probado cuarto, refiriéndose al momento de celebración del acto de juicio, “actualmente, todo el personal del centro de trabajo de Barcelona se encuentra sin ninguna actividad. En cuanto al centro de trabajo de Madrid, la única persona de operaciones, se encuentra en su domicilio sin actividad y el resto, personal de oficina (staff) vinculado al contrato bucle, acude diariamente a su puesto de trabajo pero no tiene carga real de actividad..”.

Como he indicado, el debate versa sobre la existencia o no de grupo de empresas laboral o patológico. Para resolver esta cuestión, la Sala acude a la doctrina del TS, en concreto a las [sentencias de 23 de octubre de 2012](#) y a dos más ya dictadas en aplicación de la reforma laboral de 2012, esto es las sentencias de [20 de marzo](#) y de [27 de mayo](#), con especial atención a esta última y su planteamiento restrictivo de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, que es acogido por la Sala para defender que la concurrencia de una de las notas indicadas por el TS no puede llevar por sí, y automáticamente a la aplicación de la teoría del grupo patológico, y enfatiza que “lejos de ellos, debe examinarse cada caso concreto y analizar si, realmente, estamos en un supuesto de abuso o fraude”; doctrina, enfatiza aún más la Sala, “que hemos de

aplicar con rigurosidad”, quizás como un “aviso para navegantes” (= demandantes) a los efectos de que basen muy bien la alegación de existencia de un grupo de empresas a efectos laborales si no quieren ver desestimada su pretensión.

Una vez expuesto el razonamiento teórico, la Sala lo traslada al caso concreto enjuiciado para argumentar que no hay duda de la existencia de un grupo mercantil y que no existe grupo laboral o patológico porque no se dan a su juicio las notas (yo diría que parece que se van a pedir casi todas las notas recogidas en la jurisprudencia del TS) para probar su existencia, no siendo suficiente con que existan, y así se reconoce que se dan este caso concreto, las notas de “apariencia externa y dirección unitaria”, y tampoco es suficiente con que la empresa matriz del grupo sea titular del 100 % de las acciones de la empresa que ha procedido a los despidos colectivos, porque a juicio de la Sala “la confusión patrimonial no es predicable en la esfera del capital social”, ni es tampoco decisivo que “exista una oficina central donde presten servicios empleados de diferentes empresas del grupo”. Todos estos indicios (algo más que meros indicios a mi parecer) no son considerados suficientes por la Sala, y a su juicio el único argumento que podría suscitar dudas respecto a la cuestión debatida es que las entidades del grupo abonaran las remuneraciones salariales a los trabajadores de Avenzit, en cuanto que una sentencia anterior de la propia Sala ordenó reponer a los trabajadores en sus derechos, pero el cumplimiento de esta obligación no es tampoco algo que pueda calificarse de fraudulento o abusivo y que pudiera llevar a la aplicación de la teoría del levantamiento del velo y las consiguientes responsabilidades solidarias del grupo a efectos laborales, ya que para la Sala “que las empresas del grupo abonaran los salarios y deudas pendientes en beneficio de los trabajadores no puede ser calificado de abusivo o fraudulento y no puede justificar la aplicación al grupo de la teoría del “grupo patológico”, pues el grupo, en este punto, actuó con el fin de dar cumplimiento al mandato judicial y en beneficio de los trabajadores, sin que pueda por ello afirmarse que en este caso existe abuso o fraude - fides bona contraria est fraudi et dolo- “.

#### **49. Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de diciembre de 2013.**

La [sentencia dictada por la AN el 16 de diciembre](#), de la que fue ponente el magistrado Manuel Fernández-Lomana, versa sobre la demanda interpuesta el 9 de abril en procedimiento de impugnación de despido colectivo por FECHT-CCOO, y dos miembros del comité de empresa de Comercial Casas Carretero SL contra dicha empresa y otras varias, así como también contra el administrador concursal y el FOGASA. El acto de juicio, tras varias suspensiones y previo intento fallido de conciliación, tuvo lugar el 28 de noviembre.

En los hechos probados se pasa revista a los datos de las empresas demandadas, y con respecto a la citada en el párrafo anterior queda constancia de la situación concursal en que se encuentra, declaración efectuada por el Juzgado mercantil el 16 de abril de este año, mientras que la demanda por los despidos efectuados se presentó ante la AN el 9 de abril. Con respecto a la tramitación del ERE, se inició el 1 de marzo, con una parte trabajadora ciertamente irregular en su composición a mi parecer, ya que estuvieron presentes dos representantes de los trabajadores, a los que había autoatribuido esa condición la propia empresa, junto con seis trabajadores más, finalizando el período de consultas sin acuerdo y con manifestación de cinco de los trabajadores que estaban de acuerdo con el despido colectivo.

La Sala, en los fundamentos de derecho, debe resolver en primer lugar sobre la alegación de incompetencia de jurisdicción por estar la empresa Casas Carretero en situación de concurso. Con buen criterio, se acude a la doctrina sobre el momento de la consumación del despido colectivo para saber si la competencia es social o mercantil, siendo así que, tal como ya se manifestó en la sentencia de 26 de julio de 2012, cuando el concurso se declara tras la consumación de los despidos, la competencia pertenece al orden jurisdiccional social, aportando en apoyo de su tesis el art. 411 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (“Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”).

Y en la misma línea se rechaza la tesis de que el despido había dejado de ser colectivo para pasar a convertirse en plural tras el acuerdo alcanzado por la empresa con varios trabajadores, ya que el despido inicialmente tuvo naturaleza colectiva y también porque las decisiones adoptada a título individual por algunos trabajadores “no altera o afecta la pretensión de naturaleza colectiva que ejercitan los representantes de los trabajadores”, con cita de sus propias sentencias de 27 de julio de 2012 y 14 de febrero de 2013.

Sobre la alegación de falta de legitimación activa del sindicato CC OO y de los dos representantes de los trabajadores que presentaron las demandas, se rechaza por la Sala en cuanto que el sindicato ha acreditado “implantación suficiente en el ámbito del conflicto” (cumpliendo así con el requisito requerido por el art. 124.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social) y no puede aceptarse que la empresa vaya ahora contra sus propios actos durante el período de consultas, ya que “en las actas de negociación del despido los dos actores figuran y son reconocidos por la empresa como representantes legales de los trabajadores, lo que implica que poseen legitimación activa de conformidad con lo establecido en el art. 124.1 LRJS”.

Una vez resueltas todas las alegaciones formales, la Sala entra en el núcleo central de litigio, cual es si existe o no un grupo de empresas a efectos laborales o patológico, y por consiguiente si hay o no legitimación pasiva de las empresas codemandadas. En este punto, la sentencia es sustancialmente idéntica a la dictada el 10 de diciembre y que ha sido objeto de comentario con anterioridad. En la misma línea de aplicación restrictiva del concepto de grupo de empresas laboral o patológico, la Sala desestima la demanda por entender que no ha quedado probado entre la empresa que procedió a los despidos colectivos y otra de las codemandadas, Distribuciones Bembibre SL, que existiera “confusión patrimonial” ni “prestación de servicios indiferenciadas”, no bastando para poder llegar a esa convicción el hecho de que el servicio se preste en el mismo local. Por lo demás, y a modo nuevamente de recordatorio para futuros demandantes, la Sala enfatiza que el hecho de que una persona física controle las empresas demandadas no es por sí solo suficiente para admitir la existencia de grupo laboral, ya que es necesaria “una concurrencia sólida y probada de las notas exigidas por la jurisprudencia”.

## **50. Sentencia de la AN de 11 de diciembre de 2013.**

La [sentencia dictada por la AN el 11 de diciembre](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, versa sobre la demanda presentada por la CGT contra la empresa Roca Sanitarios SA y los representantes de los trabajadores en los centros de trabajos afectados por el ERE. La demanda se presentó el 7 de agosto, en procedimiento de

impugnación de despido colectivo, y el acto del juicio tuvo lugar, tras el intento fallido de conciliación, el 10 de diciembre.

La petición de nulidad de la decisión empresarial se basó en la no participación del sindicato en la comisión negociadora del ERE, y en su presencia en uno de los comités de un centro de trabajo de la empresa, aun y reconociendo que no la tenía en los centros de trabajo afectados por el ERE. Defendió su postura, tal como se recoge en el antecedente de hecho cuarto en que “el marco legal y reglamentario, vigente en el momento de iniciar el despido colectivo”, permitía la negociación a nivel de empresa o por centros de trabajo, pero no permitía negociar con dos centros sin que participara la totalidad de los representantes de los trabajadores de la empresa, apoyándose, a estos efectos, en SAN 18-11-2013”. Por parte empresarial se alegó falta de legitimación activa de la parte demandante, por carecer de implantación en el ámbito del conflicto, y de forma subsidiaria se alegó la conformidad a derecho de la decisión adoptada con acuerdo unánime de la parte trabajadora y manifestando además que ello era aceptado tácitamente por la parte demandante, “quien no alega nada al respecto”. Los representantes de los trabajadores que negociaron y acordaron el ERE también manifestaron su oposición a la tesis de la CGT.

Conviene recordar aquí el conflicto del que trae su origen el ERE que dio lugar a la demanda de la CGT y a la sentencia ahora objeto de comentario, cual es el que se suscitó en enero de 2013 con la presentación de un ERE que afectaba a los centros de trabajo de Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaíra y que fue impugnado por la representación de los trabajadores, dictándose [sentenciapor la AN el 12 de junio de este año](#) en el que se declaró la nulidad de la decisión empresarial y previamente, y lo destaco porque marcará la resolución del actual conflicto, estimó “la falta de legitimación activa del sindicato CGT”. En mi comentario a la citada sentencia se encuentra una referencia de interés para el caso actual que ahora recupero: “A) En primer lugar, es la empresa la que alega falta de legitimación activa de la CGT para accionar, debido a su falta de implantación en el ámbito del conflicto, ya que, en efecto, carece de representación en los comités de los centros de trabajo afectados. Al no cumplir los requisitos previstos en el art. 124.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, la Sala acepta la tesis de la empresa, dado que se trata de extinciones que afectan sólo a dos centros de trabajo de una empresa y no a toda la empresa en su conjunto, y es cierto que hubieran podido negociar las secciones sindicales, y en tal caso hubiera, hipotéticamente, podido tener presencia la CGT, pero dicha posibilidad, como recuerda muy bien la Sala, no fue planteada por UGT y CCOO que “ostentan la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa”.

Para dar respuesta al fallo de la sentencia, la empresa instó un nuevo ERE el 25 de junio, de cuyo contenido y proceso negociador se proporciona amplia explicación en el hecho probado quinto, con presencia en la mesa negociadora de los comités de empresa de los dos centros afectados (Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaíra) y de dos delegados sindicales de CC OO, dos de UGT y uno de COP, alcanzándose un acuerdo por unanimidad.

En los fundamentos de derecho se ha de resolver la alegación empresarial de falta de legitimación activa de la CGT, y la Sala se pronuncia en los mismos términos que lo hiciera en la sentencia de 12 de junio, es decir aceptando dicha falta de legitimación porque los despidos afectaban “únicamente a los centros de trabajo... donde la CGT

carece de la más mínima implantación”, y no entrando a resolver sobre el fondo del asunto. La Sala aplica su doctrina sentada en la [sentencia de 27 de marzo](#), en cuanto que el despido no es de empresa en su conjunto sino de dos centros de trabajo concretos, y rechaza la alegación de la CGT de deber aplicarse la tesis de la [sentencia de 18 denoviembre](#), ya que en este caso el debate versó sobre la correcta composición de la mesa negociadora cuando quedó probado que nos encontrábamos ante un grupo de empresas a efectos laborales y con el consiguiente derecho de todos los representantes de los trabajadores en las diversas empresas del grupo a estar presentes en la comisión negociadora. En fin, la Sala aprovecha incidentalmente la oportunidad para recordar su doctrina sobre la negociación por empresa y no por centros de trabajo y la aceptación de la misma por la reforma laboral operada por el RDL 11/2013.

### **51. Sentencia de la AN de 20 de diciembre de 2.013.**

1. Hasta donde mi conocimiento alcanza, la [sentencia dictada el 20 de diciembre por la Sala delo Social de la Audiencia Nacional](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, es la primera ocasión en que la AN debe conocer de una autodemanda empresarial interpuesta al amparo del art. 124.3 de la [Ley reguladora de lajurisdicción social](#). Además, de las sentencias que he podido conocer sobre presentación de autodemanda empresarial, esta es la primera en que se desestima la pretensión de la parte empresarial autodemandante, esto es que se reconozca que la decisión de extinción de los contratos de trabajo fue ajustada a derecho. Otro interés añadido del caso radica en las discrepancias claramente existentes entre los demandados, todos los trabajadores de la empresa, ya que diez manifestaron su oposición a la demanda y siete se allanaron a la misma.

Desde luego, no será este el caso más complicado precisamente del que haya debido conocer la AN desde que se aprobó la reforma laboral de 2.012, (la razón de su conocimiento es el hecho de que la empresa poseía centros de trabajo “en más de una Comunidad Autónoma”), dado el cúmulo de errores jurídicos cometidos por la ahora demandante durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y de los que queda debida constancia en los hechos probados.

2. Pero prestemos atención en primer lugar a los antecedentes de hecho. La demanda se interpone el 24 de septiembre y va dirigida contra diecisiete trabajadores y el FOGASA, siendo la razón de ir dirigida contra todos los trabajadores y no contra una representación unitaria o sindical el que todos ellos participaron en la negociación durante el período de consultas. La autodemandante solicita que la Sala dicte sentencia con declaración de que el despido colectivo del personal de la plantilla fue ajustado a derecho. En el acto del juicio, celebrado el 19 de diciembre y previo intento fallido de conciliación, la empresa argumentó que se había negociado con todos los trabajadores porque estos “se negaron a elegir representantes ad hoc”, y que fue imposible el acuerdo con ellos aunque no pusieran en cuestión la concurrencia de las causas económicas y productivas alegadas por la empresa.

Por la parte demandada, como ya he dicho, siete trabajadores se allanaron a la demanda, mientras que otros diez manifestaron su oposición a la misma y expusieron que se había incumplido la normativa reguladora de la representación de los trabajadores en un procedimiento de despido colectivo, con cita de los arts. 51.2 y 41.4 de la [LET](#) y arts. 1 y 2 de la [Directiva UE de 1998 sobre despidoscolectivos](#), considerando que el

cumplimiento de estas reglas era “de orden público”. Negaron también la existencia de una situación económica negativa de la empresa y explicaron que un ERTE anterior presentado por la empresa había sido anulado por varias sentencias de juzgados de lo social de Albacete (queda recogido este dato en el hecho probado segundo).

3. En cuanto a los hechos probados, y por lo que interesa a mi explicación, es necesario dejar constancia en primer lugar de la inexistencia de representantes unitarios; en segundo término, del inicio de tramitación de un procedimiento de despido colectivo el 19 de julio, con comunicación remitida por la empresa a todos los trabajadores en la que “se les invitó a participar en un período de consultas, que se llevaría a cabo desde el 22-07 al 5-08-2013”, adjuntando a cada carta la documentación económica necesaria para poder justificar su propuesta; en tercer lugar, es importante destacar que en la primera reunión celebrada entre la dirección de la empresa y todos los trabajadores, esta les informa de la posibilidad de elegir una comisión representativa ad hoc, siendo rechazada esta posibilidad por todos ellos, quedando constancia en el hecho probado quinto de que la empresa nos les informó “de las consecuencias de la falta de elección de representantes”; en las posteriores tres reuniones participaron todos los trabajadores (salvo uno por razones familiares), junto con una asesora del sindicato FECOMA-CCOO en la segunda reunión. La última propuesta de la empresa durante el período de consultas fue rechazada por nueve votos en contra y ocho a favor.

4. El debate jurídico se centra, como puede fácilmente comprenderse tras esta síntesis que he efectuado de los antecedentes y hechos probados, en determinar si se ha cumplido la normativa reguladora de la representación de los trabajadores, y en caso de no haberse cumplido qué consecuencias puede tener sobre los despidos llevados a cabo por la empresa.

La Sala, en el fundamento jurídico tercero, recuerda cuál es la normativa aplicable al respecto, en la que se insiste en la referencia a “la representación de los trabajadores”: art. 51.2 de la LET (en relación con el art. 2 de la Directiva 1998/59/CE), art. 41.4 de la misma norma (designación de representantes cuando no existan en la empresa o centro de trabajo) y, en estrecha relación con el anterior precepto, art. 26.3 del [RD 1483/2012](#). Importa aquí recordar, y así lo hace también la sentencia, que debe haber representación (sindical, unitaria o ad hoc) en todo procedimiento de despido colectivo, que la no designación de representantes ad hoc cuando no hubiere representantes sindicales o unitarios, una vez transcurrido el período de cinco días desde el inicio del período de consultas, no supone su paralización, y que la empresa es la que debe informar a los trabajadores de la posibilidad de elegir a sus representantes y también de que, en caso de no hacerlo, esta circunstancia “no impedirá la continuación del procedimiento”.

Dada la claridad de los textos normativos referenciados, y de la insistencia de todos ellos en referirse a la presencia de una “representación de los trabajadores” (terminología también utilizada en la Directiva de la UE), la Sala concluye, con pleno acierto a mi parecer, que “que los trabajadores, afectados por el despido, no pueden disponer de ese requisito, ni están legitimados para negociar directamente el período de consultas, porque la Directiva 1998/59/CE, así como los arts. 51.2 y 41.4 ET, que la trasponen a nuestro ordenamiento, dejan perfectamente claro que la negociación del período de consultas debe realizarse con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados”.

Es decir, la negociación estuvo viciada desde su inicio por no existir representación de la parte trabajadora, no siendo aceptable la decisión de los trabajadores de querer participar todos conjuntamente en el proceso negociador, porque esa decisión no estaba en la esfera de su poder de disposición, ya que, vuelve a insistir la Sala, “la negociación del período de consultas de los despidos colectivos está regulada legal y reglamentariamente de modo preciso para que se negocie con representantes de los trabajadores y no con los trabajadores afectados directamente”. A este argumento cabe añadir, y también me parece muy relevante, el incumplimiento empresarial de informar a los trabajadores sobre las consecuencias de su decisión, pues le correspondía sólo a ella, y no a la representación sindical que participó en una fase del proceso negociador, esa obligación. Por decirlo con las propias palabras de la sentencia, la tramitación del período de consultas no se ajustó a lo dispuesto en el art. 5.12 de la LET, “sin que dicha conclusión pueda enervarse, porque acudiera a las reuniones una asesora de CCOO, porque dicho sindicato no negoció como tal el período de consultas, ni le competía informar a los trabajadores sobre las consecuencias jurídicas de no proceder a elegir la comisión ad hoc, en tanto que dicha obligación correspondía exclusivamente a la empresa”.

La consecuencia de tal incumplimiento lleva a desestimar la petición de la autodemandante, ya que el art. 124.11 de la LRJS dispone que “Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida”, y dado que se ha infringido el art. 51.2 de la LET no puede accederse a la petición formulada en la demanda. El allanamiento de varios de los demandados no puede servir en esta ocasión para dar satisfacción a la petición de la demandante, recordando la Sala que el art. 21 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) posibilita que así sea salvo que el allanamiento “se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante”, y dada la indisponibilidad del requisito de los criterios para determinar la representación de los trabajadores en el período de consultas, este se configura (ex art. 51.2 LET y 26.3 RD 1483/2012) “de orden público, por lo que la negociación del período de consultas seguido con los trabajadores afectados, se produjo en fraude de ley”.

## **52. Sentencia de la AN de 23 de diciembre de 2013.**

[La primer sentencia de la AN que merece mi atención es la dictada el 23 de diciembre](#), con número de recurso 393/2013, de la que fue ponente el magistrado Manuel Fernández-Lomana. El litigio versa sobre la demanda interpuesta el 11 de septiembre por la CSI-F, en procedimiento sobre despido colectivo, contra la empresa Seguriber, dedicada a la prestación de servicios de seguridad, con una plantilla de 1867 trabajadores que se distribuyen en ocho delegaciones en todo el territorio español (hecho probado primero), con expresa mención a la importante presencia, por razones que no es necesario obviamente explicar, en el País Vasco y Navarra, de 215 trabajadores.

El despido colectivo instado por la empresa el 16 de julio plantea la extinción de 34 contratos de trabajadores adscritos a centros de trabajo de Vizcaya, Álava y Navarra, existiendo dos comités de empresa (con 9 representantes en el País Vasco y 5 en el de Navarra) con los que se negoció durante el período de consultas, de cuyo contenido



se deja muy amplia constancia en los hechos probados sexto, séptimo y octavo, siendo muy relevante a mi entender el motivo aducido por la empresa para plantear las extinciones, esto es la supresión de determinados servicios de protección encargados por el Ministerio del Interior. Entre las contrapropuestas de la parte trabajadora se incluyen las de reducir las horas/días de trabajo, o bien si es posible que haya traslados a otros centros, así como un incremento de las indemnizaciones sobre la cuantía legalmente establecida en la Ley del Estatuto de los trabajadores (20 día de salario/año y un máximo de 12 mensualidades). Ante la falta de acuerdo sobre las últimas propuestas empresariales y la imposibilidad de consensuar el montante de la indemnización (petición del comité de Navarra de 25 días de salario/año como mínimo, y de 29 días por el comité del País Vasco), finaliza el período de consultas el 5 de agosto tras la celebración de cuatro reuniones (16 y 24 de julio, 1 y 5 de agosto).

El debate jurídico se centra únicamente en la pretensión de la parte demandante de que se declare la nulidad de los despidos porque la parte empresarial no tomó en consideración las propuestas formuladas por la parte trabajadora, obviamente más equilibradas para resolver el conflicto desde la perspectiva de esta última, algo que es calificado como de “quebranto en la buena fe en la negociación” (fundamento de derecho segundo). No hay discusión sobre las causas que motivan el ERE, y así se pone de manifiesto en la demanda y se plasma en el fundamento de derecho tercero.

A partir de ahí, es decir del debate sobre la buena fe negocial y qué debe entenderse por la misma, la Sala acude a la jurisprudencia del TS y recuerda que la obligación de negociar no implica la de alcanzar un acuerdo, por lo que habrá que estar al contenido de las actas del período de consultas (¡nuevamente la importancia de las actas!, que es algo sobre lo que vengo insistiendo desde hace bastante tiempo en mis comentarios) para determinar si ha habido o no negociación, y yo añadiría que si ha habido, además de negociación, una actuación de buena fe negocial. Formulo esta reflexión, a modo de “obiter dicta” personal, porque la negociación puede realmente existir, pero las estrategias de las partes negociadoras podrían implicar que bajo la apariencia del cumplimiento del requisito formal se escondiera un incumplimiento real, ciertamente algo bastante difícil de detectar en numerosas ocasiones. Hecha esta manifestación, y volviendo al caso concreto, del contenido de las actas la Sala concluye que sí ha existido negociación y que está se ha llevado a cabo de buena fe por la parte empresarial, destacando el cumplimiento de los requisitos formales, las propuestas presentadas durante la negociación, aunque finalmente fueran desestimadas ante la falta de acuerdo, y añadiendo (¿aviso a negociadores?) que algunas de las propuestas empresariales fueron rechazadas por la parte trabajadora, por sus representantes, “sin que estos tuvieran al respecto una posición uniforme” (un poco forzada, dicho sea con toda sinceridad, me parece esta observación, aunque tenga un valor limitado dentro de la fundamentación de la Sala, ya que es algo más que frecuente que haya diferencias en el seno de la parte trabajadora durante una negociación, debido a que la comisión puede estar integrada por miembros de diferentes organizaciones sindicales que no han de tener la misma actitud, y defender las mismas tesis, durante la negociación). En conclusión, la Sala desestima el recurso porque a su parecer, y tras el detallado análisis de los hechos probados, ha existido una negociación de buena fe, “sin que la Sala pueda anular la decisión de la empresa por no haber llegado a un acuerdo”.

### **53. Sentencia de la AN de 23 de diciembre de 2013.**

[Abordo ahorala sentencia dictada por la AN el 23 de diciembre](#) con número de recurso 330/2013, de la que fue ponente el magistrado Manuel Fernández-Lomana, en un procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo. El litigio versa sobre la demanda interpuesta el 26 de julio por el presidente del Comité de Empresa del centro de trabajo de Guadalajara de Obras Coman SA contra la misma y muchas otras empresas más, todas ellas mencionadas en el antecedente de hecho primero, con lo que ya es fácil deducir de entrada que una buena parte del debate jurídico girará sobre la existencia de grupo de empresas, y además si es de carácter mercantil y laboral conjuntamente o sólo tiene el primer atributo.

En los hechos probados se deja constancia de la presentación un ERTE por parte de la empresa demandada el 8 de octubre de 2012, con celebración en fechas posteriores del período de consultas y finalizando este sin acuerdo, con afectación de la decisión empresarial a trabajadores de centros de trabajo ubicados en cuatro Comunidades Autónomas.

También queda debida constancia de la relación jurídica entre las diferentes empresas que fueron codemandadas junto con la principal, siendo necesario añadir que la parte demandante desistió en el acto del juicio de la demanda contra varias de las empresas inicialmente codemandadas, algo que aún entrando dentro de las posibilidades legales de la normativa procesal laboral merece un comentario crítico de la Sala, a medio camino entre el contenido puramente jurídico de la crítica y el realizado desde la perspectiva del esfuerzo que ha requerido a la Sala en términos del tiempo dedicado al litigio, por no haberse dado debido cumplimiento en la demanda a lo dispuesto en el art. 80.1 c) de la [Leyreguladora de la jurisdicción social](#) sobre la “enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión”. Para la Sala, la demandante no ha cumplido lo fijado en el precepto legal, y su crítica es clara y contundente como lo demuestra esta manifestación recogida en el fundamento de derecho cuarto: “El demandante tiene la obligación legal de exponer los hechos concretos por los que entiende que existe grupo de empresa. Solo así se garantiza la seriedad en la demanda a varios sujetos y la ausencia de indefensión a los demandados.... El caso de autos es un supuesto claro de lo que no debe hacerse. Se demandó a un total de 25 empresas, con el despliegue y esfuerzo de tramitación que supone para el órgano jurisdiccional y los demandados, para quedar reducida la demanda a 9 empresas. La reducción de la demanda no supuso una alteración de los hechos, lo que es un claro exponente del marcado carácter genérico de los mismos..”.

La crítica guarda relación con la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por todas las empresas codemandadas e indefensión por ignorar los motivos por los que eran demandadas. La Sala aceptará la alegación formulada, y con respecto al debate sobre la posible indefensión (ciertamente estrechamente unido al anterior) partirá de las alegaciones expuestas por la demandante para sostener la existencia del grupo empresarial, que son las siguientes: “que todas las sociedades están gestionadas por dos personas: D Landelino y D. Jacinto; que las instalaciones de las empresas están en la C/Trafalgar 20 de Guadalajara, donde prestan servicios los trabajadores de las empresas; que todos los empleados manejan un archivo llamado "intranet trabajo"; que obras COMAN SAL el 20 de julio de 2012, firmó un contrato con REVESTIMENTOS BENELUDY y el pagaré emitido es avalado por GESTESA DESARROLLOS URBANOS SL; que se hacen cuentas consolidadas conjuntas y que OBRAS COMAN tiene préstamos participativos con empresas del Grupo por valor de 1.542.401 #”.

Previo al estudio y resolución de los contenidos de la demanda, la Sala ha de resolver sobre la falta de legitimación activa alegada por la empresa con respecto a la parte demandante, al tratarse de un comité de un único centro de trabajo de la empresa, siendo así que el ERTE afecta a los de cuatro autonomías, o dicho en otros términos se plantea nuevamente el debate entre correspondencia del ámbito de afectación del conflicto con el de legitimación de la parte que presenta la demanda (art. 124.1 LRJS: “La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”).

Para desestimar esta tesis, se recuerda que la Sala ya se pronunció en sentido contrario en su sentencia de 20 de marzo de 2.013. En mi comentario a dicha sentencia manifesté que esta cuestión era de particular interés, y lo hice en estos términos: “Se debate ... la aceptación de que el comité de un centro de trabajo puede impugnar la decisión empresarial, que afecta a todos los centros de la empresa, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 124.1 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, que no requiere ningún tipo específico de implantación a la representación unitaria, a diferencia del requerimiento de implantación suficiente para la representación sindical, diferencia que queda debidamente justificada, y comparto el criterio de la Sala puesto de manifiesto ya en una sentencia anterior de 11 de enero, porque el citado precepto “no exige ningún requisito a los representantes unitarios, como no podría ser de otro modo, ningún tipo de implantación, puesto que su misma condición representativa acredita una relación real y efectiva en el ámbito del despido, siéndoles exigible acreditar únicamente, que la impugnación se decidió mancomunadamente, cuanto se trate de delegados de personal, o por la mayoría de los miembros del comité de empresa, conforme disponen los arts. 62.2 y 65.1 [ET](#)..”.

Al igual que ha hecho en otras recientes sentencias en las que ha debido abordar la existencia o no de grupo empresarial, la Sala acude a tres sentencias del TS, de 23 de octubre de 2.012, 20 de marzo y 27 de mayo de 2013, estas dos últimas dictadas ya en resolución de recursos de casación interpuestos contra sentencias que ya aplicaron la reforma laboral de 2012, siendo dedicada especial atención a la última citada porque es justamente la que centra su atención en el concepto de grupo empresarial y sus diferencias a efectos mercantiles y laborales (me remito al comentario de esta sentencia efectuado en una anterior entrada del blog). Con apoyo básicamente en esta última sentencia, la Sala entiende que no ha quedado probada la existencia de grupo empresarial laboral o patológico. Sobre la dirección unitaria, conexión entre el accionariado y actuación en el mercado como grupo se entiende aceptado por el Derecho Mercantil y por consiguiente no supondría uso abusivo de la personalidad jurídica. La Sala recuerda que se permite por la jurisprudencia que haya centros de trabajo comunes de dos o más empresas y que presten servicios en ellos trabajadores de diversas empresas, “mientras no se acredite que presten servicios de forma indiferenciada”, algo que la Sala estima “que no ha ocurrido en este caso”, aunque nos quedemos sin conocer los argumentos jurídicos (no los hay) por lo que la Sala llega a esta conclusión (algo que pudiera plantear, y desconozco si la parte demandante lo utilizará en un hipotético recurso de casación, un problema de incongruencia omisiva).

Desestimada la existencia de grupo empresarial laboral, la sentencia se adentra en el fundamento jurídico séptimo en la resolución de las pretensiones formuladas en la demanda sobre incumplimiento de defectos formales por la empresa, concluyendo la inexistencia de todo ellos, y posteriormente en el debate de la existencia o no de causa económica, concluyendo con el reconocimiento de su existencia a partir de los hechos probados y enfatizando que la parte trabajadora no rebatió la situación económica negativa de la empresa que instó los despidos, sino que pusieron el acento en la necesidad de conocer la realidad económica de todas las empresas que, a su parecer, integraban el grupo, pero una vez desestimada su existencia, es decir “no acreditado tal extremo, de la contabilidad aportada y no rebatida, se infiere que la situación económica es la alegada por la empresa”.

Respecto a los alegados defectos formales, me interesa destacar que la Sala sigue enfatizando, como continuación de una línea iniciada hace ya cierto tiempo y a la que se han sumado algunas sentencias de TSJ, la importancia de que aquellas alegaciones que se formulan en la demanda hayan sido planteadas durante el período de consultas, refiriéndose concretamente a la no aportación del plan de acompañamiento (por cierto, para que nadie lo olvide, obligatorio cuando se trata de despidos de más de 50 trabajadores), y con cita de sus sentencia de 13 de mayo de 2013 manifiesta que no cabe la nulidad solicitada ya que “ni en aquel caso, ni en el que enjuiciamos ahora, la representación de los trabajadores se quejase de la omisión del plan”. Es decir, la regla antiformalista que cada vez se ve más patente en las resoluciones de la AN lleva a entender cumplido el requisito si hubo discusión durante el período de consulta y la empresa formuló propuestas que bien pudieran ser “medidas de acompañamiento”. Respecto a los criterios de selección, tampoco se indicaron los criterios generales utilizados, si bien la empresa explicó a cada trabajador despedido cual era el criterio elegido para “seleccionarle”, y de ahí deduce que la Sala que pueden inferirse los criterios generales utilizados, “por lo que sería excesivamente formalista anular la medida por tal omisión”.

Distinta hubiera sido la resolución judicial si las causas alegadas hubieran sido sólo productivas y no se hubieran visto acompañadas de las económicas, realmente existentes estas últimas como he explicado con anterioridad, ya que la empresa no aportó el informe técnico requerido por el art. 7.2 del [RD 1483/2012](#), al objeto de acreditar la concurrencia de la causa, y de ahí que la Sala considere que “respecto de la causa productiva, se ha infringido la obligación de aportar la necesaria documentación en el periodo de consultas y de acreditación de la misma, lo que invalida la negociación respecto de la misma”.

#### **54. Sentencia de la AN de 23 de diciembre de 2013.**

[La tercerasentencia dictada el 23 de diciembre por la AN](#), con número de recurso 306/2013 y de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, versa sobre demanda presentada el 12 de julio por la Federación de Industria de CC OO y la Federación de industrias y trabajadores agrarios de UGT contra ENERMISA y otras varias empresas como codemandadas, en un litigio sustancialmente semejante, con la única diferencia de la tramitación por la AN por tratarse de un conflicto supraautonómico, a los resueltos por varias sentencias de los TSJ de Castilla y León (17 de abril y 23 de mayo) y Asturias (5 de julio). Todos ellos versan sobre procedimientos de despido colectivo instados por las empresas como consecuencia de rescisiones de contratos suscritos con

las principales clientes de la empresa, y en el caso concreto ahora enjuiciado, por la pérdida del único cliente, del que dependía (hecho probado tercero) el 100 % de su facturación, “y ante la crisis del sector no ha sido posible de encontrar alternativa alguna para mantener la actividad de prestación de servicios, por su especialización y por la forma en que la crisis de la minería ha afectado a todas las empresas del sector”.

En los fundamentos de derecho se pasa revista nuevamente, al haberse planteado la existencia de un grupo de empresas, a la jurisprudencia del TS y muy señaladamente, otra vez más, a la dictada el 27 de mayo, para concluir en la inexistencia del grupo empresarial laboral o patológico, apartándose en este punto de la doctrina sentada por la [sentencia del TSJ de Asturias de 5 de julio](#). Para la AN, ello no ha quedado probado en el caso ahora enjuiciado que hubiera prestación indiferenciada en el trabajo por parte de los despedidos (es este criterio, sin duda, el que utiliza la AN en sus últimas sentencias para ser bastante restrictiva en la aceptación del grupo de empresa laboral), y no importa que haya quedado probado que sí hubiera una prestación sucesiva de trabajo en diferentes empresas, ya que ello “no supone un uso abusivo de la personalidad jurídica”. En definitiva, la AN está acogiendo la doctrina del TS en su sentencia de 27 de mayo de 2013 sobre la valoración de la actuación empresarial en su conjunto para determinar si estamos en presencia o no de un fraude jurídico, donde la prestación indiferenciada adquiere sin duda relevancia para poner de manifiesto el fraude. Bien es cierto, además, que otras posteriores sentencias del TSJ de Asturias (8 y 20 de noviembre, y 5 de diciembre) han negado la existencia de grupo de empresas en litigios semejantes al actual, y que esta tesis la había defendido la propia AN en su sentencia de 19 de diciembre de 2.012.

Desestimada la alegación de existencia de grupo empresarial, la demanda prosperará porque la negociación se efectuó por centros de trabajo, siendo requisito obligatorio según la Sala, que ha sido acogido expresamente en la “reforma de la reforma laboral” operada por el Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, que se efectuara una sola negociación en el ámbito empresarial siendo suficientemente ilustrativa de esta tesis las sentencias de la propia AN de 25 de julio, 16 y 21 de noviembre de 2012, y 1 y 23 de abril de 2013. [En la sentencia de 16 de noviembre](#), por referirme sólo a una de ellas, manifesté que “La Sala acude a su doctrina sentada en la sentencia de 25 de julio para reiterar que los acuerdos alcanzados en sede de centro de trabajo no son válidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 51.2 de la LET y que la consulta y negociación debe realizarse a escala de la empresa, recordando además que el RD 801/2011, vigente cuando se planteó el conflicto, no permitía la adopción de acuerdos en unos centros y no en otros, ya que requería, para que la autoridad administrativa laboral pudiera aprobar un ERE, que el acuerdo se hubiera producido en todos ellos. Obiter dicta, la Sala aprovecha las peculiaridades del caso enjuiciado, en el que incluso hubo negociaciones a título individual por tener un centro de trabajo un solo trabajador, para defender su tesis de la negociación a escala de empresa ya que (en este caso) “ se observa con especial claridad hasta qué punto la tramitación de un despido colectivo por centros degrada las garantías para los trabajadores, puesto que convierte a los centros de trabajo en rivales entre sí, parcela y consecuentemente merma la fuerza negociadora de los representantes de los trabajadores, y hace de mayor debilidad a algunos afectados frente a otros”

#### **55. (Dos) Sentencias de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2014.**

1. Las sentencias dictadas por la AN el 20 de enero, con [números de recursos 256 y 257/2013](#), de las que ha sido ponente el magistrado Ricardo Bodas, resuelven los litigios suscitados con ocasión de demandas interpuestas por representantes de los trabajadores, interpuestas el 12 de junio de 2013, contra la decisión de la empresa Servicontrol SAU de despedir a 27 trabajadores, con petición en aquellas de declaración de nulidad de las decisiones extintivas por considerar que los despidos no se habían efectuado por el empresario real de los trabajadores sino sólo por un empresario aparente, y de manera subsidiaria la declaración de no ser ajustados a derecho.

2. De los antecedentes de hecho queda debida constancia de que la parte demandante mantuvo que la empresa que había procedido a los despidos formaba parte de un grupo de empresas, cuya sociedad dominante en España es Bureau Veritas, y que reunía todos los requisitos para ser considerado grupo a efectos laborales, subrayando que “Servicontrol no tiene autonomía como tal empresa, ni dirección propia, ni organización propia, ni posee tampoco un patrimonio propio”. De forma minuciosa pasó a examinar los requisitos marcados por la jurisprudencia para considerar la existencia de un grupo laboral o patológico, y trató de justificar la existencia de los mismos por lo que respecta a la unidad de dirección (siendo un dato significativo que me interesa ahora destacar, la alegación de que los negociadores del convenio colectivo formaban parte de otras dos empresas del grupo), la concurrencia de funcionamiento unitario, la confusión de plantillas (con alegación de que los trabajadores de las distintas empresas demandadas “comparten espacios de trabajo y prestan servicios indistintos para una u otras empresas”), y la confusión patrimonial (con alegación de que una de las demandadas absorbió a Servicontrol poco después de producirse los despidos, y que hubo proceso similares en otras empresas del grupo, datos que a juicio de los demandantes acreditaban “que su articulación societaria era totalmente artificiosa”). Además de la argumentación de inexistencia del sujeto negociador que era el empresario real, se defendió que no concurrían las causas económicas y organizativas alegadas al tener que abordarse la situación de todo el grupo, y que además se había realizado ya en 2.011 un importante ajuste de plantilla y que había significado su reducción de 124 a 64 trabajadores.

Por las demandadas, todas ellas menos Servincontrol, se alegó falta de legitimación pasiva por no formar parte de un grupo laboral. Además, se rechazó la pretendida inexistencia de causas por haber quedado probado a su juicio en el período de consultas, con la aportación de los datos económicos, la deficiente situación económica de la empresa, se argumentó el respeto al marco regulador del período de consultas y se puso de manifiesto la imposibilidad de llegar a un acuerdo por el rechazo por la parte trabajadora de las propuestas de la empresa y por haber propuesto a su vez “indemnizaciones absolutamente desproporcionadas” que aquella no estaba en condiciones de abonar.

3. En los hechos probados se pasa una muy detallada revista a la estructura jurídica del grupo Bureau Veritas SA, cuya cabecera de grupo en España es Bureau Veritas Inversiones SL, así como al objeto social de la empresas que forman parte del grupo (entre ellas Servicontrol y ECA) y que fueron demandadas. A los efectos de la resolución del litigio hay que destacar el hecho probado sexto, en el que se recoge que la empresa Servicontrol “no tiene equipo de dirección propio, ocupándose del Management de dicha mercantil personal de ECA, cuyas retribuciones se facturan por

dicha mercantil a Servicontrol, bajo la denominación "Importe a la distribución de gastos del departamento de control de créditos y otros gastos de gerencia compartidos".

El período de consultas se inició el 11 de abril, con una propuesta empresarial (algo, por cierto, que empieza a ser frecuente como estrategia empresarial de aprovechamiento de las posibilidades ofrecidas por la reforma laboral de 2012 y la aceptación concedida a esta estrategia por los tribunales en su interpretación del art. 51 de la LET) de negociación tanto de un despido colectivo como de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Las reuniones finalizaron sin acuerdo el 10 de mayo, y en los hechos probados se recoge ampliamente el contenido de dichas reuniones y de las propuestas y contrapropuestas de ambas partes.

4. El eje central de la fundamentación jurídica de la sentencia gira, lógicamente, alrededor de la existencia o no de un grupo laboral, ya que sí se admitió por las demandadas la existencia de un grupo mercantil de acuerdo a lo dispuesto en el art. 42 del Código de Comercio. La parte demandada autora de los despidos intentó demostrar que no era “una empresa aparente o artificiosa” y que no formaba parte de un grupo laboral, si bien, tal como se recoge en el fundamento jurídico tercero, “aportó las cuentas de la totalidad de las empresas del grupo en España, sin ser obligatorio según la memoria e informes técnicos, porque solo INVERSIONES y ECA se dedican a la misma actividad, están radicadas en España, y tienen saldos acreedores y deudores con SERVICONTROL, e intentó demostrar que, pese a la dirección unitaria y a la fuerte centralización del Grupo BV, ni concurría confusión de plantillas, ni confusión patrimonial”.

La AN reitera el análisis jurídico efectuado en sentencias anteriores sobre qué debe entenderse por grupo de empresas a efectos mercantiles y qué requisitos deben darse para poder afirmar la existencia de un grupo laboral y por consiguiente la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran, acudiendo inevitablemente a la jurisprudencia del TS, con un larga y extensa cita de la sentencia de 22 de octubre de 2012 y que ha sido seguida por las ya dictadas en conflictos en los que ha debido conocer de los suscitados tras la entrada en vigor de la reforma laboral, esto es las de 20 de marzo, 27 de mayo y 25 de septiembre de 2013. Igualmente, acude a su propia doctrina, en concreto a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2013, en la que ha procedido a sintetizar la jurisprudencia del TS sobre la materia.

Tras el estudio doctrinal la sentencia pasa a la resolución del caso concreto enjuiciado, poniendo de manifiesto que ha quedado acreditada la existencia de grupo mercantil, ya que Bureau Veritas Inversiones mantiene “un control societario absoluto sobre las demás empresas del grupo.. (y) una dirección estratégica unitaria”, y también, vuelvo a destacarlo, que la empresa que procedió a los despidos, Servicontrol, “no tiene personal directivo desde 2.011”. Otro dato relevante para determinar la existencia o no de grupo laboral será el de la facturación de servicios entre las empresas a precios de mercado o no, siendo significativo que no quedara acreditado que los servicios facturados por ECA a Servicontrol se efectuaran a precios de mercado. Con respecto a un dato bastante importante a mi parecer, y enfatizado por la jurisprudencia, cual es la prestación indistinta de servicios laborales para varias empresas del grupo, la Sala desestima la tesis de la demandante por considerar que no ha podido probar que se produjera tal circunstancia y, por consiguiente, que se diera la denominada “confusión de plantillas”.

Ahora bien, la inexistencia de grupo laboral no resuelve otra de las cuestiones planteadas en la demanda, esto es la ocultación de un empresario real bajo el empresario aparente, es decir que la decisión de despedir se adoptó por un sujeto empresarial que no era realmente quien tenía el poder de dirección. La importancia jurídica de la distinción entre empresario real y empresario aparente ha llegado ya tras la reforma laboral a conocimiento del TS, y recuérdese ahora la importante sentencia de 25 de octubre que mereció un comentario que titulé [“ERE. Empresario formal y empresario real. Debate judicial. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre”](#). En dicho comentario me detuve con especial atención en el voto particular emitido por el magistrado Fernando Salinas y otros cuatro magistrados, del que recupero ahora dos párrafos que considero de especial interés para las sentencias de la AN que estoy ahora analizando:

“¿A dónde quiere llegar el voto particular en esta “reflexión” general que se parece mucho al supuesto abordado en la sentencia? Pues a determinar a favor de quién redundan los beneficios del trabajo prestado y por lo que debería asumir la condición de empleador real. El voto destaca, y otras vez con letra negrita, que “puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquéllas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa”. En tales casos no hay confusión de plantillas, pero el trabajador puede prestar sus servicios “a favor de todos los integrantes de una empresa troceada o dividida en partes”, encontrándonos ante un supuesto en el que un trabajador está contratado por una empresa pero realiza su actividad “de modo simultáneo e indiferenciado a favor de los integrantes de la única empresa real, lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de dirección y organización que, como definatorios de la relación laboral, enuncia el citado art. 1.1 ET”.

Podríamos estar en definitiva, concluye esta peculiar, y muy interesante “reflexión general”, ante un supuesto de interposición laboral, con un empresario aparente y otro real, con independencia de la existencia o no de un grupo de empresas, de tal manera que la resolución del caso “quizá podría haber sido otra distinta” si se hubieran adoptado las medidas necesarias para determinar quien podría ser el auténtico empresario. No son juegos florales ciertamente, aunque haya hecho mención anteriormente a la elegancia del voto particular, sino que detrás hay un importante debate jurídico sobre el concepto de empleador real, algo que sin duda podrá volver a suscitarse, y esta vez de forma mucho más correcta que en el actual caso, en sentencias posteriores que deban dictarse por el alto tribunal”.

Vuelvo a la sentencia de la AN justamente porque aquello que la misma aborda es si estamos en presencia de un empresario real o aparente en el caso analizado, y de ser aparente el que procedió a los despidos debemos averiguar cuál era el empresario real a los efectos de declarar la responsabilidad solidaria. Y aquí la respuesta de la AN, con criterio jurídico que comparto, es clara y contundente: aunque no haya, a su parecer, confusión de plantillas ni confusión patrimonial, no es menos cierto que la empresa en la que se producen los despidos está dirigida por directivos de otra empresa del grupo (ECA), o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, estaríamos más propiamente no ante una empresa autónoma sino ante “una división o área de ECA,



como demuestra que, al poco tiempo de producirse los despidos y las modificaciones sustanciales, ECA absorbiera a Servicontrol”.

Estamos en presencia, pues, de una empresa sin jefes, mandos o directivos propios, habiéndose producido aquello que los demandados calificaron de “externalización de las tareas directivas”, y que la Sala califica, con una gráfica expresión que a buen seguro será objeto de de más de un comentario, de “jibarización empresarial”. Todas las decisiones que afectan a la vida laboral de Servicontrol se adoptan desde un dirección de otra empresa que forma parte del grupo mercantil, y de ahí que la personalidad jurídica de Servicontrol sea meramente artificiosa ya que todas las decisiones que afectan a las relaciones laborales, y por consiguientes a las extinciones contractuales, se adoptan desde órganos de dirección ajenos a la misma, estando por consiguiente, tal como argumenta la Sala, ante “mantenimiento de una empresa sin dirección propia dentro del grupo (que) constituye, por artificioso, un ejercicio anormal del poder de dirección y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante”.

La existencia de una pantalla o apariencia de empresario tras la que se oculta quien adopta realmente las decisiones lleva a la Sala a la estimación parcial de la demanda y a la condena solidaria de la cabecera del grupo en España, Bureau Veritas Inversiones, por ser “quien tomó la decisión de dejar sin cabeza a Servicontrol” y a una empresa del grupo, ECA por tratarse de la que “sirvió como instrumento para mantener la apariencia empresarial de Servicontrol”, siendo ambas responsables “del fraude cometido, así como del uso abusivo de la personalidad jurídica de Servicontrol (fundamento jurídico cuarto). La sala desestima la petición de responsabilidad solidaria de las restantes empresas demandadas del grupo, por considerar que las relaciones que mantenían con Servicontrol eran puramente comerciales y en la mayor parte de las ocasiones no se dedicaban a la misma actividad, poniendo nuevamente el acento en que “las decisiones ejecutivas las tomaba únicamente Inversiones”.

En definitiva, al haberse llevado a cabo los despidos por un sujeto que no tenía la consideración de empresario real de los trabajadores afectados, procede declara su nulidad y la condena a su readmisión. No se ha negociado por el grupo laboral y por consiguiente, recuerda la Sala con acopio de doctrina del TS y de sus propias sentencias, “la consecuencia es que el período de consultas no se acomodó a derecho, lo que producirá la nulidad del despido, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS”.

#### **57. Sentencia de la AN de 16 de enero de 2014.**

La [sentenciadictada el 16 de enero](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, con ocasión de la demanda interpuesta el 9 de septiembre de 2.013 por la Federación de sindicatos de Banca de la CGT contra la empresa Bankia SA y diversas organizaciones sindicales. No es en puridad una demanda por despido colectivo, pero su análisis debe realizarse en esta sede a mi parecer porque el conflicto colectivo suscitado deriva de la inaplicación, a juicio, de la demandante, de los términos de un acuerdo justamente suscrito durante el período de consultas de un procedimiento de despido colectivo.

A) La lectura de los antecedentes de hechos permite conocer que la tesis central de la demandante se basó en la alegación de actitud fraudulenta por parte de la empresa con ocasión del procedimiento de despido colectivo que culminó con la extinción de 4.500

puestos de trabajo, actitud que a juicio de la demandante supuso “abuso de poder, indefensión y arbitrariedad ejercidos por la entidad”, poniendo el acento en la argumentación que la empresa no había respetado el procedimiento pactado, en especial por lo que respecta a la aceptación de las bajas voluntarias solicitadas por los trabajadores. La tesis de la demanda fue rechazada por la empresa demandada, tanto por razones formales como de fondo, manifestando con respecto a las primeras que la Sala debía apreciar inadecuación de procedimiento porque la demanda no concretaba cuáles eran los presuntos incumplimientos, y con respecto a las segundas que el acuerdo pactado daba margen de disponibilidad a la empresa para determinar cómo y en qué condiciones podían producirse las bajas voluntarias, y que el acuerdo suscrito el 8 de febrero tras el período de consultas, con el 97,9 % de la representación sindical, no fue impugnado en su momento, por lo que “ha de estarse a lo pactado en sus propios términos”, aportando un dato estadístico para justificar la corrección de su actuación, cual era que a 10 de diciembre del pasado año se habían producido 3.502 bajas voluntarias y 509 bajas forzosas, “acreditando la primacía de la voluntariedad” (85,40 %). Uno de los ejes sobre los que pivotó el conflicto fue la posibilidad (defendida por la demandante y negada por la empresa) de acogerse a las bajas voluntarias los trabajadores cuyas unidades productivas fueron externalizadas con aplicación del art. 44 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, alegando la empresa que “la posibilidad de adhesión, contemplada en el apartado segundo del capítulo III (del Acuerdo) sea relevante, porque quedaba condicionada a la necesidad de amortizar las plazas”.

B) De los hechos probados interesa destacar algunos datos que han sido ya suficientemente conocidos a través de los medios de comunicación en los últimos meses, tales como la aprobación de plan de reestructuración de la entidad por la UE, con la obtención de 20.000 millones de euros para llevarlo a cabo, que implicaba el cierre de oficinas y la extinción de un importante número de puestos de trabajo. Igualmente, que el procedimiento de despido colectivo instado por la empresa terminó con acuerdo el 8 de febrero de 2013 suscrito, como ya he indicado, por el 97,9 % de la representación sindical, con la aprobación de la extinción de 4.500 contratos de trabajo, fijándose la aplicación gradual de la citada reestructuración hasta el 31 de diciembre de 2015. En el hecho probado tercero se recoge en su integridad el capítulo II dedicado a las bajas indemnizadas, eje central de conflicto ahora analizado. Queda también constancia de los acuerdos alcanzados entre la empresa y las mismas organizaciones sindicales firmantes del acuerdo sobre la subrogación contractual de parte de la actividad, y del personal, llevada hasta entonces por la entidad a otras empresas, de tal manera que los trabajadores subrogados que solicitaron adherirse a las bajas voluntarias “vieron denegadas sus solicitudes, mediante comunicaciones, en las que se manifestaba que sus puestos de trabajo no se extinguirían, puesto que serían subrogados por las mercantiles reiteradas”.

C) Pasemos a los fundamentos de derecho, en donde la Sala procede en primer lugar a examinar la alegación de inadecuación de procedimiento, para lo que realiza un amplio estudio teórico-doctrinal del procedimiento de conflicto colectivo y más concretamente de cuando puede instarse el mismo al amparo del art. 153 de la ley reguladora de la jurisdicción social, es decir cuando concurre el elemento subjetivo de la afectación de un grupo genérico de trabajadores y el objetivo consistente en la presencia de un interés general, con la posibilidad abierta por la reforma de planteamiento del conflicto cuando afecte “a un colectivo genérico susceptible de determinación individual”. La excepción es estimada por la Sala en cuanto que considera que de aceptar la tesis de la demandante

estaría obligada a entrar a conocer de los supuestos incumplimientos alegados con respecto a los distintos trabajadores que puedan estar afectados, algo que “escapa clamorosamente a los límites del procedimiento de despido colectivo”, debiendo en su caso ser conocidos esos posibles incumplimientos en sede de procedimientos individuales. Para la Sala, no se ha alegado ni probado por la demandante la afectación general del conflicto a un colectivo genérico de trabajadores, sino que simplemente se han planteado una suma de incumplimientos individuales, conflictos de los que no puede conocer la Sala en la modalidad procesal de conflicto colectivo. La Sala recuerda, además, que los supuestos problemas de concreción o indefinición del acuerdo suscrito durante el procedimiento de consultas debió llevar al ahora demandante a impugnarlo en su momento y trámite procesal oportuno, y no se hizo, y que el citado acuerdo dejaba un margen de actuación a la empresa para su concreta aplicación.

En segundo término, la petición de que se acepten todas las bajas voluntarias solicitadas sí puede tramitarse por la vía del art. 153 de la [LRJS](#) y obliga consecuentemente a determinar el alcance de la potestad empresarial para aceptar o no, y con qué requisitos y condiciones, todas las solicitudes presentadas. Dicho de otra forma, se plantea la posible vulneración del principio de igualdad, por lo que la Sala procede en primer lugar a un repaso de la doctrina jurisprudencial en la materia, con incorporación de un amplio fragmento de la [sentencia del TS de 9 de julio de 2012](#) (que incorpora a su vez numerosas referencias tanto propias como del Tribunal Constitucional), y el análisis del carácter objetivo de la diferencia y la superación del juicio de proporcionalidad “sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”, y en definitiva la “razonabilidad” de la distinción operada. Y como el eje central del debate gira sobre la presunta vulneración del principio de igualdad porque no se aceptaron bajas voluntarias de trabajadores subrogados a otra empresa, la Sala desestima la pretensión dado que dichos trabajadores no perdieron en ningún momento sus puestos de trabajo, “a diferencia del resto de trabajadores (que vieron extinguidos sus contratos).. cuyos puestos de trabajo han perdido cualquier utilidad económica para la empresa”. La Sala concluye, a partir del análisis detallado que realiza del acuerdo, que el presupuesto necesario para solicitar la baja voluntaria es el que el puesto de trabajo de la persona interesada en acogerse a la misma fuera amortizado, algo que no ocurre cuando lo único que se produce es una sucesión empresarial. En cuanto que el acuerdo suscrito tras el período de consultas dejaba un margen de actuación a la empresa para proceder a las citadas extinciones, esta no ha incumplido la normativa vigente, ya que no quedaba obligada a autorizar todas las bajas voluntarias, “sino aquellas que no disturbaran su proceso de reorganización..”.

### **58. Sentencia de la AN de 10 de febrero de 2014.**

La [sentencia de la AN es la dictada el 10 de febrero](#), de la que ha sido ponente la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo, con ocasión de la demanda interpuesta el 2 de octubre de 2013 por la Federación de Industria de CC OO, a la que se adhirió la Federación MCA-UGT, contra la empresa Recuperación de materiales diversos SA. La parte demandante impugnó un expediente de reducción de jornada y suspensión temporal de empleo, y solicitó la declaración de nulidad o subsidiariamente, el carácter injustificado de la decisión colectiva impugnada.

A) Las alegaciones para defender la tesis de nulidad o carácter injustificado de la medida son tanto formales como de fondo, destacando a mi parecer la de que el ERTE

ahora impugnado se presenta, y aprueba, cuando aún estaba en vigor otro ERTE pactado con la representación trabajadora. Igualmente, se alega incumplimiento de los términos pactados en un expediente anterior en el que, siempre según la parte demandante, la empresa se comprometía a mantener la estabilidad en el empleo de su personal; igualmente, hay diversas alegaciones críticas sobre la no válida composición de la comisión negociadora, la tramitación del ERTE ante una autoridad administrativa laboral que no era la competente, o cuál era la documentación que debía ser objeto de presentación durante el período de consultas; por fin, y respecto al fondo del asunto, se negó la existencia de causas que lo justificaran ya que a su parecer se habían utilizado las causas ya preexistentes en anteriores expedientes, por lo que “la medida no pasa el test de razonabilidad, adecuación y proporcionalidad”.

La parte demandada se opuso a la demanda, y de su tesis vertidas en el acto del juicio, y a las que habrá que volver con posterioridad al entrar en el examen de los antecedentes, hechos probados y fundamentos jurídicos, me interesa subrayar que enfatizó la difícil situación económica en que se encontraba, con un concurso de acreedores en el que se había alcanzado un convenio para abonar las deudas pendientes durante un período de quince años, y que aquella había empeorado desde la presentación y aprobación del ERTE anterior, por lo que la empresa podía proceder a presentar un nuevo expediente, y además que no había “ningún compromiso de mantenimiento del empleo, ya que la empresa lo que manifestó es que se pretendía mantener el empleo”.

B) De los antecedentes de hecho interesa retener el dato de que el expediente ahora impugnado es el cuarto de los realizados por la empresa desde la presentación del concurso. Respecto a los hechos probados, cabe destacar que el conflicto afecta a dos centros de trabajo sites en localidades de las Comunidades Autónomas de Castilla y León y Andalucía (130 y 16 trabajadores en Ardoncino y Aznalcóllar, respectivamente), teniendo presencia el sindicato demandante en el primero de los centros de trabajo citados. En la comisión negociadora el delegado de personal del centro andaluz estaba representado por los miembros de su sindicato (UGT) en el comité de empresa del centro leonés y que formaban parte de dicha comisión, “en virtud de la autorización realizada por el mismo para la negociación del expediente en el periodo de consultas, cuya autorización obra en el expediente administrativo”. Queda debida constancia de las diferentes propuestas de ambas partes durante el período de consultas, desarrollado durante siete sesiones de trabajo y que finaliza con acuerdo de extinción de contratos de 55 trabajadores, 41 en el centro de trabajo leonés y 14 en el andaluz.

C) Las cuestiones jurídicas suscitadas son varias, y a todas ellas debe responder la Sala. La que se plantea en primer lugar es si se constituyó correctamente la comisión negociadora, ya que CC OO alegó que al tratarse de dos centros de trabajo y no participar el delegado de personal de uno de ellos la decisión no había respetado el procedimiento legal. La Sala desestima la petición tanto por razones formales, ya que no se había planteado en la demanda y se trataba de una cuestión nueva, como de fondo, en cuanto que sí estuvo presente la representación del centro de trabajo andaluz al haber conferido su representación a los miembros del comité de empresa de su propio sindicato del centro de trabajo leonés.

Respecto a la incorrección de la tramitación administrativa, la desestimación se basa en el hecho de que la normativa vigente (art. 25.3 del [RD 1483/2012](#)) permite que sea la autoridad administrativa del ámbito territorial en el que se encuentre el 85 % como

mínimo de la plantilla afectada, la que lleve a cabo la totalidad de las actuaciones de tramitación del procedimiento, debiendo en todo caso notificar “a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social la finalización del periodo de consultas, trasladándole la copia del acuerdo alcanzado en el mismo, o en caso de concluir éste sin acuerdo, la decisión empresarial de despido colectivo”.

Las discusiones sobre la documentación aportada por la parte demandante no afectan a la validez de la tramitación ya que finalmente se incorporó al expediente, y sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados, de los datos aportados por las partes, y en especial por la empresa, la Sala concluye que no se ha vulnerado el art. 17 del RD 1483/2012, ya que la información aportada por aquella durante el período de consultas “supera el juicio de suficiencia, máxime si se tiene en cuenta que la misma iba acompañada de la relación nominativa de los trabajadores afectados, lo que permitía al órgano unitario verificar si en su designación se atendía o no a los criterios explicitados en la comunicación de apertura del periodo de consultas”, y subraya que no hubo críticas al respecto ni por la autoridad administrativa laboral ni por la representación trabajadora durante el período de consultas.

Más enjundia tiene sin duda el recurrente debate sobre la posibilidad de presentar un ERE o ERTE cuando está vigente uno anteriormente pactado de suspensión de contratos y reducción de jornada, e igualmente tiene especial interés el debate sobre la existencia, o no, de una cláusula por la que la empresa se comprometiera a mantener la estabilidad en el empleo (y dicho sea incidentalmente, vuelvo a insistir en la importancia de la clara redacción de las cláusulas, al objeto de evitar posteriores conflictos jurídicos). De la documentación aportada por las partes, y más concretamente de las actas del período de consultas (otra vez, y van..., destaco la importancia de saber qué se dice y cómo se dice durante el período de consultas), la Sala concluye que no existe una cláusula que pudiera imposibilitar la presentación de nuevo expediente, ya que aquello que consta en el acta de la tercera reunión es que la empresa se refiere a la estabilidad en el empleo y se garantiza “pues estamos hablando de un expediente de reducciones y suspensiones, nunca de extinciones...”, de lo que la Sala concluye que deviene inaplicable el art. 1256 del Código Civil, “porque de los términos expresados no puede razonablemente deducirse que lo que allí se plasmó era el compromiso de la empresa de mantenimiento sine die del empleo, máxime referido a periodos posteriores a la vigencia del inicial ERE suspensivo”.

Sobre la posibilidad de presentar un nuevo expediente cuando se encuentra aún vigente uno anteriormente pactado, la parte demandante alega que de la documentación aportada por la empresa y de sus explicaciones no hubo en ningún momento “mención a nuevas circunstancias singulares diferenciadas que no hubiesen sido contempladas ni valoradas en las precedentes memorias”. El asunto se plantea en primer lugar a mi parecer sobre qué documentación debía aportar la empresa para justificar el nuevo ERTE, que no es otra que la dispuesta en el RD 1483/2012, con independencia del parecer que le merezca a la representación trabajadora y que provocará en su caso, como aquí ha ocurrido aún cuando la demanda haya sido interpuesta por un sindicato, la impugnación en sede judicial. Si la parte trabajadora entiende que no se presenta una documentación que posibilite un período de consultas eficaz, en los términos previstos tanto por la normativa estatal como por la [Directiva de 1998 sobre despidos colectivos](#), y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, debe solicitarla a la empresa durante el período de consultas, pero si la empresa presenta la información legalmente prevista y

la parte trabajadora no demanda, y en su caso justifica, información adicional, no podrá alegarse después que no ha podido llevarse a cabo una negociación ordenada y eficaz durante el período de consultas. Trasladada esta tesis general al caso concreto enjuiciado, la Sala concluye que “habiendo transcurrido el período de consultas sin que la representación de los trabajadores solicitara información alguna a la empresa, consideramos que los representantes de los trabajadores dispusieron de la documentación necesaria para la negociación efectiva durante el período de consultas”.

A partir de esta premisa previa de corrección de la documentación presentada, corresponde analizar si existen o no razones económicas o de otro tipo que justifiquen la presentación de un nuevo ERTE, y de los datos aportados por la empresa respecto al progresivo aumento de la situación deficitaria de la empresa la Sala concluye que hay base jurídica para la presentación de aquel, ya que “cuando se presentó el ERE de extinción en junio de 2013 la situación económica de la empresa RMD reflejaba en su dato de facturación que era mala y su evolución prevista era peor y cuando se presentó el ERTE de suspensión y reducción en agosto de ese año la situación económica de la empresa era peor y su evolución prevista aún más negativa”. Si las medidas adoptadas están en conexión y guardan relación con la situación económica negativa, el ERTE tendrá validez jurídica, con independencia de la existencia de ERES o ERTES anteriores y de que las medidas adoptadas en los mismos no hayan surtido los resultados esperados, acudiendo la Sala a la [doctrina unificadora del TS, en sentencia de 29 de septiembre de 2008](#), para recordar que “es irrelevante, que las medidas de reducción de plantillas anteriores (aquí de suspensión de contratos y reducción de jornada y de reducción de plantilla) no hayan permitido eliminar las pérdidas, porque sin aquellas medidas las pérdidas podrían haber sido superiores, y en todo caso ese dato pone de relieve simplemente que las medidas anteriores no han sido suficientes, lo que en principio no desacredita nuevas medidas en el mismo sentido”. En cualquier caso, y a modo de cierre del comentario, conviene recordar la especial precaución y prevención con que los tribunales contemplan la presentación de un expediente cuando está vigente uno anterior, y la necesidad de la empresa de aportar la justificación necesaria (no digo que reforzada con respecto a un ERE que no tenga antecedentes pero sí deberá pedirse un esfuerzo especial de justificación de una situación que provoca el nuevo ERE o ERTE) para su posible aprobación.

### **59. Sentencia de la AN de 10 de marzo y de 28 de marzo (dos).**

La [Sala de lo Social de la Audiencia Nacional](#) sigue dictando importantes sentencias en materia de despido colectivo.

A) Por orden cronológico de publicación, cabe citar la [dictada el 10 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas. Un asunto muy interesante a efectos jurídicos sobre la negociación por cada empresa o por el grupo de empresas y que cuenta (y son pocos los casos en que se ha dado esta circunstancia en procedimientos de despido colectivo, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza) con un voto particular discrepante. La sentencia desestima las demandas presentadas por los sindicatos autonómicos del País Vasco ELA-STV y LAB y declara conforme a derecho la decisión empresarial de extinción de contratos. De especial interés es el seguimiento de la estrategia empresarial para proceder a despidos en unos centros de trabajo u otros no sólo en razón de la situación económica sino también en función de los acuerdos alcanzados con los trabajadores para aplicación de medidas de flexibilidad interna.

B) En segundo término, la muy importante [sentencia dictada el 28 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado Rafael López Parada, con ocasión de varias demandas interpuestas en procedimiento de despido colectivo contra las empresas TRAGSA y TRAGSASEC. La sentencia declara la nulidad de la decisión empresarial y condena a la readmisión de todos los trabajadores despedidos.

Es una resolución judicial muy compleja y en donde se abordan cuestiones de índole laboral, mercantil, administrativa, fiscal e internacional, en la que debe merecer especial atención a mi parecer la doctrina sentada por la Sala sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados y las diferencias existentes entre los despidos en el sector privado y en el sector público, estando este último sometido a unas reglas más estrictas por la vinculación de la Administraciones y de sus entes instrumentales a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Para la Sala, los criterios “han de ser lo suficientemente específicos, a partir de magnitudes mensurables para poder determinar mediante su aplicación quienes son los trabajadores afectados y además dichos criterios deben estar fundamentados en circunstancias dirigidas a valorar el mérito y capacidad de los trabajadores”.

C) En tercer lugar, otra [sentencia de 28 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, que declara la nulidad de los despidos efectuados por la empresa y condena a la readmisión de los trabajadores despedidos. Dicha nulidad encuentra su razón de ser en la insuficiencia de la documentación económica aportada al inicio del período de consultas y también al incumplimiento de justificar el cambio producido durante dicho período, dado que en tal caso se vulnera según la Sala el RD 1483/2012 cuando no se actualiza el contenido de la comunicación inicial, y esa actualización es especialmente más importante cuando no existe acuerdo entre las partes y se ha modificado la propuesta inicial, “puesto que el despido ya no puede apoyarse en las razones esgrimidas a su inicio, sino en la nueva adecuación de las causas y en su adecuación a la medida propuesta, que ya no puede ser la misma que al inicio del período de consultas y es un deber inexcusable, porque centrará los términos objetivos en los que se fundamenta el despido colectivo...”.

## **60. Sentencia de la AN de 28 de marzo.**

1. En la [entrada anterior del blog](#) hice un breve apunte de algunas sentencias de indudable interés en materia de despidos colectivos y suspensiones de contratos de trabajo dictadas recientemente por las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, y remití a la finalización de las actividades docentes del primer trimestre del año el comentario detallado de algunas de ellas. Empiezo ahora a cumplir con mi palabra y lo hago con el examen de la sentencia que ha merecido más titulares, comentarios, análisis y críticas en los medios de comunicación, la [dictada el 28 de marzo por la AN en el llamado “caso TRAGSA”](#).

2. Fíjense los lectores y lectoras del blog con qué prudencia empiezo este comentario, ya que el título de la entrada es suficientemente significativo y ayuda a entender mejor la pregunta que hago a continuación: ¿puede ser objeto de comentario en un blog una sentencia de 105 páginas, de una extraordinaria complejidad jurídica y en la que se abordan cuestiones que afectan a muchas ramas del ordenamiento jurídico y no sólo de

la laboral? Bueno, pues lo voy a intentar, o por decirlo de forma más correcta voy a tratar de resaltar aquellos contenidos que considero más destacados, por varios motivos: en primer lugar porque después de haber hecho el esfuerzo de haber leído la sentencia, y haber sobrevivido en el intento, quiero compartir mis pareceres con los lectores y lectoras del blog; en segundo término, y muy estrechamente relacionado con lo anterior, porque cuando se aprende mucho tras la lectura de una sentencia, y así ha sido en este caso, es bueno poner sobre la mesa aquellas ideas, tesis, dudas o interrogantes que la lectura ha suscitado; en fin, porque he seguido el conflicto desde sus inicios y porque varias personas afectadas directamente por el mismo me han hecho saber su interés de que pudiera sintetizar los contenidos jurídicos de mayor interés, y esta es una “obligación” que asumo gustosamente una vez finalizada la actividad docente (mejor dicho, suspendida durante las vacaciones de Semana Santa, ya que a partir del 22 de abril se reanuda, y con mucha intensidad, hasta final del curso académico 2013-2014). Quiero agradecer nuevamente a todas las personas, y son bastantes, que me han hecho llegar información y comentarios sobre el litigio ahora analizado para que pueda tener un mejor conocimiento de la situación, y también pedir disculpas a quienes no haya podido responder de forma personalizada. Con esta entrada espero que todas ellas vean reconocido su esfuerzo para que quien ahora redacta la entrada lo pueda hacer, y lo haga, con mejor conocimiento de causa.

Últimas precisiones, pero no menos importante: en primer lugar que la sentencia no es firme y cabe recurso de casación contra ella, recurso que ya ha sido anunciado por la empresa que será interpuesto ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; en segundo lugar que la empresa ha comunicado que procederá, mientras se tramita el recurso, a la reincorporación de los trabajadores despedidos, y en [escrito dirigido por el director de recursos humanos del “Grupo TRAGSA-SEPI” alas secciones sindicales estatales presentes en TRAGSA y al comité intercentros](#) se ha comunicado que “independientemente de la presentación del recurso de casación... , en aplicación provisional de lo establecido en la sentencia la empresa va a proceder a comunicarles (a los trabajadores despedidos) la reincorporación a sus puestos de trabajo”.

En fin, la sentencia ya ha merecido las críticas de doctrina jurídica cercana al mundo empresarial, y a tal efecto léase el artículo publicado el día 6 de abril en el diario económico Expansión, firmado por M. Valverde y M. Serraller, con el impactante título [“El desafío de los tribunales a la reforma laboral”](#). En dicho artículo, y tras un párrafo que señala a algunos jueces como los culpables de que la reforma laboral no cumpla los objetivos perseguidos por el gobierno (“La última sentencia de la Audiencia Nacional sobre el expediente de regulación de empleo de la empresa pública Tragsa ha resucitado el debate sobre el hecho de que, en numerosas ocasiones, los tribunales están frenando u obstaculizando la pretensión del Gobierno de facilitar las decisiones de las empresas sobre las plantillas para, a su vez, estimular la creación de empleo, que era el objetivo principal de la reforma laboral”), se destaca, correctamente, que una de las razones de la declaración de nulidad de los despidos es el incumplimiento de la normativa con respecto a los criterios de selección de los trabajadores afectados, e inmediatamente a continuación se recoge un comentario crítico del profesor Federico Durán López, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Córdoba y socio del bufete Garrigues, que argumenta que “esa no es una causa de nulidad del despido” según el artículo 124 de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social](#)”, añadiendo el artículo que “para Durán, es un caso más de la dicotomía que hay entre los objetivos de la reforma laboral y la aplicación de ella que



están haciendo los tribunales”. Dicho sea incidentalmente, sólo recuerdo que los jueces y tribunales deben ajustar sus resoluciones a lo dispuesto en la Constitución, las normas internacionales ratificadas por España y las normas de la Unión Europea, y que todas ellas afectan a la interpretación de la normativa legal. Ya sé que a las personas del mundo jurídico les parecerá una obviedad lo que acabo de decir, pero no está de más recordarlo cada vez que se oye o lee una crítica a algunos jueces o tribunales porque en sus resoluciones aplican esas normas y dictan sentencias o autos que pueden no ser del agrado de algunos poderes públicos y de algunos medios de comunicación y de algunos sectores del mundo jurídico y, obviamente, del empresarial. En fin, las consecuencias de la sentencia ya han sido objeto de [debate en el Congreso de los Diputados](#), más concretamente en la sesión del 9 de abril, con una pregunta formulada por el diputado socialista Sr. Sicilia Alférez y la respuesta del (por poco tiempo) Ministro de Agricultura, alimentación y medio ambiente, Sr. Arias Cañete, de la que destaco ahora aquello que tiene de interés jurídico: “El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente seguirá ejerciendo su competencia de tutela funcional de Tragsa impulsando la actividad de esta empresa en su calidad de medio propio de la Administración General del Estado, tal y como viene haciendo desde el inicio de esta legislatura”.

3. Como he indicado al inicio de mi exposición, se trata de comentar la [sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el pasado 28 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado Rafael López Parada. Fueron partes demandantes CSIF, MCA-UGT, FECOMA-CCOO, CGT, y los comités de empresa de Castilla y León, León, Valladolid, Burgos, Palencia, Soria y Ávila, y las partes demandadas la empresa de transformación agraria SA (TRAGSA), la empresa de tecnología y servicios agrarios SA (TRAGSATEC) y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Sirva como punto de referencia la [demanda presentada por FECOMA-CCOO](#), en la que se pide que se declare por la Sala “la nulidad del despido colectivo por tratarse de entidades que forman parte de las Administraciones Públicas y no haber procedido con arreglo al procedimiento de despido colectivo previsto para tal supuesto, nulidad por concurrencia de grupo empresarial laboral, o con carácter subsidiario a todas las pretensiones anteriores se declare la falta de justificación o el carácter de no ajustado a derecho del despido colectivo por no concurrir la causa legalmente prevista o pro no ser adecuada ni proporcionada y por lo tanto debe condenarse a las empresas a la readmisión inmediata de los trabajadores afectados y a todas las consecuencias jurídicas inherentes”.

Ya adelanto, aunque es suficientemente conocido por la amplia información difundida en las redes sociales y medios de comunicación, que la sentencia desestima la excepción de falta de legitimación pasiva de TRAGSATEC (que también llevó a cabo un procedimiento de despido colectivo, que tras las demandas interpuestas por las representaciones de los trabajadores será enjuiciado por la AN el próximo 27 de mayo), estima la excepción de falta de legitimación pasiva de la SEPI, desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de la SEPI y el MINHAP, y, en lo que es más importante, estima las pretensiones de las partes demandantes y declara “nula la decisión extintiva, con el consiguiente derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a sus puestos de trabajo, condenando solidariamente a TRAGSA y TRAGSATEC a la inmediata readmisión de los trabajadores despedidos en sus puestos de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir”. Cuando redacto este texto la sentencia no ha sido aún publicada en la base de datos del CENDOJ pero sí lo ha sido

ya en diversas webs sindicales, y tampoco he encontrado referencia alguna a la misma en la web del grupo TRAGSA. Para un mejor conocimiento de todos los avatares del conflicto me remito a la excelente [página web de COMFIA-CCOO Tragsatec Castilla y León](#), en la que se encuentran todas las actas del período de consultas llevado a cabo tras el inicio del procedimiento de despido colectivo, así como también las demandas interpuestas por el sindicato contra los despidos en TRAGSA y TRAGSATEC.

4. La sentencia dedica 4 páginas a los antecedentes de hecho, 55 a los hechos probados y 47 a los fundamentos jurídicos. De los primeros, importa destacar la presentación de diversas demandas en procedimiento de impugnación de despido colectivo (art. 124 LRJS), con acumulación de todas ellas y posterior fijación, y celebración, del acto de juicio el 13 de marzo, incorporándose una precisa relación de los hechos controvertidos y los conformes.

5. Pasemos al estudio de los hechos probados.

A) Se recuerda en primer lugar la creación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) en 1971, y la posterior creación en 1977 de la empresa TRAGSA para encargarse de una parte de los trabajos que llevaba a cabo hasta entonces el parque de maquinaria de IRYDA, y la aprobación de sucesivas Órdenes ministeriales en la que se ampliaba el ámbito de actividades de la citada empresa, en concreto a las actividades realizadas por el Instituto Nacional para la conservación de la naturaleza (ICONA), y aquellas integradas en los dispositivos y planes estatales de protección civil, que más adelante se extendieron a los dispositivos y planes autonómicos en varias de las Comunidades Autónomas. La asunción de competencias por las autonomías no significó la desaparición de TRAGSA que siguió subsistiendo con carácter estatal, “si bien una parte sustancial de las encomiendas de servicios que antes hacían los organismos estatales pasaron a hacerlas los órganos y servicios competentes de las Comunidades Autónomas”, mediante convenios de colaboración con el Estado y debiendo realizarlas TRAGSA, según se disponía en los Reales Decretos de traspasos de competencias, “en su calidad de servicio técnico de la Administración y de acuerdo con la legislación vigente” (hecho probado segundo).

B) En cuanto a los ingresos de la empresa, también se detallan en el hecho probado segundo, importando destacar ahora que “proceden en más de un 95 % del pago de las encomiendas de la Administración General del Estado y de las Autonómicas”. En el hecho probado tercero se recogen los datos relativos a los participantes en el capital social de la empresa, siendo el 100 % de titularidad pública, con presencia mayoritaria de la SEPI (51 %) y del fondo español de garantía agraria (FEGA) (38,9 %), mucho menor de la Dirección general de patrimonio del Estado (9,9 %) y por último “una participación simbólica de una acción de valor de 1 euro de todas las Comunidades Autónomas salvo Castilla y León y la Comunidad Valenciana”.

C) La normativa vigente de aplicación a la empresa se encuentra en el [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público](#), más exactamente en su disposición adicional 25<sup>a</sup> que lleva por título “Régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales”, del que deseo destacar ahora esta parte de su contenido: “1. El grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y las

sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta, tiene por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición. 2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias. Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado”. El desarrollo reglamentario se encuentra en el [Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto](#), por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales”.

D) De especial interés para una mejor y más correcta comprensión del litigio es el hecho probado quinto, en el que se da debida y detallada explicación de los pronunciamientos judiciales de las Salas de lo Contencioso- Administrativo de la AN y del TS, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en resolución de conflictos suscitados contra TRAGSA por entender que actuaban en el tráfico jurídico vulnerando la ley de defensa de la competencia y con abuso de posición dominante “al no seguir los procedimientos de adjudicación” previstos en la entonces normativa vigente de contratos de las AA. PP. Las demandas fueron interpuestas por la asociación nacional de empresas forestales y la asociación empresarial de empresas restauradoras del paisaje y medio ambiente, y llevaron al TS a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE que fue resuelto por la Sala Segunda en [sentencia de 19 de abril de 2007](#), cuyo fallo fue el siguiente: “Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades”. Tras la sentencia del TJUE el [TS dictó sentencia el 30 de enero de 2008](#), desestimó el recurso de casación y puso de manifiesto en su fundamento jurídico sexto, y así se destaca en el hecho probado de la sentencia de la AN que “... quién actúa es la propia Administración por medio de un servicio propio sin margen de actuación autónoma, no una empresa que, aunque pudiese tener naturaleza pública, actuase al menos con autonomía funcional”.

En cuanto a la relación entre TRAGSA y TRAGSATEC, la segunda forma parte del grupo y no dispone de personal propio, siendo el personal de dirección y de administración de la primera los que prestan sus servicios para la segunda, si bien (y supongo que este es el dato relevante para justificar la presentación de dos procedimientos diferenciados de despidos colectivos) el personal que lleva a cabo las encomiendas está diferenciado, de tal manera que “los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSA desarrollan las encomiendas de TRAGSA y los trabajadores de mano de obra directa de TRAGSATEC desarrollan las encomiendas de TRAGSATEC”. Con respecto a esta diferencia se recoge en el hecho probado sexto que TRAGSATEC inició en 2013 un procedimiento de despido colectivo al tiempo que lo hacía TRAGSA “fundamentado en las mismas causas que TRAGSA y con informes similares, si bien incorporando los datos contables de TRAGSATEC en lugar de los de TRAGSA”. En la [página web del grupo TRAGSA](#) se explica que “Tragsa, empresa matriz del Grupo, constituida en 1977, realiza sus actuaciones por encargo de las diferentes administraciones desde hace 36 años, con la consideración de trabajos realizados por la propia Administración” y que “constituida en 1989 como empresa filial de la matriz Tragsa, Tragsatec es una empresa innovadora en desarrollos de ingeniería y puntera en tecnología de vanguardia”.

E) Será a partir del hecho probado octavo (página 23) cuando se inicie la explicación de la tramitación del despido colectivo, en concreto a partir de una comunicación de TRAGSA a las secciones sindicales de empresa y al comité intercentros para informarles de que iba a iniciarse dicha tramitación (ya estaba en vigor el [RDL11/2013 de 30 de julio](#), con la nueva regulación respecto a las obligaciones de la empresa a efectos de la válida constitución de la comisión negociadora), que se puso en marcha el 16 de octubre tras que las organizaciones sindicales que tenían presencia en el comité intercentros decidieran que sería este el interlocutor de la empresa en el proceso negociador (no consta que hubiera desacuerdo entre los sindicatos).

Queda debida constancia de la documentación entregada a la representación del personal y a la autoridad administrativa laboral competente, con alegación de causas económicas, organizativas y productivas, así como los criterios de selección de los trabajadores que se verían afectados por las extinciones, con una curiosa, al menos a mi parecer, coletilla final tras la explicación de tales criterios, en donde se decía que “la aplicación de estos criterios será plenamente respetuosa con los derechos fundamentales y legislación vigente”. No ha sido este, precisamente, el parecer de la sentencia, siendo uno de los contenidos más destacados de la fundamentación jurídica, como más adelante explicaré, su argumentos sobre el incumplimiento de criterios objetivos para la selección, que deben ser mucho más rígidos en el sector público por respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Según la memoria, en cuanto a las causas económicas (y con buen conocimiento de la normativa por parte de quienes prepararon la documentación) se concluye por la demandada en juicio que “presenta en la actualidad 6 trimestres consecutivos de caídas de ingresos o ventas respecto al mismo período previo”, y respecto a los criterios de selección de personal son los mismos que en el escrito dirigido a la autoridad laboral de inicio del expediente, previa manifestación de que la extinción podía afectar a cualquier trabajador de la plantilla y ofreciendo la posibilidad de “abrir un proceso de adscripción voluntaria para la extinción del contrato...”, así como también la negociación de medidas de flexibilidad interna “que permitan reducir el número máximo de afectados por la extinción de sus contratos de trabajo”.

Más adelante (hecho probado noveno) se recoge la secuencia de las reuniones de la comisión negociadora, y permito remitir en este punto a la [página web antes referenciada de COMFIA-CCOO Tragsatec Castilla y León](#) para quien quiere leer todas las actas de las reuniones (recuerdo una vez más la importancia de las actas de los períodos de consulta, que son cada vez más valoradas en las resoluciones judiciales). El punto de partida de la empresa fue la propuesta de extinción de 836 extinciones contractuales, con planteamiento de llevarlos a cabo de forma gradual hasta el 31 de diciembre de 2014. En la primera reunión se acordó que asistirían también a las reuniones delegados sindicales de cada sindicato presente en el comité intercentros y dos asesores por cada sindicato. Durante el proceso negociador se acordó prorrogar el plazo máximo de 30 días previsto en la normativa vigente, dada la posibilidad que se preveía de alcanzar un acuerdo, de tal manera que dicho período se amplió por período de ocho días (del 15 al 22 de noviembre), con suscripción de un preacuerdo entre la parte empresarial y la representación de tres sindicatos con presencia en el comité intercentros (CSIF, UGT y CCOO), oponiéndose la CGT, con adopción de diversas medidas tanto de flexibilidad interna como externa, con extinción de 593 contratos pero cuyo número podría ser inferior (hasta 369) en función de cómo se aplicaran las medidas pactadas en el preacuerdo. Este texto fue sometido a votación entre los trabajadores, con rechazo por parte del 62, 11% y aceptación por el 34,24 %.

Ante la imposibilidad de suscribir el preacuerdo, la empresa adoptó la decisión de extinguir 726 contratos, enfatizando en su escrito que era un número inferior al planteado inicialmente, como consecuencia de las negociaciones producidas durante el período de consultas (una prueba más, dicho sea incidentalmente, de cómo se pretende demostrar que ha habido negociaciones, propuestas y contrapropuestas, y que todo ello ha conllevado modificación de la propuesta inicial, en un intento de demostrar, en este caso por la parte empresarial, que sí ha habido auténtico período de consultas y auténtico período negociador). En su decisión final, la empresa mantuvo la propuesta de que los trabajadores mayores de 50 años se acogieran voluntariamente a la medida de extinción, y sólo tras finalizar el plazo marcado para que ello pudiera llevarse a cabo, y previa aceptación o no de las peticiones que llegaran, decidiría qué extinciones forzosas deberían producirse.

En el apartado quinto de su escrito se recogían los “criterios para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”, que serían, y así lo dice textualmente el escrito empresarial, “los recogidos en la memoria explicativa, puestos en conocimiento de la comisión representativa de los trabajadores en el escrito de inicio del período de consultas...”. Tendrá especial importancia para la resolución del litigio el hecho probado decimotercero, en el que se expone que para determinar los criterios de selección de los trabajadores despedidos (criterios que no habían variado en cuanto a su concreción desde el inicio del período de consultas), la empresa “adoptó un Manual con posterioridad al despido colectivo, que no fue objeto de negociación y consulta con los representantes de los trabajadores”. Dicho “Manual” incorporaba algunos elementos que son objetivamente valorables, como la formación o experiencia, pero otros que lo serían mucho menos a mi parecer como “la actitud del trabajador”, o más exactamente la “identificación y compromiso con la empresa” o “la implicación en la consecución de los objetivos”, siendo valorada de forma negativa “la poca aportación del trabajador en la resolución de problemas o su actitud distante y esquiva hacia temas relacionados con la organización”. La valoración de esta conducta de cada trabajador se lleva a cabo por

responsables de la empresa y las puntuaciones se integran en un sistema informático, “sin que conste procedimiento alguno de audiencia al interesado o publicidad”.

F) Por fin, también me parece relevante destacar que el despido colectivo sólo afectó a trabajadores con contrato indefinido, que durante el período de consultas fueron contratados 421 trabajadores temporales, y que a 30 de septiembre, es decir poco antes de inicio de la tramitación de los despidos, la plantilla de TRAGSA estaba integrada por 4430 trabajadores con contrato indefinido y 2423 temporales. Por cierto, el Ministro Arias Cañete justificaba la decisión de la empresa, en el [debate parlamentario antes citado del 9 de abril](#), por la mala gestión del gobierno anterior (ya se sabe, la “herencia recibida”, aunque sea más de dos años después del cambio político), argumentando que “Ustedes (se refiere a los socialistas) colocaron a Tragsa en una situación absolutamente inviable. ¿Qué hicieron ustedes? Incrementaron su plantilla de trabajadores fijos de forma completamente artificial, sin preocuparse absolutamente de cuál era la coyuntura, un 287 % de aumento de trabajadores fijos de la empresa Tragsa en ocho años de Gobierno socialista. Pasaron de 1.122 a 4.279, pero la facturación cayó un 7 %...”.

6. Bueno, lectores y lectoras, ya hemos llegado a los fundamentos de derecho, así que respiro, me tomo una pausa y continúo, no sin antes preguntarme cuantas horas habré dedicado la Sala a esta sentencia, que es una, insisto, no sólo de las más complejas sino también de las extensas que he leído (y les puedo asegurar que he leído muchas) de la AN.

A) El fundamento de derecho segundo explica, tal como dispone el art. 97.2 de la LRJS, de qué pruebas se han deducido los hechos probados. En este punto sólo me interesa destacar la valoración que efectúa la Sala del preceptivo informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, “profusamente citada por la representación procesal de las demandadas en su apoyo”. Como no consta el texto del informe en los hechos probados, sino sólo una breve síntesis del mismo, sólo puedo analizar la respuesta de la Sala a partir justamente de la manifestación de la parte demandada de que el informe daría satisfacción a sus pretensiones, algo que a primera vista sorprende si se repara en el tenor del art. 11 del [RD1483/2012](#) sobre cuál debe ser el contenido del informe y más si nos atenemos al criterio operativo número 92/2012, analizado con detalle en una anterior entrada del blog y que deja un mínimo, por no decir inexistente, margen al inspector actuante para valorar la conformidad a derecho de la decisión empresarial (criterios distintos operan en Cataluña y el País Vasco, con competencias transferidas). Para la Sala, tal como dispone la normativa reguladora de la ITSS y una constante doctrina jurisprudencial, la presunción de certeza de los hechos que consten en el documento administrativo que es el informe se refiere únicamente a los constatados directamente por el funcionario actuante, por lo que no alcanza a las conclusiones que puedan haberse alcanzado por otros medios probatorios, ni mucho menos, y esta es la parte de la sentencia que me interesa destacar, “a las conclusiones de naturaleza jurídica” (ej.: que el informe manifieste que existe, o no, grupo de empresas, o que las partes han actuado de buena fe), “que no vinculan en modo alguno al órgano judicial y sobre las cuales éste ha de pronunciarse con toda libertad de criterio”.

Por su interés para el presente supuesto, [reproduzco un fragmento de mi valoración realizada en su día sobre el “Criterio operativo núm. 92 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contrato y reducción de jornada”, dictado el 28 de noviembre por el](#)

Director General de la ITSS”: “Que la Dirección general de la ITSS tiene claro, clarísimo, que el rol de la ITSS es formal, y que las autoridades laborales ya no tienen ningún papel interpretativo o decisorio en la resolución que se adopte, porque así lo quiere la reforma laboral (otra cosa bien distinta, recuerdo, es cómo interpretan los jueces las normas) es la tajante afirmación contenida en la página 10, al referirse a la comunicación empresarial, en letra negrita como otras afirmaciones consideradas de especial importancia, de que la ITSS “no debe entrar en analizar la existencia o suficiencia de las causas alegadas por la empresa para despedir”, ya que el cambio de la reforma laboral, nos recuerda el CO por si alguien se hubiera olvidado de ello, “es trasladar la determinación de la causa al empresario, en la medida en que se trata de cuestiones de gestión empresarial”. Será en su caso, y ciertamente así lo establece la reforma en el modificado artículo 124 de la Ley 36/2011, la que procederá a la revisión de la decisión empresarial si es impugnada, “sin que resulte por tanto oportuna la preterminación del juicio por parte de la Administración”. En la misma perspectiva, y al referirse al desarrollo del período de consultas, el CO se refiere a la negociación de buena fe que debe existir entre las partes según disponen tanto la normativa legal como la reglamentaria, por lo que el informe de la ITSS reflejará las incidencias que se hayan producido sobre este punto en su informe, y deberá evitar, obsérvese el tono imperativo, “realizar apreciaciones genéricas o valoraciones puramente subjetivas sobre este particular”. “... En ocasiones creo que se pide de todo a los inspectores menos que piensen o que ejerzan sus funciones con arreglo a su leal saber y entender dentro del marco jurídico de referencia en el que se ubican, y que muy probablemente algunas máquinas podrían realizar algunas de las tareas prescritas en el CO, pero no quiero que ninguno de mis amigos o amigas de la ITSS se vea “afectado” por amortización de sus puestos de trabajo, y dejo aquí el comentario. Sí pongo de manifiesto, por si alguien tuviera alguna duda del por qué de mi manifestación, que el último párrafo del CO, bajo el rótulo de “control de calidad” es claro y definitivo, dando instrucciones a los directores territoriales y jefes de inspección para que extremen los controles de calidad sobre los informes de los inspectores y que rechacen aquellos “que no incorporen pruebas suficientes para fundar la demanda de oficio que deben interponer la autoridad laboral”. Como buenos y exigentes profesores, tales jefes deberán devolver los informes a sus “alumnos”, los inspectores, cuando “no hayan hecho bien los deberes” para que los corrijan, que según el CO se producirá cuando “contengan meras suposiciones, no resulten debidamente motivados sus razonamientos o estos vayan más allá de las previsiones legales establecidas, contengan insuficiencia del relato fáctico o realicen calificaciones jurídicas o juicio de razonabilidad para los que no resulte competente la ITSS”.

B) El fundamento jurídico tercero aborda dos cuestiones que tienen “naturaleza transversal” en cuanto que afectan tanto a las excepciones formales alegadas por algunas demandadas (falta de legitimación activa, falta de litisconsorcio pasivo necesario) como a la posible existencia de una decisión empresarial que puede estar viciada de nulidad o ser considerada, con carácter subsidiario, no ajustada a derecho. Se trata en primer lugar de determinar la existencia de grupo de sociedades entre las dos empresas demandadas, TRAGSA y TRAGSASEC, y la naturaleza jurídica de la primera y sus relaciones con la Administración Pública. Para dar respuesta a las dos cuestiones planteadas los hechos declarados probados y a los que me he referido con anterioridad tendrán una importancia indudable en las decisiones adoptadas por la Sala.

La AN acude, en primer lugar, a la más reciente doctrina del TS sobre el concepto de grupo de empresas a efectos mercantiles y cuándo se da una realidad que lleva la afirmación de la existencia de un grupo de empresas laboral o patológico y la consiguiente responsabilidad solidaria de las que formen parte del mismo hacia los trabajadores despedidos, efectuando un buen resumen de la [dictada el 19 dediciembre por el alto tribunal](#). Por el interés que la sentencia del TS dedica a los llamados “elementos adicionales” que determinan la responsabilidad del grupo a efectos laborales, justamente para rechazar los argumentos de las recurrentes que pregonaban su existencia, vale la pena reproducir qué dijo la Sala: “1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

Pues bien, la AN aplica dichos criterios al caso enjuiciado para concluir que nos encontramos en presencia de un grupo de empresas laborales o patológico, en cuanto que la estructura organizativa es común a ambas empresas, así como también la mayoría de los medios materiales, y muy especialmente, y a mi parecer es un dato especialmente relevante, porque son “cientos de personas los que prestan servicios para ambos desde las mismas oficinas y con los mismos medios, hasta el punto de que TRAGSASEC carece de estructura de dirección propia”, y es justamente desde la estructura de dirección donde se gestiona toda la actividad que se presta a las AA PP, rechazando que el hecho de que TRAGSASEC abone a TRAGSA cantidades como pago de los servicios prestados sea suficiente para desvirtuar esa realidad de grupo, dado que dicho abono “ni tiene carácter marginal, puesto que afecta a toda la estructura administrativa y directiva de la empresa, ni está acreditado que los pagos por bienes y servicios se hagan a precios de mercado”. La Sala enfatiza el dato de la unidad de dirección de ambas empresas, no por las personas que las dirigen sino por la gestión unitaria de ambas y que gestionan encomiendas de la Administración dirigidas a idénticos destinatarios, añadiendo a un dato concreto para avalar su tesis, y referido al caso ahora enjuiciado, que me parece de especial interés (a la espera de saber qué puede ocurrir en el juicio pendiente ante la Sala el 27 de mayo), esto es que “incluso los despidos colectivos se plantean en ambas empresas de forma simultánea y con contenidos totalmente análogos”. La existencia de grupo entre ambas empresas ha quedado recogida en otras sentencias del TS y de TSJ como por ejemplo la del [alto tribunal de 21 de enero de 2014](#), de la que fue ponente la magistrada Lourdes Arastey. Por consiguiente, y como consecuencia de todos los razonamientos anteriores, la Sala entiende que hay una “concurrentia o cotitularidad (entre las dos empresas) en la posición de empresario en los contratos de trabajo”, por lo que en caso de existir condena, como efectivamente así será, “deberá alcanzar(les) solidariamente”.

Por el contrario, sí estima la falta de legitimación pasiva de SEPI en cuanto que aquello que la vincula con TRAGSA es la titularidad de las acciones (51 %) pero no existe unidad de dirección ni se comparten medios productivos o de otra índole, y conviene recordar que en los hechos declarados conformes se recoge que “se niega que SEPI sea empleadora de los trabajadores de TRAGSA”.

La existencia del grupo de empresas laboral no llevará en el caso enjuiciado a la declaración de nulidad del despido, ya que para que ello se produzca, de acuerdo a la



normativa aplicable y a una constante doctrina de la propia Sala y de los TSJ, a la que ya se ha de añadir la jurisprudencia del TS en sentencias dictadas en conocimiento de despidos colectivos operados tras la reforma laboral, hubiera sido necesario “una ocultación por parte de la empresa de informaciones esenciales que hubieran desvirtuado la negociación” o bien una incorrecta constitución de la comisión negociadora porque no representara a todos los trabajadores de las empresas del grupo. Y entra en juego nuevamente algo sobre lo que he ido reiterando en comentarios anteriores, esto es que cómo actúe la representación de los trabajadores puede determinar el resultado de la decisión judicial, y en este caso concreto ha habido despidos colectivos por parte de las dos empresas que han llevado a la negociación por separado y a la posterior presentación de dos demandas; o dicho de otra forma, la existencia de una realidad negocial laboral, perfectamente conocida por otra parte por los propios trabajadores que prestan sus servicios indistintamente, y obviamente también por las representaciones sindicales y unitarias, no ha impedido que se haya aceptado por la parte trabajadora la presentación y tramitación de dos procedimientos diferenciados de despidos colectivos, de ahí que no pueda imputarse a la empresa demandada la vulneración de la buena fe negocial a la que las partes vienen obligadas por la LET y el Código Civil, ya que la negociación, en la forma y manera que se ha desarrollado, “fue aceptada por la representación de los trabajadores con pleno conocimiento de los mismos datos fácticos por los que ahora la considera inadecuada”, y en relación con la documentación a entregar durante el período de consultas la Sala reitera que no ha habido ocultación de ningún tipo por la demandada, ya que la información que demostraba la existencia de un grupo de empresas laboral era perfectamente conocida con anterioridad por la representación de los trabajadores, con lo que nuevamente vuelve a la palestra la cuestión no sólo jurídica sino también de estrategia negocial de cómo plantear la negociación de un despido colectivo en una empresa o grupo de empresas, y su posterior impacto en sede judicial.

Ahora bien la inexistencia de nulidad no obsta a que la decisión empresarial pudiera no ser ajustada a derecho si la causa económica no hubiera tenido en consideración la situación de ambas empresas en cuanto grupo, y es por ello que la Sala se remite a un posterior análisis sobre la existencia o no de causas que justifiquen el despido si, previamente y como ocurrirá en el caso enjuiciado, no prosperaran las alegaciones de nulidad de los despidos.

C) El fundamento jurídico cuarto versa sobre la naturaleza jurídica de ambas empresas, cuestión que ya ha sido resuelta por la jurisprudencia del TJUE y del TS recogida en hechos probados y que he analizado detenidamente con anterioridad, por lo que entonces cobra importancia determinar qué efectos produce dicha naturaleza jurídica sobre la resolución del caso, debiendo partir, pues, de acuerdo con las resoluciones judiciales del TJUE y del TS que ambas empresas “son... parte inescindible de la Administración, formas puramente instrumentales de actuación de la misma y no auténticas empresas públicas... a pesar de estar personificadas como sociedades anónimas, sino un trasunto de la propia Administración Pública”, no actuando en modo alguno con arreglo a las reglas de la libre competencia en el mercado. El hecho de que tengan tales características llevará a que sea necesario acudir a la normativa aprobada en la reforma laboral para permitir los despidos colectivos en las AA PP y sus particularidades específicas respecto a las causas económicas alegadas (y ya indico ahora que la Sala no aceptará la aplicación de la concreción de qué debe entenderse por tales causas recogida en el RD 1483/2012 por considerarlas ultra vires, contrarias a lo

dispuesto en la Ley 3/2012, argumento que ya fue apuntado en su momento por un sector de la doctrina iuslaboralista).

Uno de los contenidos más sugerentes e interesantes de la sentencia, tanto por el cuidado análisis doctrinal como por su aplicación posterior al caso concreto, se encuentra en el fundamento jurídico quinto de la sentencia y versa genéricamente sobre el despido colectivo en las AA.PP y las causas que podrían llevar al mismo, con específica y especial atención a la causa económica. Dicho sea incidentalmente, la cuestión ha sido también abordada desde el plano doctrinal en una reciente y muy interesante ponencia del magistrado Rafael López Parada, ponente de la sentencia analizada, que lleva por título “La causa económica de despido colectivo y objetivo en el sector público”, presentada en el curso de formación organizado por el Consejo General del Poder judicial sobre [“Problemática laboral en el sector público”](#) los días 7 a 9 de abril. En dicho texto, que aún no ha sido publicado en la página web del CGPJ, el magistrado efectúa, en una línea parecida aunque lógicamente más argumentada doctrinalmente, un análisis del concepto de “causa económica” de despido en el sector público, de las dificultades que plantea y de qué soluciones se ha dotado el legislador de la reforma laboral de 2012 para dar una respuesta adecuada, efectuando un cuidadoso estudio que pone en relación la normativa laboral con la legislación de contratos del sector público y la legislación presupuestaria, para constatar que existen problemas conceptuales y prácticos y que “la legislación positiva no ha acertado a solucionar tales problemas, lo que puede impedir o dificultar la aplicación de esta causa de extinción del contrato en el sector público”.

La complejidad de la argumentación expuesta en la sentencia hace muy difícil efectuar siquiera una síntesis de la misma, pero podríamos partir de la hipótesis de que la reforma laboral de 2012 ha pretendido suprimir una tesis que era defendida con anterioridad, cual era que difícilmente podía invocarse la existencia de un causa económica en la AA PP para proceder a despidos colectivos, dado que el poder público, eso sí contemplado en su globalidad, “podría hipotéticamente disponer de una capacidad financiera ilimitada y jamás se vería inmerso en una insuficiencia de medios para financiar su servicios”, financiación a la que se podía acceder “esencialmente por a) el ejercicio de la potestad tributaria... b) el recurso de la deuda pública y C) la emisión de moneda”. Tales posibilidades, y aquí la sentencia se adentra en un cuidadoso estudio de la normativa de la UE, se han puesto en tela de juicio tanto por razones de índole económica (crisis) como de carácter jurídico (condicionamientos impuestos a la política de cada Estado por las normas de la UE), o lo que es lo mismo desaparece la posibilidad de usar la moneda como vía de financiación y se limita la emisión de deuda pública, límites jurídicos marcados en la normativa europea y que se incorporan al [textoconstitucional español](#) en virtud de la reforma del art. 135 y su concreción posterior en la [Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril](#), y de ahí que la actuación de las AA PP para recabar recursos se lleve a cabo por la vía de la recaudación tributaria, con las limitaciones que establezcan las propias normas en virtud de decisiones políticas adoptadas por los representantes de la soberanía popular residenciada en el Parlamento. De ahí que cobre sentido la afirmación contenida en la sentencia de que las leyes tributarias y las leyes presupuestarias “se elevan como barreras frente a la posible financiación ilimitada de sus servicios por las Administraciones Públicas”.

La sentencia estudia con exhaustividad la normativa presupuestaria y fija en especial su atención en las “medidas preventivas, correctivas y coercitivas” reguladas en el capítulo

IV de la LO 2/2012, enfatizando su importancia porque el legislador de la reforma laboral de 2012 ha abierto la puerta a los despidos del personal laboral en las AA PP y ha vinculado la existencia de las causas al cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria (dediqué especial atención a este cambio en mis comentarios a las primeras normas tributarias post reforma laboral), de tal manera que ello puede implicar la reducción de efectivos en el sector público, y en efecto así ha sido si analizamos los datos tanto de la Encuesta de Población Activa como del registro de personal al servicio de las AA PP. Para la Sala, esta ha sido una opción del legislador en la reforma de 2012 “a la cual está vinculada la interpretación de la norma, debiendo subrayarse que el órgano judicial ha de limitarse a aplicar la misma, resolviendo mediante la interpretación sus ambigüedades, no a cuestionarla en tanto no aparezcan dudas fundamentadas de inconstitucionalidad, que nadie ha planteado”. Bueno, ya tengo buenos elementos de debate jurídico con mis compañeros y compañeras especialistas en derecho de la UE, derecho mercantil y derecho tributario y financiero..., pero todavía quedan argumentos en la sentencia para poder debatirlos con personas especialistas de Derecho Administrativo. ¿A qué sí es cierto que la sentencia es interdisciplinar?

D) Los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo están dedicados al estudio de la normativa laboral que regula los despidos colectivos en el sector público, examinando con detalle si a las empresas demandadas se les ha de aplicar la normativa prevista para las causas económicas en las AA PP o bien la normativa general aplicables a las empresas privadas y regulada en el art. 51 de la [LET](#); o dicho en otros términos, si hay que aplicar las causa de insuficiencia presupuestaria o bien las causas económicas “ordinarias” recogidas en la LET, concluyendo que es de aplicación la normativa general en cuanto que tanto la ley de contratos del sector público como la ley general presupuestaria “separa el régimen de las sociedades mercantiles públicas (caso de TRAGSA y TRAGSATEC) del propio de las Administraciones, que es a las que les sería de aplicación la definición especial de la causa económica contenida en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los trabajadores”, insistiendo nuevamente, a los efectos de dejar preparado el camino, en que la inexistencia de esta causa de nulidad, y de las anteriores ya analizadas, no prejuzga la posible nulidad de la decisión empresarial por otros motivos alegados por las demandantes, como por ejemplo los criterios de selección de los trabajadores afectados, o la no conformidad a derecho de la decisión empresarial si las causas alegadas no respetaran lo dispuesto en el art. 51 de la LET y en el RD 1483/2012. Y desde luego, permítanme la expresión coloquial, “por causas de nulidad alegadas no queda”, ya que además de las que han sido planteadas y resueltas con anterioridad, en el fundamento jurídico noveno se listan las restantes ¡once! nuevas causas de nulidad alegadas, siendo aceptadas tres de ellas que se sintetizan muy correctamente en un [artículo sobredicha sentencia publicado el Secretariado Permanente del Comité Confederal de laCGT](#) emitido el pasado día 8: “-La falta de aportación de la documentación contable de una parte del año 2013 tales como el estado de cambios del patrimonio y el estado de flujos de efectivo. Estos documentos no fueron aportados a pesar a haber sido reclamados y al tratarse de datos relevantes su omisión determinan la nulidad del despido colectivo. -El despido colectivo es declarado nulo por la ausencia de concreción de las causas invocadas para el despido colectivo en la comunicación final realizada a la representación legal de los trabajadores, es decir las causas que supuestamente se invocaban para el ERE eran arbitrarias y no se concretaron.-El carácter genérico e impreciso de los criterios de afectación para la selección de los concretos trabajadores despedidos. En el caso de Tragsa al ser administración la exigencia de estos criterios debe ser si cabe más intensa al estar

relacionada con un derecho fundamental esencial como es el de igualdad en el acceso a los empleos públicos del art. 23.2 de la CE. En este sentido la sentencia declara que los artífices del ERE han vulnerado el art. 23.2 de la CE, el principio de igualdad y que han actuado de manera arbitraria”. Pero no adelantemos acontecimientos y sigamos con el estudio y análisis, a partir de la sentencia, de cuál es la normativa aplicable a los despidos por causas económicas en empresas como TRAGSA y TRAGSATEC.

En el fundamento jurídico sexto se repasa la normativa aplicable a los despidos colectivos en el sector público, es decir la disposición adicional vigésima de la LET, poniendo de manifiesto la diferenciación entre dos grupos de personas jurídicas, esto es, y de acuerdo a lo dispuesto respectivamente en los arts.3.1 y 3.2 de la LCSP “los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público” y “los entes, organismos y entidades que tienen la naturaleza de Administraciones Públicas”. La Sala procede a un cuidadoso estudio de qué debe entenderse por “insuficiencia presupuestaria sobrevenida”, siendo únicamente esta la que puede justificar los despidos colectivos, es decir aquella que puede producirse cuando se generen unos gastos de personal superiores “al crédito presupuestario asignado”, o bien se produzca “una menor cuantía de los ingresos previstos para la financiación”, debiendo en este caso examinar si la causa se proyecta sobre el conjunto de la AA PP o bien se refiere a determinados órganos, secciones o departamento, posibilidad que la Sala contempla pero “con carácter excepcional y cuando la insuficiencia afecte a ingresos específicamente finalistas”.

Se plantea, en definitiva, un entendimiento de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida muy distinto del aceptado en otras sentencias que he analizado en mi blog y que lo vinculan justamente con la disminución presupuestaria sobre el presupuesto del año anterior, pero esta es la única tesis jurídica que le parece correcta a la Sala, y que sin duda generará un interesante debate doctrinal, argumentando que esta regulación, en los términos interpretados por la Sala, “es posible que sea insatisfactoria y que puedan formularse críticas a la misma desde el punto de vista doctrinal”, y destaca que es el propio gobierno el que parece no estar de acuerdo al haber concretado, definido o delimitado las causas económicas de despido colectivo de manera distinta a la recogida en la LET, pero ello tiene un claro inconveniente jurídico cual es la falta de respeto al principio de jerarquía normativa y por ello no puede ser aplicado ni tomado en consideración, ya que el RD 1483/2012 “se separa de la regulación legal e introduce ex novo unos factores de definición de la causa económica manifiestamente diferentes, lo que difícilmente puede entenderse compatible con el principio de jerarquía normativa”.

Recuerdo ahora que el RD 1483/2012 introdujo cambios sustanciales y que merecieron mi atención detallada en [entradas anteriores del blog](#), de las que recupero ahora sólo unas fragmentos significativos: “El nuevo, e importante, título III regula las normas específicas de los procedimientos de despido colectivo “del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”, no contemplado, como ya he indicado, en el primer borrador de la norma (de 22 de mayo) y apareciendo en el segundo, de 27 de julio. Podemos leer en la Memoria del análisis del impacto normativo que “este proyecto incorpora, por otra parte, normas procedimentales específicas para la regulación de los procedimientos de despido colectivo en el sector público, especialmente en aquellos que afectan a las Administraciones Públicas propiamente dichas, dadas sus características particulares, así como el objetivo de persecución del interés general que debe primar su actuación”. Por cierto, hay dos pistas que me llevan a pensar que la regulación no se ha hecho de

forma precisamente muy coordinada entre el MEySS y el Ministerio responsable de AA PP (MINHAP): un primer detalle es que en dicha Memoria se indica que el título competencial es el art. 149.1.7 de la Constitución, mientras que en el texto definitivo sí se incluye la referencia obligada al artículo 149.1.18; el segundo, es la no adecuación de la introducción de la norma con el texto articulado ya que en el primero se puede leer lo siguiente: “La norma se estructura en tres títulos, el primero referido a los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y el segundo, el que regula estos mismos procedimientos cuando derivan de fuerza mayor” ¿Y el tercero? Pues no hay ninguna mención al mismo hasta llegar a su explicación específica. En fin, otro dato que avala que la decisión de regular reglamentariamente el ERE extintivo en las AA PP se adoptó bastante avanzada la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de reforma laboral puede comprobarse en el escrito remitido a los agentes sociales junto con el segundo borrador, en el que se ruega que las observaciones que pudieran formularse “se centren en el Título III del Reglamento que contempla la regulación del procedimiento de despido colectivo en las Administraciones Públicas”. Las causas económicas, aquellas en las que puede operarse una diferencia realmente importante con el sector privado, se darán cuando haya una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para financiar los servicios públicos, que deberá darse durante tres trimestres consecutivos. Su concreción pone de manifiesto el interés del gobierno de regular con todo detalle y atención esta causa de despido y evitar conflictividad judicial, habiéndose alterado radicalmente la redacción de las causas económicas del primer borrador con respecto al texto aprobado. En la versión final, es necesario en primer lugar que la Administración en la que se integre el departamento, órgano, ente, organismo o entidad, haya tenido una situación económica de déficit presupuestario en el ejercicio anterior, y que “los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores”. Por si hubiera alguna duda de que el ejecutivo quiere hacer muy bien su trabajo e intentar dejar poco margen a interpretaciones distintas, y respondiendo a algunas críticas jurídicas que la dicción de la disposición final segunda del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 habían levantado, la norma dispone que a los efectos de la insuficiencia presupuestaria “se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria”. Me viene a la mente el ejemplo de SODERCAN, el primer conflicto en el que la demanda ha sido interpuesta por la parte empresarial que presentó el expediente. Por consiguiente, quien tiene la palabra para determinar si va a haber despidos es el poder político en el ámbito correspondiente, si bien una decisión del poder público estatal, por ejemplo, puede implicar una regulación importante en ámbitos autonómicos, y una decisión de estos puede tenerla en los ámbitos locales. Con respecto a las causas organizativas, y desde las páginas de un blog muy conocedor (obviamente sus redactores) de la temática de derecho administrativo, se aduce que “la mera decisión de externalización de los servicios permite la extinción de los contratos vinculados al mismo por causas organizativas”.

La aplicación o no del marco normativo recogido en la LET sobre los despidos colectivos en las AA. PP dependerá, según la Sala, del criterio que se elija de los dos posibles, el meramente formal, es decir “la forma de personificación del correspondiente ente”, o bien el material, o lo que es lo mismo “el que atiende a la realidad de las causas económicas que podrían aplicarse a cada ente”, que dependerá a

su vez de su modo de operar, es decir de si actúa “en un mercado de bienes y servicios en régimen de competencia”. La toma en consideración del criterio material llevaría a la aplicación de la normativa prevista para las AA PP, en cuanto que se trata de empresas que son puramente, como ya he explicado con anterioridad, un medio instrumental de actuación de dichas AA PP y en donde las decisiones se adoptan “por el correspondiente gobierno de la Administración de que dependen”, y que no operan en el mercado sino que la financiación proviene de las AA PP para las que presta servicios “a través de tarifas fijadas normativamente”. Pero,... después de esta explicación, obviamente mucho más argumentada y desarrollada en la sentencia de lo que yo acabo de hacer, la Sala entiende que hay un problema irresoluble que impide aplicar la normativa reguladora de los despidos colectivos en las AA PP, en cuanto que si bien es cierto que por razón de su realidad económica, basada en encomiendas de los poderes públicos, deberían estar incluidas dentro del sector público administrativo, ex art. 2.1 del [Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria](#), “en virtud de la forma jurídica adoptada, como sociedades mercantiles, se hallan dentro del sector público empresarial a efectos presupuestarios”, y por ello les es de aplicación la normativa del art. 51 de la LET en cuanto que la LCSP y la LGP “separa el régimen de las sociedades mercantiles públicas del propio de las Administraciones, que es a las que sería de aplicación la definición especial de la causa económica contenida en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los trabajadores”.

La Sala rechaza la alegación de nulidad de la decisión empresarial por no haber aportado, según dispone el art. 34.2 del RDL 1483/2012, la relación de las causas de los despidos con las medidas, mecanismos u objetivos de estabilidad presupuestaria a los que se refiere la LO 2/2012, y la Sala ratifica la importancia de esta relación, y coincide con sus tesis, en cuanto que “el contenido material de dicha vinculación... se constituye en un elemento esencial sobre el cual ha de proporcionarse información a la representación de los trabajadores”, pero mantiene su línea antiformalista aparecida en sentencias de mediados de 2013 y que ha sido reiterada desde entonces, poniendo el acento en que aquello que importa es que se conozca qué vinculación existe entre los despidos y el objetivo de la estabilidad presupuestaria, y no la cita nominal de la normativa de referencia, y del conjunto de los hechos probados queda debidamente acreditada que se ha dado cumplimiento por la empresa a la justificación formal de tal vinculación, por lo que la cuestión se desplaza nuevamente a la posible no conformidad a derecho de la decisión adoptada.

E) Son once como he indicado con anterioridad las restantes causas de nulidad argumentadas por las demandantes, y tres de ellas son acogidas por la Sala, por lo que no procederá al análisis de las causas aducidas para justificar los despidos, en tanto en cuanto que la petición de no conformidad a derecho de la decisión empresarial era subsidiaria de la declaración de nulidad. Pasemos, pues, de forma sucinta, al examen y comentario de tales pretendidas causas de nulidad (dicho sea incidentalmente, también hay que alabar el esfuerzo argumental desarrollado en las demandas, que ha obligado a la Sala a un cuidadoso estudio de la mayor parte de cuestiones que pueden plantearse en un despido colectivo que afecta a empresas ubicadas en el sector público).

F) En primer lugar se alega la existencia en el convenio de la empresa de una cláusula, en concreto el art. 13 reproducido en el hecho probado decimoséptimo, “que obligaría a la estabilidad en el empleo e impediría la tramitación de un despido colectivo”. De su

texto literal no se deduce a juicio de la Sala, y creo que correctamente, que la empresa asumiera una obligación de no llevar a cabo despidos colectivos ya que la cláusula se refiere al incremento del número de contratos indefinidos pero no al volumen total de trabajadores de la empresa. Dos notas de interés cabe apuntar con relación a esta cuestión alegada: en primer lugar, que el incumplimiento de una cláusula pactada en convenio convertiría en no ajustada a derecho la decisión empresarial pero no acarrearía la nulidad por no ser uno de los supuestos contemplados en el art. 124.11 de la LRJS; en segundo término, y ello nos llevará a otra alegación de nulidad por las demandantes, la decisión empresarial deberá ser valorada desde la perspectiva del cumplimiento de los criterios de selección, ya que si el despido afecta, como así ocurrió, sólo a trabajadores con contrato indefinido se vulneraría la citada cláusula que dispone que durante la vigencia del convenio “se incrementará el número de contratos indefinidos en un 8 % como máximo del empleo medio del Convenio TRAGSA del año 2009..”, y mucho más, tal como razona la Sala, “si no se produce una reducción del empleo temporal”, y ya hemos visto como dato significativo que mientras se procedía a despidos de trabajadores con contrato indefinido la empresa procedía simultáneamente a la contratación de 421 trabajadores temporales.

G) Nueva causa de nulidad alegada: “constitución errónea de la comisión negociadora por parte de los representantes de los trabajadores, por cuanto no estaría legitimado para ello el comité intercentros”. Al haber trabajadores que prestan sus servicios para TRAGSA pero que se ven afectados por otros convenios (según el hecho probado decimosexto un total de 79 en 2013, que procedían de otras empresas por provenir “de subrogaciones y sucesiones en contrata”) las decisiones adoptadas por el comité afectarían a trabajadores a los que formalmente no representa y por tanto, plantea la Sala tras haber analizado el art. 81 del [convenio de TRAGSA](#), que ello podría ser causa de nulidad del período de consultas y del posterior despido, ya que el comité no representaba, insisto, a ese número (ciertamente reducido) de trabajadores (y digo reducido porque la plantilla de TRAGSA a 30 de septiembre de 2013 estaba integrada por 6773 trabajadores).

Difícil papeleta jurídica para la Sala que salva acudiendo a una interpretación integradora, y algo compleja a mi entender en viajes de ida y vuelta sobre la norma, del texto anterior con otro apartado del mismo artículo 81 en el que se dispone (supongo que conociendo los negociadores que había trabajadores que provenían de otras empresas y a los que eran de aplicación otros convenios colectivos) que “en las actividades excluidas del citado ámbito de aplicación, la empresa reconocerá la misma legitimación al comité intercentros, siempre que exista mutuo acuerdo con las restantes representaciones sindicales elegidas y que hubiesen manifestado su derecho a participar conjuntamente con dicho comité, en la negociación colectiva de su ámbito territorial”.

La Sala entiende que hubo acuerdo con las secciones sindicales cuando se inició el período de consultas, y así fue tal como he explicado con anterioridad, ya que las manifestaciones contrarias al respecto se efectuaron por un sindicato, la CGT, en fase de informe de la ITSS y “después de haber aceptado la constitución de la mesa negociadora y participado en las negociaciones”. Pero claro, la norma no es un prodigio de claridad porque no queda nada claro si el acuerdo se refiere a las secciones sindicales que agrupen a los trabajadores de TRAGSA o también, o únicamente, a las secciones sindicales que agruparan a los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación del

convenio. Mi parecer, en una interpretación que aúna todos los criterios interpretativos previstos en el art. 3.1 del Código Civil, es que la norma estaba refiriéndose a las secciones sindicales presentes en la empresa, pero ello no impide en cualquier caso que la Sala mantenga sus dudas sobre la válida constitución de la comisión negociadora por dos motivos: en primer lugar, ya que la citada cláusula está contenida en un convenio que afecta únicamente a los trabajadores de TRAGSA por lo que “carecería de toda validez para vincular a terceros”; en segundo término, y no acabo de ver exactamente qué relación tiene con la cuestión objeto de debate, porque no consta “cuál es la representatividad de las secciones sindicales fuera del ámbito del convenio de empresa y en los restantes colectivos no vinculados por el mismo”.

En este viaje de ida y vuelta, ¿cómo salva la Sala la válida constitución de la comisión negociadora? Pues acudiendo a las decisiones de los sujetos representantes de los trabajadores, remitiéndome ahora a la explicación realizada con anterioridad sobre la decisión de todas las secciones sindicales presentes en la empresa de aceptar la negociación por medio del comité intercentros.

Según la normativa vigente (art. 51.2 de la LET) “La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días. Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración”. La empresa cumplió con su obligación y no impidió la participación de “ninguna persona individual o colectiva en concreto que debiera haber participado en la decisión”. La empresa no interfirió en la voluntad de los trabajadores y de sus representantes respecto a quienes debían representarles en el período de consultas. En suma, además de señalar que hubiera podido discutirse la posible validez del acuerdo alcanzado en período de consultas, pero al no haberse producido huelga tal debate, la empresa negoció con quienes decidieron los representantes de los trabajadores, “no solamente el comité intercentros, sino las secciones sindicales en la empresa que ahora impugnan el despido colectivo practicado en base a lo que ellas mismas decidieron, en contra de sus actor propios previos”.

H) A continuación se argumenta que debería declararse la nulidad porque la denuncia del convenio colectivo y la apertura de renegociación del mismo de forma simultánea al despido colectivo “habría alterado el desarrollo del periodo de consultas”. No es ciertamente a mi parecer la mejor manera de llevar a cabo una negociación tranquila el combinar la negociación del convenio y de los despidos, pero salvo que quedara debidamente acreditada el incumplimiento del deber de buena fe comercial no existe prohibición legal alguna al respecto, y así lo señala también la Sala. Sin duda la tensión será mucho mayor si la negociación del convenio se plantea como una reducción de



derechos como contrapartida a la adopción de medidas menos duras, y con mayor énfasis en las de flexibilidad interna que las externas, durante las consultas del despido colectivo, y generará problemas no sólo de estrategia negocial sino también de posible actuación de “mala fe negocial”, pero insisto que eso será un problema de prueba (la Sala considera, obiter dicta, que podría producirse “cuando alguna de las medidas de mayor entidad (en principio el despido colectivo) se esté utilizando por la empresa de manera desviada. única y exclusivamente como forma de coaccionar a los representantes de los trabajadores para obtener un acuerdo más favorable en otras materia de su interés”). No ocurre esta circunstancia en el caso enjuiciado a juicio de la Sala, que rechaza la alegación de la CGT, ya que la empresa no planteó los despidos como mera estrategia negocial, aunque lógicamente, añado yo ahora, modulara su postura según el desarrollo del período de consultas y las medidas que se negociaban con la parte trabajadora de flexibilidad interna, sino que su decisión, que llevó a la práctica, respondió “a la intencionalidad real y efectiva de la empresa de reducir su plantilla de trabajadores fijos, tal y como los hechos demuestran”.

D) Llegamos a una de las alegaciones que sí será tomada en consideración por la Sala y que, junto con otras que también serán valoradas en idéntico sentido, llevará a la declaración de nulidad de la decisión empresarial, en concreto “la ausencia de entrega en el período de consultas de las cuentas provisionales de 2013 distintas al balance y cuenta de resultados, en concreto el estado de cambios del patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria, exigibles conforme al artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital”.

En definitiva, la nulidad se produciría por “no haber entregado la documentación prevista en el art. 51.2 de la LET”, concretado en el art. 4.2 del RD 1483/2012, documentación que fue solicitada además expresamente por la parte social en la reunión de 30 de octubre, y añadiendo la Sala como recordatorio jurídico, carente de importancia práctica en este caso concreto en cuanto nada se ha reclamado por la parte trabajadora, que el art. 129 de la LGP obliga a presentar a las sociedades mercantiles estatales y otros entes públicos, además de sus cuentas anuales, “un informe relativo al cumplimiento de las obligaciones de carácter económico-financiero que asumen dichas entidades como consecuencia de su pertenencia al sector público”.

La Sala repasa la normativa aplicable, y muy concretamente el art. 254 del [Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital](#), para destacar, poniéndolo en relación con la normativa laboral, que todos los documentos que deben aportarse “forman, como dice la Ley, una unidad, puesto que como sistema de información contable han de leerse en su conjunto para formarse la imagen fiel de la empresa, sin que la mera lectura, por ejemplo, de la cuenta de resultados (y menos todavía de uno de sus concretos epígrafes, como pueda ser el saldo final de pérdidas o ganancias) permita comprender esa imagen fiel de la situación de la empresa”. La documentación presentada no se ha ajustado a las obligaciones impuestas por la normativa vigente (art. 4.2 RD 1483/2012) ya que si bien es cierto que la explicación de los resultados contables puede hacerse por medio de la memoria explicativa del despido colectivo y no requieren de manera expresa de una memoria e informe de gestión, sí deben presentarse, aunque sea en forma provisional y cerrada en el momento de iniciarse el período de consultas, los restantes documentos que acrediten la situación económica de la empresa. Queda probado que no se ha aportado la documentación relativa al estado de cambios en el patrimonio neto, y

tampoco el estado de flujos de efectivo, y la Sala entiende que esas omisiones determinarán la nulidad del despido tanto por incumplir las obligaciones previstas en la normativa de aplicación, como porque, mucho más concretamente referidas al caso enjuiciado, dicha documentación tenía incidencia “en la valoración de la evolución reciente del patrimonio de la empresa y de su tesorería, elemento esencial para valorar las relaciones de TRAGSA con el SEPI (sistema INTERSEPI) y con TRAGSATEC”.

J) Menor enjuicia tiene la alegación de nulidad por la ausencia de entrega de las cuentas y resultados de la SEPI durante el período de consultas. Los preceptos normativos de referencia son el art. 4.5 del RD 1483/2012 (sobre las obligaciones de presentar cuentas consolidadas cuanto la empresa que tramita los despidos forma parte de un grupo de empresas cuya sociedad dominante tiene su domicilio en España) y el art. 42 del [Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio](#), que define qué debe entenderse por grupo.

La existencia de grupo mercantil entre la SEPI y la empresa demandada no presenta duda y está además reconocido por la normativa propia (art. 14.2 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, en la redacción dada por la Ley 20/2006 de 5 de junio), pero también lo está que no hay obligación de elaborar información contable consolidada (disposición transitoria de la Ley 20/2006: “Mientras la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales tenga la obligación de elaborar información contable consolidada de acuerdo con las normas que regulan la elaboración de la Cuenta General del Estado, formulará sus cuentas anuales consolidadas en todo caso con arreglo a los criterios establecidos en dichas normas, sin que le sea de aplicación la obligación de consolidar prevista en el artículo 42 del Código de Comercio”). El análisis de la sentencia se centra en la obligación impuesta por el art. 5.3 del RD 1483/2012 de aportar las cuentas anuales en el que caso, por lo que ahora interesa, de que “las empresas (del grupo) tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad”. Es claro que tanto la empresa TRAGSA y TRAGSATEC como la SEPI pertenecen al sector público estatal, pero no es menos cierto que no coinciden en la actividad, y basta para confirmar esta tesis remitirse a las funciones de la SEPI, reguladas en el art. 11 de la Ley 5/1996, y las de las empresas demandadas, recogidas en su normativa reguladora ya citada y que sólo tienen por objeto “la realización de las encomiendas ordenadas por las Administraciones de las que son entes instrumentales...”

K) Sobre la ausencia de representantes de la SEPI en la comisión negociadora como posible causa de nulidad, ya que se aduce que quienes estaban presentes por la parte empresarial “carecían de capacidad real para llegar a acuerdos”, la no aceptación de esta tesis como causa de nulidad deriva lógicamente de la no existencia de grupo de empresas laboral entre SEPI y TRAGSA, siendo la segunda la única que podía tener presencia en la comisión y no habiéndose probado que quienes negociaban no tuviera capacidad “para formular y aceptar propuestas”

En muchas, por no decir que en la mayor parte de las negociaciones, es frecuente que la parte negociadora empresarial consulte con los órganos de dirección de la empresa las decisiones que deben adoptarse, pero ello no obsta a que sea la comisión quien la adopte formalmente una vez que hayan sometido el resultado del período de consultas a la aprobación de los órganos de dirección. ¿Y qué decir de la parte trabajadora, que somete habitualmente todos los preacuerdos a la votación favorables de los trabajadores como

paso previo a la firma final del acuerdo? El hecho de que existan “límites y mandatos” a los que deben ajustarse las partes en la negociación no afecta en absoluto a su poder jurídico negocial de suscribir o no acuerdos, siendo la única exigencia legal, a juicio de la Sala, “que puedan proporcionar y recibir libremente información y tengan capacidad para comunicarse fluidamente con quien tiene el poder para adoptar decisiones, transmitiendo las mismas en la mesa negociadora”.

L) No me parece tampoco relevante, y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia, la alegación de nulidad porque no se aportara por la empresa, ubicada en el sector público estatal, el plan para la ordenación de los recursos humanos previsto en el art. 69 de la [Ley 7/2007, de 12 de abril](#), del estatuto básico del empleado público en el que se dispone, a los efectos que interesan de mi explicación, que “2. Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas...”. Y no es relevante primero porque la empresa TRAGSA queda fuera del ámbito de aplicación del art. 2.1 de dicha norma, que será de aplicación supletoria en todo caso, y en segundo lugar porque el plan de ordenación de recursos humanos es una posibilidad ofrecida, pero no un mandato dirigido a la AA PP en su condición de empleador.

LL) Llegamos a una de las “argumentaciones estrella” en gran parte de las demandas interpuestas en procedimientos de despidos colectivos, y mi análisis de las sentencias dictadas desde la entrada en vigor de la reforma laboral operada primero por el RDL 3/2012 y seguida después por la Ley 3/2012 así lo confirma. Se alega ahora que no existió buena fe negocial porque la empresa “amenazó” con despedir al número máximo propuesto en el inicio de las negociaciones si los trabajadores no votaban favorablemente el preacuerdo alcanzado con una parte de la comisión negociadora.

Si en el terreno de los hechos y de la estrategia negociadora, queda clara cuál es la posición de la empresa, guste o no su forma de actuar, no lo es menos que un preacuerdo queda condicionado a la votación favorable por parte de los trabajadores, ya que como he dicho antes es práctica recurrente, y democrática, en sede sindical que los preacuerdos sean sometidos a ratificación formal, que no estrictamente jurídica, por todos los trabajadores de la empresa. No aceptado el preacuerdo, las partes decidirán qué estrategia adoptar y qué medidas tomar, y la empresa en este caso adoptó la de proceder a un número determinado de extinción de contratos que, en cualquier caso, era inferior al inicial (es decir, no volvió exactamente a la “casilla de partida”), y a su vez los representantes del personal optaron por impugnar la decisión empresarial, posturas ambas, como muy correctamente resalta la sentencia, que “son legítimas desde el momento en que no puede estimarse que exista una vinculación a un acuerdo que no llegó a producirse”.

M) Volvemos a las alegaciones sobre la nulidad de la decisión empresarial que sí tiene real importancia y que serán tomadas en consideración por la Sala, en concreto la de “ausencia de concreción de las causas invocadas para el despido colectivo en la comunicación realizada a la representación legal de los trabajadores” (hay un curioso error en la página 83 de la sentencia, que se repite en la página 93, ya que se hace referencia a la representación “ilegal” de los trabajadores, que afortunadamente puede salvarse por la interpretación integradora del texto) . La normativa de referencia es el art. 51.2 de la LET y el art. 12 del RD 1483/2012, debiendo destacarse a mi parecer de ambos preceptos la obligación empresarial en primer lugar de comunicar a los

representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral las condiciones de la decisión extintiva, y segundo término, y muy relevante, la obligación de actualizar, “en su caso”, el contenido de la comunicación inicial cuya regulación se contempla en el art. 3.1, actualización del todo punto necesaria en la mayor parte de los procedimientos dado que se producen cambios, sustanciales o no, en la propuesta inicial de la empresa durante la negociación llevada a cabo en el período de consultas, y por ello es lógica, coherente, y acertada, la argumentación de la sentencia sobre el carácter “trascendental” de ese requisito, más exactamente de su cumplimiento, con una explicación suficientemente detallada de los cambios que hayan podido operarse durante ese período, ya que “la comunicación de la decisión empresarial (de proceder a los despidos tras el período de consultas) es la que centra el objeto del eventual debate procesal posterior.

Pues bien, del conjunto de hechos probados queda acreditado que hay una reducción del número de trabajadores despedidos y de las causas organizativas alegadas (no así de las económicas que se mantienen inalteradas), siendo una razón relevante para la reducción del número de afectados el cambio de criterio de cómputo introducido, y todo ello evolucionando según cómo se desarrollara el período de consultas. Dado que ha quedado también debidamente acreditado que no se actualizó la información de la comunicación inicial, y dado el carácter “trascendental” de la explicación de los cambios, la Sala entiende que hay una nueva causa de nulidad de la decisión extintiva empresarial, “ya que dicha comunicación constituye un elemento indispensable para centrar el objeto del despido y de su eventual impugnación”.

N) Será desestimada la alegación de nulidad consistente en la no aportación por parte empresarial de un plan de recolocación externa, plan que están previsto en la normativa vigente (art. 51.10 de la LET y art. 9 del RD 1483/2012) cuando las extinciones afecten a más de 50 trabajadores. Dándose el supuesto fáctico previsto en la norma, la empresa ha de presentar el plan de recolocación al inicio del procedimiento, con independencia de que los avatares de la negociación durante el período de consultas afecten también, y en ocasiones mucho, a su contenido final.

En cuanto que el plan puede constituir un elemento clave para poder llegar a un acuerdo sobre la decisión empresarial, es obligada su presentación inicial para poder debatirlo durante el citado período de consultas, y el no presentarlo sería “determinante de la nulidad del período de consultas, al privar al mismo de uno de sus objetos esenciales”, aplicando aquí, por cierto, un criterio claramente antiformalista en la interpretación de qué debe entenderse como causa de nulidad, ya que la presentación de plan no se incluye de forma expresa en el art. 51.2 de la LET, que es el único, en cuanto a su contenido, al que se refiere el art. 124.11 de la LRJS para poder declarar la nulidad de la decisión empresarial, aunque no es menos cierto que una interpretación integradora de los apartados 2 y 10 de la LET y de los arts. 3.1 y 9.1 del RD 1483/2012 abocan a mi parecer a esa tesis.

En apoyo de su tesis la sala acude a la también aceptada doctrina antiformalista por el TS, justamente en las dos primeras sentencias ([20 de marzo](#) y [27 de mayo](#)) en que se pronunció sobre despidos posteriores a la reforma laboral), que diferencia entre documentos esenciales y otros accesorios para el normal y correcto desarrollo del proceso de negociación, y en este caso concreto la alegación de la demandante no se basó en la inexistencia del plan, ya que en el momento inicial de la tramitación la empresa puso en conocimiento de los representantes de los trabajadores cual sería su

contenido, y este acabó de concretarse en el momento final del período de consultas, por lo que la alegación de nulidad consistente en la no contratación de la empresa que lo pondría en marcha cuando se inicia el período de consultas debe decaer, ya que la empresa que lo lleve a cabo no ha de ser necesariamente quien lo elabore sino “quien los ejecute”. Quedan fuera del ámbito de resolución de una sentencia como la analizada hipotéticos conflictos que pudieran suscitarse por el incumplimiento del plan, pero, afirma correctamente a mi parecer la Sala, “en todo caso lo relativo a la ejecución del plan de recolocación es algo que se sitúa fuera ya del procedimiento del despido colectivo, una vez adoptada la decisión empresarial de despido colectivo y no afecta a la legalidad de la misma.

Ñ) Una última alegación de nulidad de la decisión empresarial será aceptada por la Sala, y es probablemente a mi entender, la parte más relevante del amplio contenido de la sentencia, junto con el detallado estudio de la aplicación, y en qué términos, de la normativa de la UE, presupuestaria y administrativa. La pretensión se suscitó por “el carácter genérico e impreciso de los criterios de afectación para la selección de los concretos trabajadores despedidos”.

La Sala procede en primer lugar a recordar su doctrina general sobre los criterios de selección y su fijación por la empresa, de acuerdo a la normativa vigente, al iniciarse el período de consultas, contenida entre otras en la sentencia de 15 de octubre de 2012, de la que fue ponente la entonces magistrada de la Sala Carolina Sanmartín y que [mereció especial atención](#) en una entrada del blog de la que recupero aquellos fragmentos que tienen interés para el caso ahora analizado:

“Desde el plano del buen análisis teórico con que nos obsequian muchas sentencias de la AN, para trasladarlo después a la resolución del litigio enjuiciado, cobra especial relevancia el estudio que efectúa sobre la identificación de los criterios de selección en el período de consultas, ya que no se trata sólo, a su juicio, de una exigencia formal para garantizar la negociación de buena fe y permitir el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 51 de la LET, sino que también es “un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva”. A partir de este planteamiento previo, procede al estudio del art. 51 de la LET y más exactamente las causas posibles para presentar un ERE, refiriéndose a la relación entre concurrencia de una causa y comprobación de unos hechos, algo deseado por la exposición de motivos del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, en el bien entendido que la Sala, con notable acierto a mi parecer, señala inmediatamente a continuación, que la pretensión de objetivar los criterios de apreciación de la causa o causas “no debe confundirse con su automaticidad” porque la propia LET permite que haya otras causas, y que, con fundamento en el art. 4 del Convenio nº 158 de la OIT, los hechos con los que se identifican las causas “de ningún modo pueden valorarse aisladamente”, de tal manera que “si el despido ha de encontrar su justificación en una necesidad de la empresa, parece evidente que su finalidad tiene que ser atenderla”.

Aporta la Sala en apoyo de su tesis doctrina del TS sobre la justificación de los despidos en ERES, en sentencias dictadas en conflictos juzgados con la normativa anterior pero que sigue considerando válidos como son la necesidad de que queden probados el supuesto de hecho que determina el despido, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada, y la conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.

La Sala reitera que es consciente de los cambios introducidos en la reforma laboral de 2012 respecto a la no necesidad de que las medidas que se adopten contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí defiende, y la importancia del convenio 158 de la OIT se manifiesta en todo su esplendor, que sigue siendo necesario demostrar que las medidas extintivas adoptadas “permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa”, justamente para respetar la citada conexión de funcionalidad que se deriva del Convenio 158. En efecto, la norma no obliga ya a pensar de cara al futuro, pero sí obliga a justificar la medida en el contexto actual, y tras aportar la cita doctrinal del magistrado del TS Aurelio Desdentado, la Sala concluye que la empresa sigue estando obligada a justificar la causa, en los términos que acabo de exponer; por decirlo con sus propias palabras, “la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción”. Más claro, y más importante si cabe: la selección de los trabajadores afectados debe guardar una estricta relación de funcionalidad “con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada”. Es un nuevo toque de atención de la AN, a las empresas para que cumplan rigurosamente con todos los requisitos formales recogidos en la LET y en su desarrollo reglamentario, porque algunos de ellos guardan estrecha relación con la justificación de la medida adoptada”.

Desde estas premisas generales previas, la Sala sienta ahora nueva doctrina y resalta la importancia de que los conflictos que se suscitan en el seno de las AA PP y que pueden afectar a personal laboral fijo se ajusten escrupulosamente, en el supuesto de producirse despidos, al respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, ya que si esos principios se aplican ex art. 23.2 y 103.3 CE al acceso a los empleos públicos también deberán observarse en caso de finalización de la relación, de tal manera que si no se respetaran la decisión empresarial debería declararse nula, además de deber ser los criterios aplicados “suficientemente precisos como para permitir su aplicación directa, de manera que pueda establecerse en función de los mismos que trabajador ha de ser despedido con preferencia a otros, excluyendo toda posible arbitrariedad”. Esta doctrina general es aplicable al caso concreto de TRAGSA por tratarse, como he apuntado en reiteradas ocasiones durante este comentario, de “mero ente instrumental de la Administración”, sociedad de de íntegra titularidad pública y que cumple con funciones administrativas. La tesis de la aplicación de los criterios aplicables a las AA PP se refuerza a juicio de la Sala porque en el ámbito de la contratación pública TRAGSA y sus filiales “son consideradas como poder adjudicador en la legislación de contratos del sector público, esto es, poder público contratante y por ello sujeto a todos los requisitos de publicidad y apertura a la licitación de contratos de toda índole”. Por consiguiente, no será de aplicación el criterio de selección de los trabajadores afectados en empresas privadas, en donde el margen de selección es sin duda superior siempre y cuando no se apliquen criterios discriminatorios ilícitos.

Añádase a la doctrina sentada por la Sala la referencia normativa, de aplicación a todos los despidos, del art. 51. 2 e) de la LET, en la que se dispone que en la documentación a presentar en la iniciación del período de consultas la empresa deberá aportar los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”, acompañada o no por la lista nominativa de los trabajadores afectados, y que el incumplimiento de esta obligación es considerado causa de nulidad de la decisión empresarial, remitiéndose a la doctrina sentada en su [sentencia de 26 de julio de 2012](#).

En mi estudio de dicha sentencia puse de manifiesto lo siguiente: “La no fijación inicial de los criterios de selección de los trabajadores afectados también vulneró la normativa estatal y la Directiva europea de 1998, así como la interpretación que de dicha Directiva ha efectuado la jurisprudencia del TJUE respecto a la importancia del período de consultas para intentar llegar a un acuerdo entre las partes. La subsanación extemporánea por la parte empresarial no resuelve el conflicto, y menos cuando no se aplica en la práctica, “quebrándose nuevamente los principios de la buena fe, puesto que se propuso un sistema de selección y se aplicó arbitrariamente otro”.

La vulneración de la normativa, con el efecto de hurtar a la negociación entre las partes el debate sobre qué criterios de selección aplicar y, en su caso, las condiciones de aplicación, implica la nulidad de la decisión empresarial, pero además si se produce en un conflicto como el que ahora estoy analizando también se vulnera la prohibición de arbitrariedad en el acceso al empleo público que la Sala considera, con buen criterio, que ha de extenderse también “al momento de la pérdida de la condición de empleado público, puesto que de otra manera el derecho se vaciaría de contenido”. La plasmación concreta de esta doctrina, pues, se proyecta en el terreno práctico con la obligación de conocimiento y debate sobre los criterios de selección y la posterior especificación con respeto a los citados principios constitucionales, siendo en su caso el trabajador individualmente afectado el que puede impugnar la decisión en proceso individual (art. 124.13 LRJS) si considera que su aplicación no ha respetado lo acordado por las partes o fijado por la empresa.

En definitiva, la Sala acuña tres grados de precisión exigible a los criterios de selección de los trabajadores despedidos, que van de menos a más (“menor intensidad, intensidad media e intensidad máxima”), cuya explicación detallada se encuentra en la página 102 de la sentencia, a la que me remito, diferenciando entre despidos por causa económica genérica que afecte a la empresa en general y que esta sea privada, los que se producen por las restantes causas o bien por una causa económica “muy específicamente referida a algún sector de la empresa”, y otra vez que esta sea privada, y los producidos por cualquier causas y que afecten a trabajadores de la AA PP o entes públicos a los que es de aplicación el art. 23.2 CE, muy en especial cuando el personal afectado haya accedido al empleo público mediante procedimiento de ingreso basado en los principios de mérito, igualdad y capacidad, habiendo adquirido la condición de personal laboral fijo.

Pues bien, de los hechos probados resulta que la empresa no fijó con la debida claridad y precisión esos criterios de selección ni en el documento inicial del período de consultas ni tampoco en el de comunicación de la decisión final adoptada por la empresa tras ese período, recordando, y así lo he explicado con anterioridad, que los mismos eran “totalmente imprecisos” y permitían “múltiples aplicaciones”, requiriendo de un manual posterior de aplicación que no fue objeto de examen durante el período de consultas y que no respetaba en sus contenidos los principios constitucionales referenciados. Si a ello se añade que sólo se aplica a los trabajadores fijos y no a los temporales, se observa que chirría jurídicamente hablando la preferencia concedida a los primeros por la disposición adicional vigésima de la LET, “tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”, si bien matizada porque ha de fijarse por “los

entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior”, es decir los incluidos en el art. 3.2 de la LCSP.

A modo de cierre de toda su argumentación, y aunque se encuentre recogida en este último bloque de la sentencia, cabe enfatizar la dura crítica que realiza la Sala a la posibilidad de que los despidos puedan llevarse a cabo desde el momento de adopción de la decisión empresarial, 29 de noviembre de 2013, hasta más de un año después, el 31 de diciembre de 2014, convirtiendo las relaciones laborales en la empresa durante todo este largo período en un “estado de excepción” (“situación de excepcionalidad” es la expresión que utiliza la sentencia) durante el que cualquier trabajador afectado por los genéricos e imprecisos criterios de selección podría ser despedido, y de ahí a la instauración de la “cultura del miedo” no habría más que un paso, siendo criticada esta posibilidad por la Sala no ya sólo con carácter general para cualquier empresa sino ahora mucho más si se aplicara “en una empresa pública en la que debería regir la interdicción de la arbitrariedad”.

### **61. Sentencia de la AN de 28 de marzo de 2014.**

1. La [sentenciadictada por la AN el 28 de marzo](#), de la que fue ponente el magistrado Ricardo Bodas, resuelve el conflicto jurídico suscitado por la interposición de una demanda el 19 de febrero, en proceso de despido colectivo, por la representación unitaria de los trabajadores contra la empresa Hera Tratesa SAU, solicitando la nulidad, y de manera subsidiaria la declaración de no ser ajustada a derecho, de la decisión empresarial de extinguir los contratos de 27 trabajadores por causas económicas.

La sentencia tiene interés por las valoraciones jurídicas que efectúa la Sala respecto a los cambios de motivos aducidos por la empresa al presentar un segundo expediente con respecto a los alegados en uno anterior inmediatamente cercano en el tiempo y que se retiró para poder presentar uno nuevo. Igualmente, formula algunas manifestaciones de interés sobre la obligación empresarial de presentar la documentación económica al inicio del período de consultas y más exactamente la no aportación de las cuentas provisionales del año 2013. En fin, si la decisión final modifica la propuesta empresarial inicial como consecuencia, aparentemente, del proceso negociador entre las partes, habrá que comprobar que el escrito de la empresa justifique tales cambios y con el apoyo normativo correspondiente, ya que sería un contrasentido jurídico que un cambio se pudiera introducir sin mayor justificación.

2. Con respecto a la primera cuestión, un primer despido colectivo instado por la empresa en noviembre de 2013 se apoyó en causas productivas y organizativas, si bien no aportó el informe técnico al que preceptivamente obliga el art. 5 del RD 1483/2012. El desistimiento de dicho proceso el 11 de diciembre fue acompañado inmediatamente de la presentación de un nuevo despido colectivo, pero esta vez basado sólo en razones económicas, y de las causas alegadas en ambos procedimientos se deja debida constancia en los hechos probados.

Frente a la tesis de la parte demandante de actuación empresarial vulneradora de la buena fe negocial, la Sala entiende que no procede aceptarla aunque critica la actuación empresarial por su poca coherencia, ya que “la incoherencia no constituye por sí misma causa de nulidad en el despido colectivo”. Es decir, la Sala entiende que la empresa es la que ha decidir, si presenta un despido colectivo, cuáles son las razones o motivos que



lo justifican, porque la cuestión a debate en cualquier caso será la debida justificación de las mismas.

Creo que a modo de “obiter dicta” judicial más que de razonamiento concreto aplicable al caso, la Sala acompaña dos argumentos para defender la conformidad a derecho de una decisión empresarial como la cuestionada: en primer lugar, que la reducción de las causas reduce a su vez los motivos para justificar el despido colectivo, “lo cual limita objetivamente las posibilidades de éxito de la medida empresarial” (a mi parecer, si por objetivamente se entiende que hay menos causas, estoy de acuerdo, pero recordemos que lo importante es la debida fundamentación de una de ellas, con independencia del número de las alegadas); en segundo término, y quizás para ajustar algo más su tesis sobre la libertad empresarial de elección de causas para el despido, la Sala argumenta que “la causa productiva está anudada ordinariamente a la causa económica, por cuanto lo normal es, que si se reduce la demanda de productos y servicios de una empresa, la consecuencia lógica será que la empresa reduzca sus ingresos o ventas, lo que provocará, en el mejor de los casos, una reducción de sus beneficios y pérdidas económicas en el peor, lo que activará normalmente también sobredimensionamientos de plantilla, que se relaciona con la causa organizativa”.

En cuanto a la no aportación de las cuentas provisionales al iniciarse el procedimiento, obligación que debe cumplir la empresa para ajustarse a lo dispuesto en el art. 4.2 del RD 1483/2012, debidamente firmadas por los administradores o representantes de la empresa, queda acreditado el incumplimiento por lo que llevará aparejada la declaración de nulidad. Según recuerda la Sala, para saber qué debemos entender por cuentas provisionales hay que remitirse al art. 254.1 de la Ley de Sociedades de Capital, esto es “balance, cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujo de efectivos y la memoria”. El incumplimiento empresarial motivó que el período de consultas no pudiera desarrollarse de forma que se permitiera a la parte trabajadora disponer de la información adecuada para intentar llegar a un acuerdo, no respetando pues tanto lo dispuesto en la normativa europea como estatal.

En fin, la decisión final de la empresa fue de extinguir 27 contratos cuando en la propuesta inicial se planteaba la extinción de 42, es decir “una reducción del 38,09 % de los afectados inicialmente”. La queja de la parte trabajadora se refiere a la posible existencia de mala fe empresarial, porque no aceptó ninguna de las propuestas presentadas por la parte trabajadora, vinculó la reducción del número de despidos a la aceptación de su propuestas y una vez que los trabajadores hicieron una contrapropuesta no la aceptó y tomó la decisión de despedir a menos trabajadores de los previstos inicialmente, pero sin mayor justificación.

A juicio de la Sala, y en consonancia con la razón de ser de dicho período y el objetivo perseguido por la normativa vigente, la libertad de decisión empresarial está limitada por la debida justificación de su decisión y de los cambios introducidos con respecto a la tesis defendida durante el período negociador, ya que de producirse un cambio que nunca fue planteado en la mesa de negociación, y además sin justificar, ello abundaría en la tesis de mala fe negocial. Señala la Sala, para fundamentar en este sentido su decisión que llevará también a la declaración de nulidad de la decisión empresarial, que en el escrito de comunicación de la decisión a la autoridad administrativa laboral “decide desafectar a 15 trabajadores, que luego fueron dieciséis, al excluirse del despido

a una trabajadora del centro de Santander, tras concluir una huelga en dicho centro, sin razonar de ninguna manera de qué modo va a hacer frente a su situación económica negativa, subrayando paladinamente que dicha decisión se fundamenta tras haber escuchado los argumentos de la RT y por otras "**vías que ya serán estudiadas**".

La actuación de la empresa, que insisto que no justifica en modo alguno el motivo del cambio de parecer y que se remite a unas vías que no han sido planteadas durante el período de consultas, es contraria a derecho en cuanto que impidió que la parte trabajadora "negociar efectivamente las desafectaciones y sus consecuencias presentes y futuras". Desde luego, me parece que casa muy mal con la obligación de negociar de buena fe la argumentación empresarial expuesta en su escrito final de que la reducción, o desafectación, de 15 despidos, se ha adoptado después de haber escuchado a la representación de los trabajadores "y por otras vías que ya serán estudiadas". De prosperar en sede judicial planteamientos como el ahora expuesto, el período de consultas podría quedar literalmente vaciado de contenido, si la parte empresarial rechaza, por los motivos que fuere, propuestas distintas a la suya pero, casualmente, en la decisión final afirma que sí ha acogido parte de las tesis de la parte trabajadora, aunque no concreta como llevará a cabo su decisión.

## **62. Sentencia de la AN de 16 de mayo de 2014.**

1. "Panrico, la huelga más larga de la crisis". Este era el titular de un [artículo publicado por Sergi Quitian el pasado día 30 de mayo en La Vanguardia](#), con un subtítulo que concreta el ámbito territorial en el que se desarrolla: "La fábrica de Santa Perpètua de Mogoda acumula ya más de siete meses y medio sin actividad por el conflicto laboral entre la dirección y los trabajadores".

En efecto, la [sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 16 de mayo](#), de la que fue ponente el magistrado José Pablo Aramendi, no ha significado hasta el momento el fin del conflicto iniciado en la empresa en septiembre del pasado año, ya que los trabajadores del centro de trabajo citado siguen en huelga tras la votación realizada el día 24, con 110 votos a favor de su mantenimiento y 66 en contra. En la reunión celebrada ayer lunes entre la Generalitat y ambas partes del conflicto, la autoridad laboral propuso desconvocar la huelga indefinida y que la empresa presente un procedimiento de suspensión de contratos, al objeto de que la actividad en el centro de trabajo pueda reanudarse de forma gradual, y ha convocado a las partes a una nueva reunión el viernes, [habiendo manifestado el Sr. Jordi Miró](#), director general de relaciones laborales y de calidad en el trabajo, que "si la respuesta es positiva, nos implicaremos hasta donde haga falta, pero si la respuesta no es tan positiva, nos tendremos que plantear si nuestra presencia en este conflicto sigue teniendo sentido o no". Según las informaciones publicadas en los medios de comunicación la representación de los trabajadores someterán la propuesta a la asamblea de trabajadores el próximo jueves, y [el viernes está convocada una manifestación en el centro de Sabadell](#)

No es, desde luego, una situación fácil para dichos trabajadores, ya que la sentencia no es precisamente favorable a sus intereses como más adelante explicaré, y aún se complica más, aunque pueda parecer paradójica esta afirmación, por la propuesta de la empresa de reducir el número de despidos que deben producirse en lo que resta de 2014, ya que obliga a la parte trabajadora a optar entre mantener su exigencia de que no haya

ningún despido, y de momento esta es la tesis prevalente, o buscar en qué términos puede lograrse un acuerdo con la empresa. Negociación y conflicto son instrumentos sindicales desde sus orígenes, y en este caso cobra aún mayor importancia su buena utilización y combinación en función de las circunstancias. De momento, la situación sigue siendo muy incierta si hemos de atenernos a las [palabras del presidente del comité de empresa, Ginés Salmerón](#), a la salida de la reunión de ayer, que afirmó que la empresa había mantenido su propuesta de reducir un 40% los despidos previstos y que había asegurado que no se planteaba ninguna indemnización superior a la que marca la ley, añadiendo que "no nos dejan mucha perspectiva de lo que podemos negociar si desconvocamos la huelga, si ya nos avisan de que no se saldrán de lo que marca la ley".

2. Era obligada esta introducción para situar los términos sociales del análisis jurídico que voy a realizar a continuación, ya que el conflicto encuentra su razón de ser en primer lugar, como os obvio, en la decisión empresarial de presentar una propuesta de despidos colectivos y otras medidas de flexibilidad interna que afectaría a los diversos centros de trabajo de la empresa en toda España, pero tiene un indudable carácter de lucha sindical por las divergencias existentes en el seno de las representaciones de los trabajadores y de las organizaciones sindicales sobre cómo abordar la propuesta empresarial, y clara manifestación de ello es el acuerdo alcanzado por la comisión negociadora durante el período de consultas y que fue posteriormente impugnado por la [Federación agroalimentaria de CC OO](#) y la [CGT](#)

Se trata de un análisis jurídico que debe dar cuenta de las luces y, en especial, de las sombras que presenta la sentencia y mucho más concretamente el fallo de la misma, sombras también observadas en la sentencia por una de las partes demandantes, CC OO, que [solicitó aclaración de la misma](#), y recibido respuesta, en términos a los que me referiré más adelante. Una sentencia que, por otra parte, ha merecido duras críticas del sindicato CGT, centradas especialmente en la aceptación que hace ésta de los despidos ya efectuados en Santa Perpetua y los que puedan producirse durante 2014, aunque dicha aceptación también me suscita algunas dudas vistos los términos del fallo de la sentencia.

3. Como he dicho, [la sentencia que es objeto de comentario es la dictada por la AN el 16 de mayo](#), en el conflicto suscitado por la decisión de la empresa PANRICO de proceder al despido de 745 trabajadores (una vez alcanzado acuerdo en el seno de la comisión negociadora). Contra dicha decisión se interpusieron demandas por CC OO y CGT los días 23 y 27 de diciembre de 2013, acumuladas por auto de 13 de enero de 2014. Se produjo una [suspensión del acto de juicio previsto para el día 20 de marzo](#) ante la ausencia de uno de los demandados, miembro de la comisión negociadora, celebrándose finalmente el 6 de mayo. [1](#)

[El resumen oficial del contenido de la sentencia](#) es el siguiente: “DESPIDO COLECTIVO PANRICO. Falta de legitimación activa de CGT por sólo ostentar el 1,29% de la representación unitaria. Criterios para determinar el concepto de implantación suficiente. El objeto de este tipo de procesos lo constituye la decisión empresarial tras el periodo de consultas y no los acuerdos que se pudieran haber alcanzado. La constitución de la comisión representativa es competencia y responsabilidad de los sujetos que la eligen y su inadecuada conformación no puede trasladarse al empresario ni constituir base para la anulación de la decisión empresarial adoptada en el despido colectivo. Concurriendo causa económica por pérdidas

acreditadas y productiva por disminución en ventas la sentencia estima parcialmente las pretensiones articuladas en demanda y declara injustificadas las decisiones empresariales de: a) diferir el abono de la indemnización legal al no acreditarse falta de liquidez por haber aplicado el empresario activos a la devolución de préstamos a accionistas b) los despidos programados para 2015 y 2016 al no poder concurrir en ellos la nota de actualidad de las causas existentes cuando en 2013 se toma la decisión extintiva Inexistencia de vulneración del derecho de huelga al acreditarse justificada y razonada la decisión empresarial en cuanto al número de trabajadores afectados del centro de Santa Perpetua”.

Por otra parte, [la nota elaborada por el gabinete de comunicación del Poder Judicial](#) tiene el contenido siguiente: “Una sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional impide ejecutar los 156 despidos previstos para los dos años próximos (79 extinciones en 2015 y 77 en 2016), incluidos en el Expediente de Regulación de Empleo de noviembre de 2013, y que afecta a 745 empleados de sus centros de Santa Perpetua (Barcelona), Paracuellos (Madrid), Valladolid, Puente Genil (Córdoba), Zaragoza, Murcia y Sevilla. El ERE, que contempla un ajuste progresivo de trabajadores a realizar en un periodo de 4 años, de 2013 a 2017, propició la demanda contra la empresa por parte de las organizaciones sindicales Federación Agroalimentaria de CCOO, Confederación General del Trabajo (CGT) y la Federación de Industria de Trabajadores Agrarios de UGT. El fallo de la Audiencia señala que los despidos ya producidos no se ajustan a derecho al “diferir el pago de la indemnización hasta su tope legal (20 días año y máximo de 12 mensualidades)” y exige abonarla de forma parcelada en 18 mensualidades, “en lugar de pagarla al momento de la comunicación individualizada del despido a cada uno de los trabajadores afectados”.

4. ¿Cuáles son los contenidos más relevantes de los antecedentes de hecho y de los hechos declarados probados? En un difícil, y casi seguro que imposible, intento de síntesis, por tratarse de un asunto jurídicamente bastante complejo, son a mi parecer los siguientes en el primer bloque.

A) Por parte de CC.OO se impugna el despido colectivo decidido por la empresa tras el acuerdo alcanzado en la comisión negociadora, que contó con el visto bueno de 8 de los 13 miembros integrantes de la misma, y no se cuestionan las llamadas “medidas de acompañamiento”. Una cuestión de especial importancia que plantea la representación sindical (y que enlaza con los cambios normativos acaecidos en la LET y en el RD 1483/2012 virtud de lo dispuesto en el [RDL 11/2013](#), y actualmente la [Ley 1/2014](#), sobre la participación en un procedimiento de despido colectivo sólo de los representantes de los centros en donde vayan a producirse los despidos) es, además de la alegación de no válida conformación de la comisión negociadora, que los firmantes del acuerdo “han sido los representantes de los centros de trabajo sin despidos significativos mientras que estos se han centrado en el de Santa Perpètua, representado por una sola persona”. Tanto por este sindicato como por la CGT se cuestiona la existencia de las causas alegadas y se rechaza la propuesta empresarial de que los despidos vayan produciéndose hasta 2017, una decisión que consagraría, según CC.OO, “un estado de excepción permanente” en la empresa.

B) Por parte de la empresa se alega que concurren las causas expuestas para presentar la propuesta, “que contó con el beneplácito de la mayoría de la Comisión, incluida CC OO”. Alega, y será aceptado por la Sala, falta de legitimación activa de CGT por no

acreditar su condición de sindicato más representativo y por no tener implantación suficiente en el ámbito del conflicto. Justifica la decisión de despedir a un mayor número de trabajadores del centro de Santa Perpètua de Moguda (tras el acuerdo, 154) porque es el centro con mayor número de trabajadores y “con los costes salariales más elevados y más capacidad ociosa”. En respuesta a la alegación de CC OO sobre la falta de conformidad a derecho de la comisión negociadora, manifiesta que actuó siempre de buena fe y que “nunca hasta la demanda CC OO cuestionó la constitución y composición de la comisión”.

5. Pasemos ahora al segundo bloque, es decir el de los hechos probados, partiendo de la propuesta presentada por la empresa el 27 de septiembre de 2013 de iniciar un proceso de despido colectivo, en el bien entendido a mi parecer que no era solamente tal sino un proceso con inclusión de medidas de flexibilidad interna además de las externas, haciendo uso de las posibilidades ofrecidas por la normativa vigente y tras haber validado los tribunales, señaladamente la AN, que en un mismo proceso puedan presentarse diversas propuestas (llamadas “medidas sociales de acompañamiento” en el caso ahora analizado), tal como se reiterará en esta sentencia.

Los trabajadores de los distintos centros eligieron una comisión de 13 personas, integrada por 7 miembros de UGT y 6 de CC OO, que representaría “la totalidad de los centros de trabajo a los efectos de negociar procedimientos de despido colectivo, modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos de centro”. El inicio del período de consultas se formalizó por la empresa el 23 de octubre, con presentación de toda la documentación relacionada en el hecho probado tercero, período que finalizó con acuerdo el 25 de noviembre tras la celebración de nueve reuniones, habiéndose suscrito un preacuerdo por la mayoría de la comisión el 19 de noviembre que fue sometido a votación por los trabajadores de la empresa y siendo rechazado por estos. No obstante, por la parte empresarial y por la mayoría de los integrantes de la parte trabajadora (8 miembros) se suscribió un acuerdo de finalización del período de consultas, quedando constancia en el hecho probado noveno de que no suscribieron el acuerdo los representantes de los centros de trabajo de Murcia (dos) y de Paracuellos, Esplugues y Santa Perpètua.

En el hecho probado décimo se transcribe íntegramente (ocupa casi seis páginas de la sentencia) la comunicación dirigida por la dirección de la empresa a la representación de la parte trabajadora, de acuerdo a lo dispuesto en el [art.12.1 del RD 1483/2012](#). De dicha comunicación interesa ahora destacar la decisión de extinguir 745 contratos, con una planificación a cuatro años, de tal manera que 312 se producirían en 2013, 277 en 2014, 79 en 2015 y 77 en 2016, con indemnizaciones de 25 días de salario por año de servicio y un máximo de 14 mensualidades, si bien (repárese, añadido yo ahora por la importancia que va a tener en el fallo de la sentencia, que el pago diferido al que me referiré a continuación afecta a todos los despidos que iban a producirse hasta 2016), el pago no se realizará en el momento de la comunicación de cada despido, sino que “habida cuenta las dificultades de tesorería y liquidez que presenta la compañía, el pago de la indemnización derivada de la extinción de contratos de trabajo se realizará de forma diferida en 18 mensualidades”.

Aunque la empresa decidiera, tras el acuerdo, proceder al despido de trabajadores en los años 2015 y 2016, es la misma empresa la que decide que ello podría no ser así (con lo

que queda la duda jurídica de si efectivamente se ha aprobado o no que va a haber despidos en esas fechas) si mejoran (sin concretar en el acuerdo) las cifras económicas de la empresa; o por decirlo con las propias, y enigmáticas, palabras de la comunicación empresarial: “En todo caso, las extinciones anteriormente descritas para los ejercicios 2015 y 2016 estarán, en todo caso, condicionadas a la evolución de los resultados de la Compañía, de manera que en el supuesto de que PANRICO alcanzara unos determinados resultados (EBITDA), la Empresa se compromete a desafectar a aquellos trabajadores cuyos contratos de trabajo se prevé extinguir en los años 2015 y 2016, no procediendo, por tanto, a la extinción de los mismos”.

6. Vamos a continuación a los fundamentos de derecho de la sentencia. Tras la atenta lectura que pude realizar el día de su publicación en las redes sociales, con antelación a que fuera incorporada a la base de datos del CENDOJ, efectué un intento, otra vez casi imposible, de síntesis de su contenido, en diecisiete mensajes cortos o tuits. Casi todos ellos siguen siendo válidos para una explicación que ahora puede y debe ser algo más completa y detallada (o al menos intentarlo).

A) Pero antes, dejo constancia de la aceptación por la Sala de la falta de legitimación pasiva de la UGT, alegada por empresa y a la que no se opuso el sindicato, en cuanto que ni puede ser condenada en una sentencia que declare la nulidad o el carácter de no ajustados a derecho de los despidos efectuados, sino también, y este creo que es el argumento más relevante, porque no formó parte de la comisión negociadora (aunque ciertamente formarían parte de la misma seis afiliados), ya que se decidió por la parte trabajadora que la negociación, como antes he explicado, fuera llevada a cabo por una representación unitaria.

Igualmente, debe recogerse el rechazo de la Sala a la alegación de la empresa de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de acción por parte de CC OO (quiero pensar que la empresa, ahora a diferencia de la argumentación anterior, entendía que si el sindicato había estado de acuerdo -- ¿no serían los miembros unitarios de la comisión, o algunos de ellos? -- con los despidos debía ser también demandado), ya que la condición de demandante y demandado al mismo tiempo que yo sepa todavía no está regulada en el ámbito procesal, tesis que es la que se sostiene lógicamente por la AN cuando afirma que la alegación de la empresa “significa tanto como pretender el ilógico comportamiento de que quien acciona se demande a sí mismo”, y por otra parte es obvio, a partir de los hechos probados, que el sindicato tiene “implantación suficiente” en el ámbito del conflicto.

B) CGT carece de legitimación activa para impugnar el despido colectivo por falta de “implantación suficiente”. La Sala acepta la alegación procesal de la parte demandada, a partir de las pruebas practicadas y la constatación de que dicho sindicato tiene un 1,92 % de representatividad en el total de centros de trabajo, más concretamente dos delegados del total de 104 existentes. Dado que la impugnación se ha formulado por una representación sindical, posibilidad expresamente permitida por el art. 124.1 de la [LRJS](#) y que la vincula a que esta deberá tener “implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”, la Sala se plantea si el sindicato impugnante dispone de dicha implantación suficiente, concepto jurídicamente diferente del recogido en el proceso de conflicto colectivo de los arts. 153 y siguientes de la LRJS, que atribuye legitimación para la interposición de conflicto colectivo a los sindicatos “cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto”.

La Sala, en presunción que no considero descabellada, de que puedan plantearse nuevos conflictos relativos a esta empresa, fija aquello que considera “implantación suficiente” para que un sindicato presente en la empresa pueda accionar al amparo del art. 124.1 de la LRJS, con la finalidad de “establecer unos criterios con voluntad de permanencia y seguridad jurídica”. ¿En qué consiste la decisión de la Sala?: que la implantación suficiente es, como mínimo, el 7,69 % del total de representantes unitarios electos (si el despido afecta a toda la plantilla), ya que ese “es el porcentaje necesario para poder ocupar uno de los 13 puestos de la comisión negociadora”. En la medida que CGT no lo cumple no dispone de legitimación para poder impugnar el acuerdo. Auguro, y no es nada difícil hacerlo, la presentación de recurso de casación por la CGT y la defensa de su legitimación por tener implantación, todo lo limitada que se quiera pero implantación al fin y al cabo, en la empresa y por tratarse, en especial, de una organización cuyo ámbito de actuación (estatal) se corresponde con el del conflicto. [El titular de su revista “Rojo y Negro”](#) es suficientemente significativo al respecto: “Sentencia del ERE de Panrico de la Audiencia Nacional española, discrimina CGT y no anula el ERE a 589 trabajadores de Santa Perpètua de Mogoda. CGT recurrirá al Supremo”.

C) El litigio versa sobre la decisión empresarial, no sobre los acuerdos alcanzados en el período de consultas. Esta es la tesis de la Sala que va a llevar a la denegación de la petición de la parte recurrente de nulidad de las medidas adoptadas “por inadecuada composición” de la comisión negociadora al no haberse respetado, según su parecer, el principio de proporcionalidad.

Pero vayamos por partes, ya que las sentencias de la AN casi siempre contienen interesantes aportaciones doctrinales al hilo del estudio y resolución del caso concreto (aquí también existentes, pero como ya he dicho con sombras, que no se han desvanecido, a mi parecer, en el auto de la AN de 22 de mayo con el que responde a la solicitud de subsanación de la sentencia por la parte demandante CC OO).

Una primera tesis, ya conocida pero no me parece que sea inútil recordarla, es que la reforma de 2012 se asienta en un pilar fundamental que es la supresión de la autorización antes obligada de la autoridad administrativa laboral, concediendo la última palabra, la decisión final, haya habido o no acuerdo en el período de consultas, a la parte empresarial, decisión empresarial que es la que puede ser objeto de impugnación ex art. 124 de la LRJS, tanto si se adecúa a los términos del acuerdo alcanzado en su caso, como si no fuera así, o cuando no hubiera existido acuerdo.

Como segunda aportación, cabe recordar la importancia del período de consultas tanto en la normativa de la UE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en la normativa española y ya también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina judicial sentada por la AN y los TSJ. La realización del período de consultas en debido tiempo, forma y contenido (¿recordamos los cada vez más numerosos conflictos en los que se alega falta de buena fe en la negociación?) se configura como presupuesto obligado de respeto a las formas reguladas en el ordenamiento jurídico. Ciertamente es interesante que la AN reitera el criterio ya sentado en su primera [sentencia de 25 de julio de 2012](#) de que el período de consultas en un procedimiento de despido colectivo “constituye una manifestación propia de la autonomía colectiva”, pero no lo es menos su tesis de que el acuerdo alcanzado en un período de consultas desarrollado con corrección “no constituye el título habilitante para

ejercer la potestad de despedir sino que se configura como una condición limitativa de su ejercicio que encuentra justificación en los intereses, bienes y derechos comprometidos, especialmente el derecho al trabajo protegido por el art. 35.4 [CE](#), el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE y el derecho de los trabajadores a participar en la empresa, art. 129.2 CE”.

Siguiendo este hilo argumental, la sentencia se adentra en una compleja argumentación, contenida en el último párrafo del apartado A) del fundamento jurídico quinto, que ya ha suscitado dudas doctrinales en los debates que he mantenido en las redes sociales sobre esta sentencia, pues para rechazar la tesis de la demandante se basa, dicho sucintamente, en que esta solicitó “la nulidad del despido, no del pacto”, con excepción de un punto concreto, el relativo al pago diferido de las indemnizaciones y que sí será acogido por la Sala pero en unos términos que volverán a provocar “sombras” en su manera de ejecución.

La “finezza” jurídica puede llevar a aconsejar que cualquier parte demandante solicite a partir de ahora tanto la nulidad de la decisión empresarial como (¿subsidiariamente, supletoriamente?) la nulidad del acuerdo que se haya alcanzado en el período de consultas (aunque coincida con la decisión). La tesis de la Sala evita de esta forma la declaración de nulidad solicitada, insisto, de la decisión empresarial, ya que en el hipotético supuesto de que se hubieran producido defectos en la constitución de la comisión negociadora, o en la adopción de acuerdos, ello podría significar una posible nulidad del pacto pero no de la decisión empresarial posterior, y para rizar más el rizo la Sala concluye que la eventual nulidad del pacto “no determina automáticamente la nulidad de la decisión del despido en todos los casos”.

Quizás si la argumentación de la Sala se hubiera iniciado por el final de la frase anterior todo hubiera quedado más claro, mucho más cuando hay bastantes resoluciones judiciales que han declarado la nulidad de una decisión empresarial porque los acuerdos alcanzados fueron obtenidos de forma contraria a derecho, pero he aquí que la Sala, ciertamente de forma inteligente, reconduce esa compleja argumentación (reconozco que tendré que darle un par o tres de “vueltas jurídicas” para emitir un parecer más argumentado sobre su validez jurídica) a un problema que es, ciertamente, el planteado por la parte demandante cual es de la incorrecta composición de la parte trabajadora, y aquí ciertamente lo tiene más fácil jurídicamente hablando la Sala para rechazar la demanda en cuanto que no ha sido la parte empresarial la responsable de que hubiera podido conformarse una comisión negociadora por la parte laboral que no se ajustara a la normativa, en concreto a los arts. 51.2 y, por remisión, 41.4 de la [LET](#), y que no adoptara las decisiones con respeto de lo dispuesto en el art. 41.4, 3ª de la LET (“Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”) y del art. 28.1 del RD 1483/2012 (“Los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes”). Si la comisión se constituyó con vulneración de la normativa legal y reglamentaria por errores de la parte trabajadora, y sin que hubiera intervención alguna por la parte



empresarial en esa incorrección, no cabe incluir este supuesto en las causas de nulidad de la decisión finalmente adoptada por la parte empresarial.

En otra argumentación doctrinal un tanto arriesgada, la Sala considera que “la indebida conformación de la comisión representativa equivaldría así a su falta de constitución, supuesto que como se acaba de indicar ni impide el inicio ni el transcurso del periodo de consultas que debe entenderse a estos efectos como celebrado”. Y digo arriesgada porque la falta de constitución puede provenir de la incapacidad de los trabajadores, en especial en pequeñas empresas, para llegar a constituir la comisión (aunque no recuerdo que se hayan suscitado litigios en sede judicial en casos de despidos colectivos decididos sin que hubiera parte laboral negociadora y desarrollo, siquiera mínimo, de un período de consultas), mientras que la “indebida conformación de la comisión” suele ser en la mayor parte de las ocasiones un problema derivado de litigios internos entre sindicatos.

A modo de obiter dicta, dejo aquí planteada una espinosa cuestión que creo que está parcialmente sobrevolando sobre este conflicto: la reforma laboral operada por el RDL 11/2013 y después por la Ley 1/2014 dispone que cuando el conflicto afecte sólo a algunos centros de trabajo de la empresa, y no a todos ellos, sólo intervendrán en la comisión, directamente o en representación, representantes de los centros afectados, algo que, siempre como mera hipótesis de trabajo, “permitiría” a una empresa seleccionar los centros afectados (no me olvido, ciertamente, de que debe existir causa o causa que justifiquen los despidos) y conformar indirectamente una representación laboral proclive al acuerdo. Se dirá que eso no ha ocurrido aquí porque la propuesta inicial de la parte empresarial y la decisión final adoptada incorporan no sólo extinciones contractuales sino también medidas de flexibilidad interna, pero no es menos cierto que el núcleo duro del conflicto se centra en los despidos, y que la planta más afectada es aquella en donde sus trabajadores han mostrado, y siguen mostrando, más firmeza frente a la decisión empresarial, la de Santa Perpétua de Moguda. quede aquí planteada la cuestión porque mi vida laboral me ha demostrado que las llamadas hipótesis de trabajo pueden acabar convirtiéndose en realidad.

En fin, que con tantas idas y venidas en mi argumentación (el caso es muy sugerente a efectos de análisis jurídico, pero no ciertamente para los trabajadores afectados) me he olvidado de finalizar esta parte del comentario recordando que la Sala desestima la tesis de la nulidad por indebida conformación de la comisión negociadora, ya que de aceptarla se anularía todo un proceso en el que la parte empresarial ha actuado con corrección jurídica, dando la Sala un toque de atención a los sindicatos presentes en la empresa cuando afirma que “las posibles dificultades para constituir la comisión bien pudieron solventarse asumiéndola directamente los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito su conformación”.

D) En mis comentarios de urgencia en las redes sociales expuse que una argumentación recogida en la sentencia es que debe proporcionarse “de forma adecuada” la información relevante para que se desarrolle correctamente el período de consultas, aunque se haga de forma verbal. Esta es la tesis que se sostiene en el fundamento jurídico séptimo, en el que se aborda, y rechaza, la petición de nulidad “por no cumplirse el deber informativo acerca de datos solicitados en consultas”. La tesis de la Sala es antiformalista respecto a los requisitos que debe cumplir la empresa para respetar las exigencias documentales previstas en la normativa vigente, en continuación

de una línea argumental que ya inició la AN en sentencias de 2013 y que también ha sido ya acogida por la jurisprudencia del TS, entendiendo que la nulidad sólo debe predicarse de aquellos incumplimientos “de especial trascendencia” que perjudiquen el correcto desarrollo del proceso negociador y a los que sería de aplicación el art. 124.11 de la LRJS.

La solución del “prêt-à-porter”, es decir del análisis de los incumplimientos en cada caso concreto para valorar su trascendencia deja, ciertamente, un amplio margen de interpretación a los juzgadores para evaluar sus consecuencias jurídicas, sin que en ningún caso, añadido, deban olvidar que el objetivo del período de consultas es llevar a cabo una negociación “útil y en tiempo útil” para conseguir el objetivo de buscar soluciones pactadas al conflicto y que hagan minimizar, atenuar o desaparecer las consecuencias negativas sobre los trabajadores afectados.

Del conjunto de hechos probados, la Sala concluye que la información verbal facilitada durante el período de consultas sobre determinados datos económicos de la empresa se ajustó a derecho en cuanto que se garantizó el derecho a la información de la representación social y posibilitó alcanzar el acuerdo. Pero la Sala obtiene también esta conclusión después de reconocer que la información recabada “no se suministró amparada en documentos precisos”, algo que en principio suscitaría más de una duda jurídica sobre su validez formal, aunque inmediatamente a continuación salva las posibles dudas sobre su validez, que le llevarán a la tesis más arriba recogida, con una doble argumentación: en primer lugar que la parte actora no ha impugnado la información como incierta (dicho con sinceridad jurídica y social, me resulta difícil pensar que ante una información verbal durante una negociación la parte contraria formule una cuidada contraargumentación -- ¿oral, escrita? para refutarla) y en segundo lugar, y más importante, que esta información “como luego se analizará resulta trascendente para la estimación parcial de la demanda”. Presumo que esta convicción de la Sala sobre la importancia de la información a los efectos de la resolución del caso ha sido mucho más determinante que los restantes argumentos expresados para aceptar su validez y rechazar la petición de nulidad.

Por lo demás, repárese en la importancia de ser muy prudentes, con carácter general, en la aceptación de la información verbal, ya que podría desnaturalizar gravemente el derecho a la información “útil y en tiempo útil” que tienen reconocido los representantes de los trabajadores tanto con carácter general (y avalado por la jurisprudencia) en el art. 64 de la LET como en la normativa específica art. 51 LET y RD 1483/2012) sobre despidos colectivos, suspensiones contractuales y reducciones de jornada.

E) Para la Sala, existe conexión de funcionalidad entre las causas alegadas y las medidas adoptadas, y por ello desestimaré la tesis de la demandante que solicitaba (fundamento jurídico octavo) “nulidad o improcedencia por no explicitarse los criterios o conexión de funcionalidad entre causas y medidas”. La Sala recuerda su importante doctrina sentada en la sentencia de 15 de octubre de 2012 sobre la necesidad de acreditar por la parte empresarial no únicamente la concurrencia de la causa sino también los efectos que la misma provoca sobre los contratos de trabajo y que por ello justifican su extinción, es decir su “pérdida de utilidad”, por lo que adquirirá especial relevancia que los criterios de selección de los trabajadores afectados guarden directa relación con los puestos de trabajo que van a desaparecer por dicha pérdida.

La citada sentencia de 15 de octubre de 2012 mereció atención detallada por mi parte en una [anterior entrada del blog](#), del que ahora reproduzco el fragmento que guarda más relación con el caso ahora enjuiciado: “La Sala reitera que es consciente de los cambios introducidos en la reforma laboral de 2012 respecto a la no necesidad de que las medidas que se adopten contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí defiende, y la importancia del convenio 158 de la OIT se manifiesta en todo su esplendor, que sigue siendo necesario demostrar que las medidas extintivas adoptadas “permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa”, justamente para respetar la citada conexión de funcionalidad que se deriva del Convenio 158. En efecto, la norma no obliga ya a pensar de cara al futuro, pero sí obliga a justificar la medida en el contexto actual, y tras aportar la cita doctrinal del magistrado del TS Aurelio Desdentado, la Sala concluye que la empresa sigue estando obligada a justificar la causa, en los términos que acabo de exponer; por decirlo con sus propias palabras, “la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción”. Más claro, y más importante si cabe: la selección de los trabajadores afectados debe guardar una estricta relación de funcionalidad “con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada”. Es un nuevo toque de atención de la AN, a las empresas para que cumplan rigurosamente con todos los requisitos formales recogidos en la LET y en su desarrollo reglamentario, porque algunos de ellos guardan estrecha relación con la justificación de la medida adoptada”.

En su estudio del caso, la Sala reproduce los criterios utilizados por la empresa, adjuntados en la memoria presentada al inicio del período de consultas, para justificar los despidos y determinar qué trabajadores deberían ser los afectados, poniendo de manifiesto que fueron parcialmente modificados durante dicho período y que durante el proceso negociador no se cuestionó por el sindicato ahora demandante, “ni su existencia ni su vaguedad” para cumplir con los objetivos marcados por la normativa aplicable. Sin olvidar que la presencia sindical (de CC OO y UGT) es clara durante todo el proceso negociador, sí me parece importante señalar que la negociación formal corresponde a la representación unitaria, en la que estaban integrados afiliados a los dos sindicatos, y en ocasiones no tengo muy claro que la Sala haga una distinción nítida entre aquello que es la representación unitaria (sindicalizada o no, ahora no importa) y la representación sindical propiamente dicha.

Por lo demás, la Sala rechaza la argumentación de la demandante sobre la no concreción del número de trabajadores afectados por cada centro de trabajo ya que de los hechos probados se deduce justamente lo contrario y porque, siempre según la Sala, es precisamente la disconformidad con el número de despidos en los centros de trabajo de Murcia y Santa Perpètua “la razón básica por la que CCOO ejercita esta demanda”. La conclusión de la Sala, que probablemente no está más desarrollada por hacer suya las tesis ya expuestas en la sentencia de 15 de octubre de 2012 y porque considera ajustados a derecho los criterios de selección finalmente aprobados, es que “tanto los criterios propuestos en la memoria como luego los contenidos en la decisión final del empresario tras el periodo consultivo, colman las exigencias legales que se acaban de detallar al tratarse de criterios que aún siendo genéricos por tener que emplearse para un colectivo de trabajadores, no por ello impiden apreciar la conexión de funcionalidad invocada en la demanda”.

F) En un mismo procedimiento pueden plantearse medidas de flexibilidad internas y externas, es decir cabe la posibilidad, por ejemplo, de adoptar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo junto con reducciones de la jornada de trabajo, suspensiones contractuales y despidos colectivos, posibilidades todas ellas previstas y reguladas en los arts. 40, 41, 47 y 51 de la LET, y desarrolladas en el RD 1483/2012 (sin olvidar la hipótesis, algo más compleja a mi entender en punto a su utilización conjunta, del planteamiento de inaplicación del convenio colectivo estatutario aplicable, prevista en el art. 82.3) Con esta tesis, ya aceptada en anteriores resoluciones judiciales, la Sala desestima la demanda que alegaba la nulidad o improcedencia justamente por ese planteamiento conjunto de medidas de flexibilidad interna y externa, por entender que cada una de ellas tiene su regulación propia o diferenciada de las restantes.

En apoyo de su tesis, la Sala encuentra el art. 51.2 de la LET y muy especialmente el art. 8 del RD 1483/2012, para argumentar que es posible modificar un planteamiento inicial de despidos si se debate en el mismo período negocial la posibilidad de aplicar otras medidas menos traumáticas. Cuestión distinta, añado yo ahora y que dejo planteada a efectos del debate doctrinal, en el bien entendido que la doctrina judicial apuesta por una interpretación muy flexible de la normativa como acabo de indicar, es si el procedimiento de despido colectivo debe plantearse de forma totalmente diferenciada de las medidas de flexibilidad interna y que sea durante el proceso negociador cuando la parte empresarial oferte esas otras posibilidades, o bien que el procedimiento pueda ser “múltiple” e incorporar ab initio más de una medida, con independencia de cuál sea la más importante. A favor de la segunda tesis milita la AN, y reproduzco a continuación un breve fragmento de mi comentario a [la sentencia que ahora se cita en apoyo de esta tesis, la de 20 de mayo de 2013](#) de la misma Sala: “También es necesario traer a colación, frente a la crítica de la parte impugnante, que la AN reitera su criterio de aceptación de un único proceso negociador en el que se planteen diversas medidas (como inaplicación de convenio colectivo, movilidad geográfica, etc.) para las cuales la LET prevé unas reglas propias procedimentales, y mucho más cuando es la propia empresa la que presentó un ERE extintivo en el que afirmaba de forma expresa que también convocaba consultas al amparo de los arts. 40 (movilidad geográfica), 41 (modificación sustancial de condiciones de trabajo) y 47 (suspensión de contratos y reducciones de jornada) de la LET, dado que “nada impide la sustanciación simultánea de estos procedimientos siempre que se cumplan los requisitos formales y materiales previstos a tal efecto en cada uno de los preceptos reguladores”, añadiendo la Sala que la adopción de tales medidas de flexibilidad interna ya está prevista en cualquier caso en el art. 51.2 de la LET para posibilitarla en lugar de las más radicales de flexibilidad externa, y de ahí que todas puedan tener cabida bajo el “paraguas” del expediente extintivo, “puesto que si no pudieran contemplarse en el proceso de despido colectivo sería absurdo que el legislador las planteara al hilo del mismo”.

G) Existe causa económica debidamente acreditada (juicio de idoneidad de la medida adoptada). La Sala desestima la petición de la demandante de considerar no ajustada a derecho la decisión empresarial por no concurrir las causas económicas y productivas alegadas y por no existir proporcionalidad entre las causas alegadas y las medidas adoptadas, y parte de un dato que ciertamente hacía difícil la defensa de la primera tesis por la parte demandante, en cuanto que durante el período consultivo se había aceptado la existencia de la difícil situación económica que había llevado a la empresa a presentar su propuesta, si bien ciertamente con discrepancias respecto a su impacto sobre las medidas decididas.

La argumentación de la Sala se sustenta sobre un doble pilar, uno propiamente jurídico y otro, sin dejar de tener implicaciones jurídicas, de índole económico. El primero, con apoyo en la sentencia del TS de 27 de enero de 2014, que el juzgador debe pronunciarse sólo y únicamente sobre si concurre la causa (el llamado juicio de legalidad o la “aplicación fría” de la norma), sino también si la decisión adoptada es razonable, es decir la adecuación entre causas y medidas, con independencia de que sea o no la óptima para alcanzar los objetivos perseguidos (juicio de idoneidad). Respecto al segundo, de los hechos probados se acredita a juicio de la Sala la difícil situación económica alegada, sin que a su juicio la parte demandante haya podido probar o demostrar cuál sería el número adecuado” de despidos ante tal situación, conocida desde el inicio del período de consultas.

En mi [comentariode la importante sentencia del TS \(Caso Cortefiel\)](#), afirmé que “La Sala, en una sentencia que rebosa juego de equilibrios jurídicos por todos sus poros entre el poder de dirección del empleador y el obligado respeto a las condiciones contractuales que suponen una mejora sobre lo dispuesto en el convenio colectivo, pasa revista al marco normativo de aplicación, esto es el art. 41 de la LET en la redacción formulada primero por el RDL 3/2012 y después por la Ley 3/2012, para analizar a continuación los cambios operados en tres ámbitos que afectan al litigio que debe resolver: “a) el ámbito de las modificaciones; b) el contorno de las causas; y c) la instrumentalidad de las primeras -modificaciones- sobre las segundas -causas-“. Y más adelante añadí: “recomiendo la lectura muy tranquila y detenida de cada párrafo de los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto. La Sala inicia este “ejercicio circense” manifestando que la nueva redacción del art. 41 de la LET parecería dar a entender que el legislador deseaba potenciar el *ius variandi* empresarial y el principio general de libertad de empresa hasta extremos que vaciarían de contenido, por inservible jurídicamente, la doctrina jurisprudencial anterior “en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en materia de obligaciones colectivas”, y que llevarían al límite a eliminar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones empresariales que los tribunales, y en concreto el TS, consideraba necesario demostrar. Pues no, no es así, la Sala rechaza que esta tesis pueda convertirse en realidad, sin que ello implique en modo alguno –obsérvese, insisto, el equilibrio jurídico de que hace gala la sentencia – que haga o pretenda hacer un “juicio de oportunidad” sobre decisiones que quedan en el ámbito de la esfera empresarial. No, no es esta la pretensión de la sentencia, sino pura y simplemente, que no es poco, garantizar la plena aplicación del derecho fundamental de todo justiciable a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, y de ahí que siente una importante doctrina, perfectamente aplicable a otros conflictos que puedan suscitarse en materia de flexibilidad interna (suspensión de contratos o reducciones de jornada) o externa (despidos colectivos) en el ámbito de las relaciones de trabajo: “el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales”.

En apoyo adicional de su tesis, creo que innecesario en el plano jurídico pero supongo que para “confortar” a la demandante, la AN recuerda, antes incluso de resolver sobre las restantes alegaciones pendientes (algo que no deja de ser jurídicamente sorprendente

desde el plano procesal formal) que la demanda será estimada parcialmente “con una sensible disminución de efectos sobre el empleo”, decisión que “refuerza” la tesis de la adecuación y relación entre causas aducidas y número de despidos (que finalmente se reconozcan como conformes a derecho), o por decirlo con las propias palabras de la sentencia “se aprecia una evidente correspondencia entre el potencial de la causa y las medidas adoptadas que obligan a la desestimación de esta alegación”.

H) No es ajustado a derecho diferir el pago de las indemnizaciones legales, pero sí el de las de las cuantías superiores. Esta es la tesis de la Sala y su respuesta a la petición de la parte demandante (fundamento jurídico undécimo) de considerar no ajustada a derecho la decisión empresarial de no abonar las indemnizaciones fijadas en el art. 53.1 de la LET a los trabajadores despedidos en el momento de comunicarles su extinción o, en su caso y con alegación de falta de disponibilidad económica en ese momento, cuando se produjera efectivamente aquella, remitiendo su abono a un pago “de forma diferida en 18 mensualidades”.

Sobre la cuestión abordada en este punto, la sentencia cita una bastante lejana en el tiempo del [TS, de 25 de enero de 2005](#), sobre la carga de la prueba a cargo del empleador de que no dispone de la posibilidad de cumplir con la obligación legalmente establecida, y una más cercana de la propia [AN, de 19 de noviembre](#), que admitió diferir el pago de las indemnizaciones si se acreditaba la falta de liquidez (caso Valmesa). Dicha sentencia mereció un análisis bastante crítico por mi parte, en los siguientes términos: “A mi parecer, hay aquí dos cuestiones que convendría claramente diferenciar: de una parte, la existencia o no de buena fe negocial, y de otra el cumplimiento de la legalidad vigente. Podrá aceptarse la tesis empresarial de que negoció de buena fe y que sus propuestas de diferir el pago podían tener una justificación económica (tesis que aún siendo en hipótesis aceptable era más que previsible que fuera rechazada por los representantes de los trabajadores, como así ocurrió), pero es mucho más difícil aceptar a efectos jurídicos, o al menos así me lo parece, que ante la falta de liquidez sólo se trate de “una cuestión de ordenar negociadamente el abono de las cantidades”. La dicción del segundo párrafo del art. 53 1 b) es clara e indubitada al respecto... , y permite diferir el pago pero sólo hasta un momento determinado, el de la efectividad de la decisión empresarial. No creo que aquí quepan interpretaciones “antiformalistas” de la norma, con independencia, y este es mi parecer, de que ambas partes hubieran debido acercar más sus posiciones para llegar a un acuerdo que no parecía, a juzgar por lo que he podido leer en los hechos probados, tan lejano o imposible”.

Mucho más convincentes, y en la línea adoptada ahora en la sentencia comentada, me parecen las dictadas por los [TSJ del País Vasco y de Castilla y León los días 15 y 23 de enero de 2013](#) respectivamente. Las dos sentencias, y me permito remitir a mis comentarios detallados del ambas en anteriores entradas del blog, se parecen, así lo afirmaba en su momento, “como dos gotas de agua, pero ya no sólo en la fundamentación sino también en el riguroso y cuidado análisis efectuado del marco normativo vigente desde la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. De dicho análisis me interesa ahora destacar como se acude al art.3.1 del Código Civil y a la utilización conjunta de los diversos criterios hermenéuticos recogidos en el mismo para llegar a una conclusión favorable a la tesis de la declaración de improcedencia del despido por causas objetivas cuando no se haya puesto a disposición del trabajador despedido la indemnización legal

fijada, “sin establecer distinción alguna en razón de que el tiempo de consultas haya terminado con avenencia o sin ella”, y añadía que la Sala (refiriéndome a la sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León) “es consciente de que el nuevo marco legal de los ERES concede un rol prioritario al período de consultas para negociar, y acordar en su caso, todas aquellas medidas, que sirvan para atenuar los efectos de la decisión empresarial, entre las que, añadido yo ahora, podría encontrarse el pago aplazado de las indemnizaciones si hubiera justificación suficiente para ello por razones de falta de liquidez. Pero, una vez realizada esta afirmación, hay que estar de acuerdo con la afirmación de la sentencia analizada de que las posibilidades abiertas durante el proceso negociador “no implica derogación algunas de la obligación de respetar los derechos mínimos de los trabajadores individuales reconocidos por la Ley laboral”, concluyendo pues con la declaración de improcedencia del despido por esta causa”.

La sentencia ahora comentada se encuentra “a medio camino” entre las tesis defendida por la propia Sala en la resolución de 19 de noviembre y la sostenida por las dos sentencias de los TSJ, ya que llega a la conclusión de que no es conforme a derecho dejar de abonar en el momento procesal oportuno (el fijado por el art. 53 de la LET) la indemnización legalmente debida (20 días de salario por año trabajado y un máximo de 12 mensualidades) y sí es posible, si ha habido acuerdo en el período de consultas, diferir el pago de las cantidades acordadas que superen el mínimo legal. Ahora bien, a esa conclusión llega tras un atento examen de los hechos probados, en cuanto que queda constancia en los mismos que la empresa dispuso de una cantidad (30 millones) resultantes de la venta de una parte de la misma “al repago de la deuda que la sociedad tenía con sus prestamistas” y entendiendo la Sala que pudo dedicar ese montante al pago de las indemnizaciones, por lo que no cabe aceptar la alegación empresarial de falta de liquidez, o por decirlo con las propias palabras de la Sala, esos ingresos los dedicó a devolución de préstamos, “pretiriendo injustificadamente el pago de las indemnizaciones a los despedidos”. Me queda pues la duda de qué solución hubiera adoptado la Sala si la empresa hubiera podido acreditar debidamente la falta total de liquidez..., pero no hagamos ahora derecho ficción y volvamos al caso concreto, en el que la Sala se pregunta, al considerar contraria a derecho la decisión empresarial, si debe referirse al montante total indemnizatorio pactado o sólo a las cantidades legalmente fijadas en la LET, y acude al [Código Civil](#), en concreto a su art. 1255 (“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”) para aceptar los pactos que mejoren el marco mínimo legal (no hubiera estado de más, en cualquier caso, una referencia al art. 3.5 de la LET y al reconocimiento de la indisponibilidad de derechos legales o pactado convencionalmente), concluyendo que “basada la decisión extintiva en el acuerdo en tal sentido alcanzado en consultas, así ha de respetarse, por lo que la declaración de no correspondencia de dicha decisión con la legalidad lo es respecto de la indemnización de 20 días año y 12 mensualidades”.

Dejo para más adelante las “sombras” que puede provocar esta decisión según la fecha de los despidos efectuados por la empresa en 2013 y 2014, por una parte, y los que puedan producirse durante lo que resta del año, a efectos de determinar el montante total de la indemnización que tendrán derecho a percibir unos y otros trabajadores según la fecha de efectos de los despidos; es decir ¿será la misma o diferente, superior para los primeros, si los consideramos como despidos improcedentes, que para los segundos si la empresa cumple con lo dispuesto en la sentencia, aunque existiera ese acuerdo en el período de consultas?

I) Diferenciación entre los despidos ya efectuados con anterioridad a la notificación de la sentencia, y también los que se lleven a cabo durante el resto del año en curso, con los que estaban previstos en el acuerdo, y recogidos después en la decisión empresarial, para los años 2015 y 2016, que no podrán llevarse a cabo, al menos en este procedimiento. Para la Sala, los plazos de ejecución de las extinciones “han de ser limitados, por respeto al principio de actualidad de las causas”, y “es razonable considerar que 2014 era un tiempo razonable para adecuar la actividad productiva al disminuido elenco de personal”, no aceptándose que puedan llevarse a cabo despidos en 2015 y 2016 en razón de unas previsiones económicas que se realizan a finales de 2013 y a casi tres años vista, afirmando la Sala, con una frase que ha sido sin duda la que ha merecido más la atención de los medios de comunicación que se han ocupado, y han sido muchos, de la sentencia, que “no cabe emplear hoy a modo de bola de cristal unas previsiones imposibles de contrastar”.

En el fundamento jurídico duodécimo se responde en estos términos tras pasar revista a la decisión extintiva empresarial y los plazos fijados para las extinciones durante cuatro años, con la posibilidad, ya explicada con anterioridad, de no llevarlos a cabo en 2015 y 2016 si el marco económico en el que opera la empresa evolucionara de manera positiva. Para llegar a su conclusión la Sala alterna argumentos jurídicos y económicos; así, en los primeros, se cita la obligación que tiene la empresa de comunicar su decisión en un plazo máximo de quince días desde la celebración de la última reunión del período de consultas, so pena de caducidad del procedimiento y de tener que iniciar uno nuevo (me viene a la cabeza el complejo y polémico asunto “Celsa Atlántic” resuelto inicialmente por la [sentencia del TS de 20 de septiembre de 2013](#), que fue anulada posteriormente por el auto de 26 de marzo, y en donde el eje central del debate jurídico gira alrededor de la existencia de uno o dos procedimientos de despidos colectivos), así como también se destaca que hay un período mínimo (30 días) que debe respetarse desde el momento que se inicia el período de consultas hasta que se comunica la decisión a cada trabajador afectado. Pero, como muy bien señala la sentencia “las normas legales no se pronuncian acerca del periodo temporal del que el empresario dispone para ejecutar su decisión”.

A partir de aquí la Sala se adentra en una argumentación que combina el dato jurídico anterior con razonamientos económicos, para llegar a una conclusión que no me parece desacertada pero que sin duda, tal como está recogida en el fallo, puede generar bastante confusión a la hora de su efectiva aplicación. Para la Sala, hay que tomar en consideración que la actividad productiva de la empresa se va a seguir desarrollando, se ha seguido desarrollando mejor dicho añado yo ahora, dentro la normalidad sólo alterada por la ejecución de los despidos decididos por la empresa. O dicho en otros términos, no nos encontramos ante un cierre de empresa que requeriría sin duda fijar una fecha concreta de ejecución de la decisión empresarial, sino que al continuar la actividad la empresa ha de poder disponer del período de ejecución “que resulte necesario para una adecuada ordenación de la actividad productiva que se seguirá realizando con menos efectivos”. Dichos plazos o períodos, no obstante, no pueden dilatarse en exceso en el tiempo desde un análisis jurídico de razonabilidad de la decisión empresarial, en cuanto que existe una causa que ha motivado los despidos y sobre la cual se asienta la justificación de la medida, o por decirlo con las palabras ya transcritas de la sentencia, el plazo debe ser razonable “a fin de no perjudicar el principio de actualidad de la causa que soporta los despidos colectivos”.



Del conjunto de hechos probados se constata la existencia de causas para proceder a los despidos inmediatamente después de que se aprobara el acuerdo y se adoptara la decisión empresarial, causas que pueden mantenerse, en cuanto que existan, durante un período de tiempo razonable, razonabilidad que la Sala no aprecia en absoluto respecto de los despidos que deberían ejecutarse en 2015 y 2016, por lo que serían contrarias a derecho tales extinciones, argumentando con buen criterio a mi parecer que, en caso de que se produzcan causas que requieran de nuevas medidas extintivas en los años citados, se acuda a un nuevo procedimiento de despido colectivo con causa o causas actualizadas para su justificación. De ahí que se concluya que tales despidos están injustificados... pero a continuación vienen nuevamente las sombras de la sentencia cuando valida los ya realizados “en 2013 y 2014”.

Repárese en que buena parte de los despidos que deberían llevarse a cabo en el año en curso aún no se han ejecutado pero la Sala los valida (¿con que indemnización?) y argumenta, con una cierta lógica en cuanto al principio de actualidad de la causa pero que puede generar numerosos problemas prácticos en su ejecución, que “atendiendo a que la decisión extintiva se adopta en diciembre de 2013 y a las dimensiones empresariales en cuanto a número de trabajadores y diversidad de centros de trabajo, es razonable considerar que 2014 era un tiempo razonable para adecuar la actividad productiva al disminuido elenco de personal” Al leer este párrafo me surgen las dudas siguiente: ¿todos los despidos que se ejecuten hasta el 31 de diciembre de 2014 son conformes a derecho? ¿No se ha dicho con anterioridad que no se había abonado correctamente la indemnización a todos los producidos con anterioridad a la notificación de la sentencia, siendo así que es claro que el marco normativo sustantivo y procesal anuda la declaración de improcedencia en tales casos, y por consiguiente, en caso de no readmisión, el abono de una indemnización más elevada que la del despido objetivo?

J) Los fundamentos jurídicos decimotercero a decimosexto son, a mi parecer, de menor importancia que los anteriores en cuanto a la resolución global del litigio, aunque desde luego no lo son, ni mucho menos, para los trabajadores de los centros de trabajo de Murcia y Santa Perpètua de Moguda, en cuanto que se abordan y resuelven cuestiones que les afectan muy directamente (y las respuestas de la Sala no han satisfecho las expectativas de los afectados y se mantiene vivo el conflicto en el segundo, como he explicado al inicio de mi exposición). Pero vayamos por parte y analicemos, siquiera sea más someramente que en los casos anteriores, la motivación de la sentencia.

a) Una petición de la parte demandante era el reconocimiento de la no conformidad a derecho de “retrotraer la reducción salarial a 1-10-2013”. Se rechaza porque la demandante centró su atención jurídica en los despidos colectivos y no en las medidas sociales de acompañamiento (flexibilidad interna), o mejor dicho la Sala afirma que “no responde” por razones procesales a esta argumentación, “sin perjuicio de los derechos que a nivel individual pudieran ostentar los trabajadores afectados”.

b) En el fundamento jurídico decimocuarto se aborda por la Sala la petición de nulidad de los despidos a efectuar en Santa Perpètua “por violación del derecho de huelga”, y de los que afectarían a los trabajadores del centro de Murcia “por haber reclamado derechos laborales y salariales”, es decir por vulneración del principio de indemnidad. Para la AN, según las pruebas no hay vulneración del derecho de huelga de los

trabajadores de Santa Perpetua, ni de la vulneración de los derechos alegados en el caso de los trabajadores de Murcia.

No está de más recordar que el conflicto de Santa Perpètua se inició poco después de la comunicación de la empresa del inicio del período de consultas, y que tenía por finalidad reclamar el abono por la empresa de cantidades adeudadas (parte de la nómina de septiembre de 2013), que garantizara que las futuras nóminas se abonarían puntualmente, y también “la retirada del precurso de acreedores y no presentación de dicho concurso”. A pesar del acuerdo alcanzado poco después, la huelga se mantuvo, y aún sigue viva, por los trabajadores del centro, por lo que conviene recordar lo recogido en el hecho probado vigésimo primero: “El 10-10-2013 se alcanza en relación con dicha huelga un acuerdo en el SIMA cuyo contenido se da por reproducido. Pese a ello la huelga convocada ha seguido desarrollándose. El 18-3-2014 la Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball de la Generalitat de Catalunya promovió una mediación con propuesta de acuerdo que fue rechazada en asamblea de los trabajadores del centro en reunión celebrada al efecto el 25-3-2014”.

En la demanda se alegó, según se recoge en el antecedente de hecho cuarto, que la empresa había configurado a su interés la selección de los centros de trabajo afectados por los despidos con “la finalidad de conseguir que el acuerdo firme la mayoría de integrantes de la comisión en perjuicio de los trabajadores el centro de Santa Perpetua en huelga por impago de su nómina desde 9/2013 antes del inicio del este despido colectivo, lo que constituye un indicio demostrativo de que se ha vulnerado su derecho fundamental de huelga lo que determinaría la nulidad de lo acordado”. Antes de rechazar esta argumentación la Sala manifiesta que no entra a razonar si la huelga “se ha convocado lícitamente... dado que nada al respecto se alegó por la demandada” (conviene recordar que la empresa presentó una demanda en la que solicitaba que se declarara ilegal la huelga, posteriormente retirada después de la mediación de la Generalitat), y plantea que podría admitirse “a efectos dialécticos” que la huelga podría constituir un indicio que justificaría que la demandada “debe aportar razones solventes que acrediten que su decisión no constituyó una represalia al citado derecho fundamental”, para inmediatamente a continuación negar que haya existido tal represalia y se haya vulnerado el derecho de huelga, ya que a su parecer, y con una contundencia poco frecuente en el lenguaje utilizado en sede judicial, “es lo cierto que la prueba practicada desbarata por completo tal sospecha”.

La AN expone que los despidos en el centro de Santa Perpètua eran inicialmente 234, y tras el período de consultas se redujeron a 154, que [los costes de personal en el centro eran superiores en un 20 % al del resto de la plantilla](#) (supongo que ello guardará relación con una mayor presencia sindical que en otros centros, de tal manera que el convenio colectivo aplicable a dicho centro reflejaría esa realidad de poder negociador, pero no parece que esto sea un argumento que interese o preocupe a la Sala) y que entre los criterios para seleccionar a los trabajadores afectados (criterios pactados ciertamente con la mayoría de la representación social, no se olvide) se encontraba el ahorro económico que pudiera significar para la empresa la desaparición de aquellos puesto de trabajo que así lo acreditaran. La Sala recuerda que el coste de personal era superior al de otros centros tal como quedó ya probado en [sentencia del TS de 19 de diciembre de 2013](#) que confirmó la dictada el [8 de mayo de 2012 por el TSJ de Cataluña](#), y en cuyo hecho probado quinto se afirmaba, a los efectos que ahora interesa para mi comentario, que “dada la caída de ventas de la empresa y de la circunstancia de que los costes de

personal eran notablemente superiores en la fábrica de Santa Perpetua respecto del resto de fábricas de la empresa (más de un 20%) se barajó la posibilidad de cerrar la citada fábrica y con la finalidad de evitar el cierre se intentó pactar un proceso de viabilidad que se inició con la constitución en 29-9-2011 de una mesa de negociación presidida por la inspección de trabajo ...”. La reducción operada en el número de trabajadores despedidos en el centro, tras las negociaciones llevadas a cabo durante el período de consultas, y el hecho del reconocimiento de los costes superiores de personal en ese centro, unido a la validez del criterio de selección de extinción de contratos que significaran un mayor ahorro económico para la empresa al objeto de garantizar su viabilidad futura, son argumentos suficientemente convincentes para la Sala para formarse la convicción de que no ha habido vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, y de tal forma, “la pretendida sospecha queda desactivada”.

c) Igualmente, se desestima la presunta vulneración del derecho a la indemnidad de los trabajadores del centro de Murcia que habían reclamado con anterioridad a la presentación de a propuesta de despidos colectivos, por incumplimiento empresarial en materia salarial y de otros derechos laborales. Algo debió fallar en la demanda o en el acto del juicio, o algo se le ha escapado a la Sala, porque no parece razonable que se argumente en tal sentido y después se recoja, en el fundamento jurídico decimocuarto, que “la prueba no acredita la existencia de reclamación salarial alguna”. Sí existen referencias al impacto del incendio del centro de trabajo en la decisión de la empresa de no reabrirlo por el coste económico que supondría la inversión necesaria, y ello es considerado razonable por la Sala en cuanto que acredita debidamente que le afectarían las causas económicas y productivas alegadas, sin que cupiera calificarlo como un caso de fuerza mayor que tampoco había sido considerado “ni por la autoridad laboral ni por el informe de la inspección”.

No me parece que la Sala responda con la suficiente precisión argumental a la tesis de la parte demandante CC OO de que no era válida la incorporación de los trabajadores de dicho centro de trabajo que estaban justamente afectados por un expediente de suspensión contractual como consecuencia del incendio, y la alegación, con base en la [sentencia del TS de 18 de marzo de 2014](#), de que “no cabe un despido colectivo tras un ERTE salvo alteración de las circunstancias” (creo que la cita debe referirse a la sentencia del TS de 12 marzo, ya que es en esta donde se plantea la cuestión alegada por la demandante y que mereció un comentario en el blog, del que ahora reproduzco un párrafo que afecta directamente al debate: “Tras el análisis de la sentencia recurrida, la Sala concluye, con adecuado y fundado criterio a mi parecer, que no se ha dado ninguna de las dos alteraciones que posibilitarían la decisión extintiva, ya que las causas son las mismas y no se ha producido ningún cambio sustancial en los meses transcurridos desde que se acordó el ERE. Frente a la tesis del TSJ andaluz, que estima la validez del despido aunque sea por las mismas causas que el ERE y que apoya su argumentación en el dato fáctico de que la empresa mantiene en dicho período de tiempo “altas pérdidas y descenso en el volumen de negocio”, el TS entiende que la respuesta es justamente la contraria porque la situación de la empresa es justamente la que afirma la sentencia recurrida, es decir “que no ha mejorado” con respecto a la situación anterior, pero el hecho de que no haya mejorado y siga manteniendo pérdidas (repito, según los propios términos de la sentencia recurrida) es lo que lleva al TS a fundamentar su tesis de la no conformidad a derecho de la decisión empresarial ya que “la situación de la empresa, sigue siendo la misma –no ha mejorado, pero tampoco ha empeorado- que la existente

en la fecha de la repetida autorización suspensiva de las relaciones contractuales de un grupo de trabajadores, entre ellos, el demandante..”).

d) Con respecto a la alegación de la nulidad de los despidos por haberse dispensado un trato más favorable a los trabajadores del centro de trabajo de Sevilla frente a los restantes, la Sala recuerda que el acuerdo fue alcanzado durante el período de consultas y que la representación social, con excepción de dos de sus miembros, se manifestó en tal sentido. La existencia de expedientes de regulación de empleo anteriores, con condiciones distintas a las pactadas en el procedimiento iniciado en septiembre de 2013 (no se recogen en los hechos probados tales condiciones) llevan a la Sala a defender la existencia de ese trato diferenciado o dispar, por ser distintas las situaciones de partida de unos trabajadores y otros, concluyendo que “carece de lógica reivindicar el trato igualitario que ahora se postula”. Sin cuestionar la tesis final de la Sala, parece que el argumento central para su defensa es la aceptación de esa diferencia de trato por la comisión negociadora, algo que me lleva nuevamente a recordar la importancia de los procesos negociadores, y también el amplio margen que los tribunales están concediendo, y esta sentencia es un buen ejemplo, a quienes negocian para alcanzar acuerdos... siempre y cuando, permítanme recordarlo, no se vulneren los derechos reconocidos en la normativa y jurisprudencia aplicable.

e) La sentencia arroja otro jarro de agua fría a los trabajadores de Santa Perpètua en el fundamento jurídico decimo sexto. En la demanda se alegaba, y vuelvo a citar el antecedente de hecho cuarto, que “el despido se adopta en contra de lo pactado en el art. 66 del convenio para Cataluña sin haber alcanzado acuerdo con la representación de los trabajadores dentro del ámbito de dicho convenio dado que la comisión negociadora de los despidos no es la negociadora del convenio y había que haber seguido el art. 82.3 ET el despido sería contra convenio y por tanto improcedente...”. La Sala despacha sumariamente, en concreto le dedica cuatro líneas, esta cuestión, con la argumentación de que no constituye objeto del litigio que resuelve en esta sentencia “analizar si dichos incumplimientos se han producido y las consecuencias a que pueden dar lugar”, mientras que le resulta “evidente” que lo pactado “en ningún caso impide la aplicación de la normativa legal referida al despido colectivo por concurrencia de causas objetivas”

Por su interés para un mejor conocimiento del caso, reproduzco algunos fragmentos del art. 66 del [convenio colectivo](#):

“Así mismo la plantilla de 500 trabajadores, que fue objetivo de creación de empleo comprometido para la fábrica de Santa Perpetua en el acuerdo del IX convenio de Panrico S.A. se mantendrá para la vigencia del convenio salvo crisis en los mercados con efecto en los volúmenes de producción comprometidos en el párrafo anterior o mejoras tecnológicas y con impacto en el empleo, viniendo la empresa obligada en estos casos a cumplir con lo establecido en el apartado a ) de garantías de este mismo artículo...

Garantías. a) Los excedentes de personal que puedan producirse en cualquier centro de trabajo por causas tecnológicas, organizativas, económicas o de producción se acordará la solución de manera negociada con la R.L.T. y sin recurso a ningún medio para la reducción de plantillas. En el supuesto de que se produjera un número de bajas superior a los excedentes, las vacantes se cubrirán con contratación indefinida.”

Ante la claridad de lo regulado en el art. 66 del convenio sobre la no reducción de plantilla, me sorprende sobremanera la forma como despacha esta alegación la sentencia y su manifestación de que no es objeto de este litigio examinar si se ha incumplido o no el precepto convencional, norma jurídica de obligado cumplimiento. Hubiera sido deseable una motivación que argumentara, si así lo considerara la Sala, que no era de aplicación este precepto concreto por tratarse de despidos con causas económicas y productivas que afectaban, junto con medidas sociales de acompañamiento, al conjunto de trabajadores de la plantilla, pero personalmente no tengo nada claro que pudiera argumentarse en esta línea si se ha hecho justamente lo contrario para los trabajadores del centro de Sevilla. Es decir, si se ha admitido la desigualdad de trato para los trabajadores, ¿cuál es el motivo por el que no se puede reconocer para los de Santa Perpètua, y mucho más cuando esa “desigualdad” o mayor protección está expresamente recogida en un convenio colectivo estatutario que no puede modificarse por decisión unilateral de la parte empleadora sino que debe acudir al procedimiento previsto en el art. 82.3 de la LET? Auguro que una parte del contenido del recurso de casación versará justamente sobre la falta de motivación respecto al posible trato desigual, en cuanto que más positivo, de los trabajadores de Santa Perpètua.

K) Llegamos al final de la sentencia, pero no acaba aquí mi comentario porque quiero explicar con cierta precisión las dudas (sombras) que me suscita la sentencia y más exactamente su fallo, algunas de las cuales las he ido apuntando con anterioridad.

Las dudas se concentran en el apartado D del fallo, que transcribo a continuación:

“D.- Estimamos parcialmente la demanda formulada por la Federación Agroalimentaria de CCOO, declarando que la decisión empresarial adoptada el 5-12-2013 por la mercantil PANRICO SAU tras periodo de consultas en despido colectivo no se encuentra ajustada a derecho en lo relativo a :

- diferir el pago de la indemnización hasta su tope legal (20 días año y máximo de 12 mensualidades) y abonarla de forma parcelada en 18 mensualidades, en lugar de pagarla al momento de la comunicación individualizada del despido a cada uno de los trabajadores afectados.

- Las extinciones de 79 contratos de trabajo previstas para 2015 y de otros 77 previstas para 2016, condenando a la demandada a no llevarlas a cabo como consecuencia de este despido colectivo”...

Planteo mis dudas y trato de darles respuesta.

A) ¿Qué ocurre con los despidos que hubieran debido llevarse a cabo por la empresa en 2015 y 2016? No parece, a tenor de la literalidad del fallo, que haya dudas al respecto: la AN los considera no ajustados a derecho –o mejor dicho, en una formulación técnica que no recuerdo haber leído en anteriores sentencias, se condena a la empresa “a no llevarlos a cabo”. Por consiguiente, si no se han producido tales despidos (ya que estaban “diferidos” en el tiempo a los años 2015 y 2016) los trabajadores nominativamente designados para ser afectados deben seguir trabajando en la empresa sin ninguna diferencia con respecto a sus condiciones laborales vigentes hasta el presente.

Me queda la duda de que ocurre con las medidas de flexibilidad interna incorporadas como medidas sociales de acompañamiento, pero de la lectura del fundamento jurídico decimotercero se concluye que la decisión empresarial es válida en cuanto a su aplicación a todos los trabajadores.

B) ¿Qué ocurre con los despidos llevados a cabo en 2013 y hasta la fecha de la sentencia en 2014? De la literalidad del fallo parece que el único problema es que hay cantidades cuyo abono no puede diferirse en el tiempo, y que por consiguiente con el pago de esas cantidades por la empresa pudiera quedar saldada la contienda jurídica. No obstante, no me parece posible sostener esta tesis ante la dicción del art. 124.11 de la LRJS, dado que la decisión empresarial ha de ser declarada conforme a derecho (así lo ha sido para gran parte de las decisiones empresariales en el caso concreto), nula (no lo ha estimado la AN en ningún supuesto) o no ajustada a derecho, siendo a mi parecer en este último supuesto, que sí se ha dado, cuando los despidos deberán ser declarados improcedentes y quedando obligada la empresa a readmitir o abonar la indemnización legalmente debida.

Cabe pensar, como hipótesis de trabajo, que la empresa pudiera readmitir y poco después instar un nuevo procedimiento de despido colectivo si entiende que siguen existiendo las causas económicas y productivas (y obviamente puede justificarlo) que llevaron a la adopción de la decisión anterior.

C) ¿Qué ocurre con los despidos previstos para fechas posteriores a la de la sentencia pero dentro del año 2014, teniendo en cuenta que la Sala ha aceptado, no en el fallo pero sí en el fundamento jurídico que “...es razonable considerar que 2014 era un tiempo razonable para adecuar la actividad productiva al disminuido elenco de personal”?

Si nos atenemos a la literalidad de la sentencia, los despidos producidos a partir de la sentencia serán conformes a derecho si se abona la indemnización mínima legalmente prevista en el art. 53 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, mientras que será válido el aplazamiento o pago diferido de las cantidades adicionales pactadas por encima del mínimo legal. Sin embargo, nuevamente la dicción del art. 124.11 de la LRJS lleva a poder sostener la tesis de la improcedencia de tales despidos, y del abono de una indemnización superior, ya que no creo que el acuerdo alcanzado en noviembre de 2013 pueda “trocearse” según la fecha de comunicación del despido.

Esta posibilidad ha suscitado ya un buen debate en sede jurídica y también sindical, y buena prueba de ello es que CC.OO decidió presentar [solicitud de aclaración de la sentencia](#), por entender que la consideración de despidos improcedentes de los efectuados hasta el 16 de mayo por no haberse abonado correctamente las indemnizaciones y la consideración de procedentes (o más exactamente de que la decisión de la empresa sea declarada conforme a derecho) de los despidos que se efectúen a partir de dicha fecha y en los que se abone la indemnización mínima legalmente prevista en la LET, puede llevar a una situación jurídica que, y copio ahora parte de la nota informativa de la comisión ejecutiva de la federación agroalimentaria de dicho sindicato, “.. puede interpretarse como un pronunciamiento judicial no unitario y común a todas las extinciones que integran el despido colectivo, generándose una diferenciación indemnizatoria desproporcionada, aunque se trate de una misma causa y expediente”.

En efecto, con fecha 20 de mayo el sindicato presentó escrito ante la Sala, con petición de subsanación del fallo de la sentencia para que se estableciera “que la decisión empresarial adoptada el 5 de diciembre de 2013 no es ajustada a derecho por no haberse acreditado la concurrencia de causa legal, que integra el cumplimiento del requisito legal formal de puesta a disposición inmediata y que tiene su origen en el acuerdo del período de consultas, de manera que esta declaración afecta a los despidos de diciembre de 2013 y a los del año 2014 dado que no se ha acreditado la excepción justificativa del incumplimiento del requisito indispensable de puesta a disposición simultánea de la indemnización legal debida, y ante este incumplimiento el despido colectivo debe declararse como un despido no ajustado a derecho”.

¿Qué respuesta ha dado la Sala en el auto dictado el 22 de mayo? En dicho escrito, que me ha sido facilitado, y se lo agradezco, por la [sección sindical de CC OO de La Bella Easo](#), la Sala creo que no aclara nada, por decirlo de forma directa, y remite a los conflictos individuales que se puedan suscitar ante los juzgados si los trabajadores despedidos consideran que la indemnización abonada no es la que deberían percibir (ojo a los plazos de caducidad y cómo van a afectar, negativamente, a los trabajadores ya despedidos y que no hayan accionado en tiempo y forma).

Para la AN, la parte actora pretende aclarar el fallo “por entender que debió declararse ilícito en su integridad el despido colectivo”, y considera que su petición excede “del marco propio de aclaración de sentencias del art. 214 LEC”, que dispone lo siguiente en su apartado 1: “Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan”.

He de confesar con sinceridad que sí que creo, y he tratado de explicarlo a lo largo de mi comentario de la sentencia (y ahora del auto que tal como dice la Sala “forma parte indisoluble de la sentencia citada”) que hay varias sombras jurídicas en la sentencia, y desde luego una de las más importantes es la del apartado D del fallo, pero no es este en absoluto el parecer de la Sala, que afirma con rotundidad que “tampoco la sentencia dictada introduce duda o confusión acerca del ámbito aplicativo de la declaración contenida en ella referida al diferimiento del pago de la indemnización, que obvio es afecta al completo de la decisión empresarial de despido colectivo luego concretada en despidos individuales”, para inmediatamente añadir que serán “en su caso, en los procedimientos que al amparo del art. 124.13 se pueden haber iniciado o iniciar, donde deban dilucidarse las consecuencias de la declaración contenida en esta sentencia, o en otros que eventualmente pudieran corresponder”. Recordemos que el art. 124.13 de la LRJS regula la impugnación individual del despido de cada trabajador afectado.

Si me preguntan si el auto ayudará a clarificar las dudas que he expuesto en mi comentario, no creo que vaya a ser así como ya he dicho con anterioridad, y puede haber un alud de demandas individuales a partir de ahora según cuál sea la cuantía de la indemnización que abone la empresa a los trabajadores que despida. Por buscar algo de luz en el Auto, al referirse que la declaración sobre diferimiento de la indemnización afecta “al completo de la decisión empresarial” cabe pensar que si se incumplió el requisito legal de poner la indemnización a disposición el acuerdo alcanzado en el período de consultas y la posterior decisión empresarial estarían viciadas y por ello todos los despidos deberían ser declarados improcedentes... pero insisto en que no es eso lo que se deduce de la literalidad de la sentencia. Y ante este auto me pregunto qué

hará la empresa a partir de ahora en los próximos despidos, ya que si abona la indemnización legalmente debida tendrá probablemente muchas demandas de los trabajadores despedidos.

Dicho de otra forma, creo que el problema de la oscuridad del fallo de la sentencia, aunque no sea este el parecer de la AN, se va a trasladar a los juzgados de lo social. E insisto nuevamente sobre las dudas de cuál ha de ser la indemnización que perciba un trabajador despedido antes de la notificación de la sentencia y de la posterior aclaración, porque a buen seguro que habrá discrepancias sobre si la sentencia acepta la validez de las extinciones o no, y mi parecer es que no han sido conformes a derecho. En fin, un buen lío jurídico que es de esperar y desear que sea resuelto por la vía de la negociación y del acuerdo entre la empresa y las organizaciones sindicales.

### **63. Sentencia de la AN de 12 de junio de 2014.**

1. Regreso a mi actividad bloguera después de una semana dedicado casi exclusivamente al cuidado de mis nietos, una experiencia maravillosa a la par que agotadora... al menos para quienes ya somos personas de edad avanzada según la terminología de la OIT. Les puedo asegurar que el cariño y los besos de los niños te devuelven la alegría y las ganas de seguir luchando para que la sociedad en la que les ha tocado vivir sea mucho más justa y solidaria de lo que es en la actualidad.

2. Y vuelvo con unas notas a la importante [sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 12 de junio](#), de la que fue ponente el magistrado Rafael López Parada, en el ya archiconocido como “Caso Coca-Cola”. Se trata, la sentencia, de otro “tratado doctrinal” de relaciones colectivas de trabajo a los que no tiene acostumbrados la AN en sus últimas sentencias sobre asuntos de indudable importancia jurídica, y recuerdo como ejemplo paradigmático [la sentencia del caso TRAGSA](#), a cuya lectura pude “sobrevivir” para poder después efectuar un (creo que) detallado análisis y examen de su contenido.

No pretendo en esta ocasión, ni dispongo de tiempo para ello en esta época de exámenes y demás evaluaciones de las pruebas y trabajos de mis alumnos y alumnas, realizar un comentario como el de TRAGSA, sino sólo apuntar aquellos contenidos de la sentencia que considero más destacados, tanto en el plano doctrinal como en el de aplicación concreta al litigio enjuiciado. Por otra parte, ya se han publicado en las redes sociales, y en las webs sindicales, diferentes análisis de interés sobre el conflicto, de los que ahora me permito citar al efectuado por el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca, buen bloguero y amigo, [Wilfredo Sanguinetti](#), sobre la protección del derecho de huelga que se efectúa en dicha sentencia y que lleva por título “La garantía de la efectividad del derecho de huelga en los despidos colectivos: el caso Coca Cola”.

Desde la perspectiva empresarial (Coca-Cola Iberia) cabe mencionar el [comunicado](#) hecho público poco después de que se hiciera pública la sentencia, y como es lógico difundido por la prensa económica empresarial, en este caso el diario Expansión el 14 de junio, del que me quedo con una frase que suscita perplejidad jurídica, cuando afirma que “llama la atención que la sentencia, a pesar de validar los postulados del embotellador, concluya incomprensiblemente en nulidad”; y digo que me suscita perplejidad porque la sentencia llega a la conclusión de que los despidos son nulos



después de analizar diversos motivos de la demanda, y no sólo uno de ellos, que son los que la llevan a tomar tal decisión. En efecto, en el fallo de la sentencia se declara “la nulidad del despido colectivo recurrido y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, condenando solidariamente a las empresas demandadas a la inmediata readmisión de sus respectivos trabajadores despedidos, con abono de los salarios dejados de percibir”. Ante la petición de ejecución de la sentencia por parte sindical, la parte empresarial ha anunciado la contratación del que fuera Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales [Manuel Pimentel](#) para intentar llegar a un acuerdo con los sindicatos, y ha anunciado también su disponibilidad a [incrementar las indemnizaciones al tope anterior a la reforma laboral \(45 días por año deservicio\)](#).

Sin duda, habrá que estar atentos a los acontecimientos que se desarrollen próximamente sobre la ejecución de la sentencia, una resolución judicial que ha sido calificada por el Catedrático de DTSS de la Universidad de Castilla-La Mancha, e infatigable bloguero, [Antonio Baylos](#), como “un triunfo de la movilización de los trabajadores y de una defensa jurídica arrolladora del sindicato”. Desde la perspectiva sindical, desde la [Federación agroalimentaria de CC OO](#), se ha puesto de manifiesto la importancia de la sentencia y se ha destacado que a su parecer el fallo se basa en tres cuestiones: “la vulneración del derecho de información y consulta de los representantes sindicales durante la negociación; la inexistencia de un plan industrial que justificase la fusión de las ocho embotelladoras en una sola y la necesidad de reducir la plantilla para ahorrar costes; y la vulneración del derecho fundamental de huelga en el caso de los empleados de Fuenlabrada”.

3. En fin, antes de entrar en esas notas sobre la sentencia, dejo constancia para las personas interesadas de que ya están disponibles en la página web del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA) las [ponencias de las III jornadas sobre Derecho Colectivo, una de las cuales](#), la presentada justamente por el magistrado ponente de la sentencia. Rafael López Parada, ya mereció mi atención en una entrada anterior del blog, debiendo ahora señalar que vale la pena prestar atención a la nueva aportación del magistrado, y presidente de la Sala de lo Social de la AN, [Ricardo Bodas](#), en su texto “Aspectos conflictivos del despido colectivo y otras actuaciones colectivas de la empresa. Requisitos de la Directiva Comunitaria 1998/59/CE”.

4. El 13 de junio el [gabinete de comunicación del Poder Judicial publicó junto con la sentencia una nota informativa sobre la misma](#), con el título “La Audiencia Nacional declara nulo el despido de 1.190 trabajadores de Coca-Cola”. De esta nota, que me parece una excelente síntesis de la resolución judicial (y es muy difícil hacerlo de un texto de tanta extensión) me quedo con estos tres fragmentos: “la Sala de lo Social declara nulo el despido colectivo por cuanto el nuevo empleador es un grupo de empresas laboral que nunca se ha constituido formalmente como empresario, no habiendo informado ni negociado el cambio de empresario con los representantes de los trabajadores, que se encontraron sorpresivamente dicho cambio al ser convocados para negociar el despido colectivo, a pesar de mantenerse de alta cada uno para su empresa respectiva”; ... “En relación con la falta de información facilitada por la empresa, la sentencia también explica que Coca-Cola Iberian Partners debió haber entregado a la comisión negociadora un plan detallando los planes de reestructuración respecto de la producción”;... “La Sala acepta otros de los argumentos de los demandantes respecto a la irregularidad de las prácticas de “esquirolaje” puestas en práctica por la compañía de bebidas durante la huelga masiva de los trabajadores de la planta de Fuenlabrada. Según

los magistrados, “en este caso ha existido una conducta ilícita que es imputable a CCIP y que ha tenido como finalidad y efecto minorar las consecuencias del ejercicio por los trabajadores del centro de Fuenlabrada de sus derecho constitucional de huelga”.

En cuanto al que se califica de [“breve resumen de la sentencia”](#) y que precede a la misma (de “breve” creo que tiene poco), y en estrecha relación con los fragmentos anteriormente reseñados, extraigo este contenido del resumen: “Aunque concurra grupo de empresas laboral, el despido es nulo, porque se trata de un concepto ilícito y no cabe que la empresa alegue su propia conducta antijurídica en su beneficio. Por otra parte se han incumplido completamente las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores en caso de sucesión de empresas, no siendo conforme a la buena fe el que la nueva empresa se presente sorpresivamente ante los trabajadores para efectuar un despido colectivo habiendo omitido las más elementales obligaciones para informar a los trabajadores de la sucesión y sus consecuencias”;.... “La desactivación ilícita por parte de la empresa del ejercicio de la huelga por parte de los trabajadores durante el periodo de consultas a través del esquirolaje es determinante de la nulidad del despido colectivo, porque la huelga es un instrumento de la negociación que no solamente es lícito, sino que constituye un derecho fundamental de rango constitucional de primer orden y con la conducta empresarial se ha afectado ilícitamente a la posición negociadora de los trabajadores”.

5. Del texto de la sentencia que he leído, y que consta de 96 páginas, hay 4 dedicadas a los antecedentes de hecho, 36 dedicadas a los hechos probados y 54 a los fundamentos de derecho.

A) Queda constancia en el primer bloque de la demandas presentadas por tres sindicatos (UGT, CC OO y CSIF), siendo acumuladas por la Sala y celebrándose el acto del juicio el día 3 de junio. Las demandas se dirigieron contra “COCA COLA IBERIA PARTNERS, S.A., COBEGA EMBOTELLADOR, S.L.U., COMPAÑÍA NORTEÑA DE BEBIDAS GASEOSAS, S.A., COMPAÑÍA LEVANTINA DE BEBIDAS GASEOSAS, S.A., REFRESCOS ENVASADOS DEL SUR, S.A.U., COMPAÑÍA CASTELLANA DE BEBIDAS GASEOSAS , S.L., BEBIDAS GASEOSAS DEL NORTE, S.A., COMPAÑÍA ASTURIANA DE BEBIDAS GASEOSAS , S.A.U”. Conviene señalar también que con anterioridad a la presentación de su demanda el día 25 de marzo, la Federación agrolimentaria de CC OO había presentado una [denuncia ante la Dirección General de la Inspección de Trabajo del MEySS](#) el 28 de enero por infracción de normas laborales contra las citadas empresas, en cuyo fundamento tercero se argumentaba, en relación con el despido colectivo presentado, que “la empresa con esta maniobra ilícita lo que pretende es cerrar la planta de Madrid-Fuenlabrada, la planta de Alicante, la planta de Colloto-Asturias y Palma de Mallorca- Baleares, y en lugar de tramitar en cada empresa su despido colectivo esconder el cierre de estas fabricas con gran impacto económico y social en las zonas en una restructuración de grupo de empresas”.

B) La tramitación del despido colectivo se inició el 2 de enero de 2014 por [Coca Cola Iberia Partners \(CCIP\)](#) en escrito dirigido a los representantes legales de todas las empresas integradas en el autocalificado de “grupo de empresas a efectos laborales”, así como también a los delegados sindicales presentes en las mismas, anunciando que la tramitación no versaría sólo sobre despidos sino también sobre otras medidas de

flexibilidad interna, como movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo. En los hechos probados (concretamente a partir del decimosexto) se recogen de forma clara las dudas manifestadas por las representaciones sindicales sobre la existencia de ese autocalificado “grupo de empresas a efectos laborales”, con solicitud a la empresa de que aportara la documentación que permitiera probar su existencia jurídica, aportándose en siguientes reuniones por CCIP documentación mercantil sobre “el contrato de integración y las vicisitudes anteriores y escrituras de modificación de la administración social de CCIP y de las siete embotelladoras”.

Con ocasión del desacuerdo, y la decisión de la empresa de adoptar medidas que afectarían a 1.190 trabajadores, durante el período de consultas, los sindicatos CC OO y UGT convocaron huelgas que tenían la condición de indefinida en el centro de trabajo de Fuenlabrada, uno de los propuestos por la empresa para su cierre. Sobre los avatares del conflicto queda constancia en el hecho probado decimoctavo que “durante el mes de febrero y las fechas subsiguientes el producto que dejó de fabricarse en la fábrica de Fuenlabrada como consecuencia de la huelga fue sustituido por el fabricado en otras embotelladoras de CCIP que no abastecían nunca hasta entonces la zona centro (así resulta con toda claridad de la resolución de la Comisión de la Competencia antes referenciado), en unos casos a través de las plataformas logísticas propias de los grandes clientes y, para la venta minorista por la plataforma logística propia de CASBEGA”. En el fundamento de derecho primero se tienen por probados los hechos relatados en el informe de la ITSS sobre la huelga en el centro de trabajo de Fuenlabrada, que consideró vulneradores del derecho fundamental de huelga, informe del que la Sala subraya “el carácter detallado... y su adecuada y extensa fundamentación en la investigación desarrollada”.

Tras la finalización del período de adhesión voluntaria a las medidas planteadas por la empresa, se procedió al despido forzoso de 236 trabajadores, entre ellos algunos representantes legales de los centros de trabajo de Fuenlabrada y Alicante que no se habían acogido a tales medidas. Consta en el hecho probado vigésimo que la ejecución de los despidos “supuso el cierre de las plantas de Fuenlabrada, Asturias, Palma de Mallorca y Alicante, sin perjuicio de la realización posterior al cierre de tareas para el desmontaje y otras necesarias, una vez parada la producción (testifical practicada en el acto del juicio)”.

C) La sentencia, de forma muy didáctica, sintetiza cuáles son los argumentos defendidos por CC OO y UGT para solicitar la nulidad de la decisión empresarial, a los que se adhirió la CSIF en el acto del juicio salvo en los apartados relativos a la presunta vulneración del derecho de libertad sindical, en cuanto que entre los representantes afectados por la actuación de la empresa no había miembros de dicho sindicato, y presta atención igualmente a los alegados con carácter subsidiario para declarar, en su caso y si no se acogieran los primeros, la declaración de no conformidad a derecho. Con correcta tramitación procesal, la Sala examinará en primer lugar las causas de nulidad para comprobar si exista alguna o algunas de ellas que den lugar a tal declaración, algo que como es sabido así ocurrió.

¿Qué interesa destacar de las cerca de 50 páginas de los fundamentos jurídicos de la sentencia?

a) En primer lugar, la delimitación, ex art. 51 de la LET y art. 124 de la LRJS, de qué debe tramitarse por la vía colectiva, en este caso tratándose de despidos, y de qué litigios sólo son susceptibles de plantearse en sede de conflicto individual, concluyendo la Sala, en línea con la tesis ya defendida en sentencias anteriores y que también ha acogido el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de septiembre de 2013, que la vía del art. 124 está reservada a las medidas de flexibilidad externa y que por consiguiente guarden relación con el despido colectivo (es decir, no sólo la decisión propiamente dicha de despedir sino también las que guarden relación con la misma como por ejemplo los criterios de selección), mientras que la adoptadas para facilitar la flexibilidad interna, y siempre que sean colectivas, tienen que instrumentarse por la vía del procedimiento de conflicto colectivo regulado a partir del art. 153 de la LRJS, y de ahí que concluya que en el caso enjuiciado la sentencia “no pueda hacer pronunciamiento alguno sobre la legalidad de las medidas de movilidad geográfica o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo adoptadas en el marco del despido colectivo, no solamente porque nada se pida en relación con las mismas, sino porque para ello este procedimiento sería inadecuado”. La salvedad a esta separación se encuentra en consideraciones efectuadas en dos sentencias de la AN, de 31 de enero y 11 de febrero de 2014, sobre el uso desviado de la misma, es decir su no conformidad a derecho “si se llegara a acreditar el uso de una determinada medida propuesta por el empresario con la única finalidad de presionar a los representantes de los trabajadores para obtener el acuerdo sobre otras de menor gravedad”, ya que ello “ ello sería constitutivo de una vulneración de la buena fe negocial determinante de la nulidad de la decisión empresarial. Pero esa situación no se aprecia en modo alguno en el caso que analizamos”.

Obiter dicta, me interesa destacar (y más ahora que en alguna reciente sentencia del TS parece dudarse de la decisión adoptada en su día) que la AN recuerda que la LRJS no dice expresamente qué calificación jurídica tiene el despido adoptado en fraude de ley, pero que “la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha suplido dicha omisión en [sentencias como las de 17 de febrero de 2014](#) (recursos 142 y 143/2013), 18 de febrero de 2014 (recurso 151/2013) ó 12 de marzo de 2014 (recurso 673/2013), estableciendo que en estos casos lo que procede es también declarar la nulidad del despido colectivo”.

b) En segundo lugar, el núcleo duro de la sentencia se concentra en el fundamento jurídico decimosegundo, y de ello es bien consciente la propia Sala cuando afirma que a partir de este momento se entra en el estudio de las cuestiones “que presentan una mayor complejidad”, siendo justamente una de ellas la delimitación del ámbito negocial, estando en discusión si quien inició la tramitación del despido colectivo era el empleador de los trabajadores afectados y por consiguiente también si se había cumplido con la obligación de facilitar toda la información adecuada para que el período de consultas pudiera llevarse a cabo con el objetivo de poder alcanzar un acuerdo. La situación conflictual queda perfectamente reflejada en este párrafo “CCIP defiende su derecho a negociar el despido colectivo como grupo de empresas, alegando además su condición de grupo de empresas a efectos laborales. Por el contrario los demandantes sostienen que la negociación del periodo de consultas no podía hacerse en el nivel del grupo de empresas, como pusieron de manifiesto reiteradamente en el periodo de consultas, debiendo hacerse en cada una de las empresas empleadoras de los trabajadores”.

En este “tratado doctrinal” que es la sentencia, se procede al estudio del marco legal europeo y español regulador de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y más señaladamente sobre la relación de esos derecho con el ámbito de representación de los trabajadores que han de negociar, con cita y estudio de varias Directivas europeas y de la normativa recogida en la LET, trayendo a colación, a los efectos que ahora interesa de mi exposición, la sentencia de 10 de septiembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-44/08, que interpreta la directiva sobre despidos colectivos de 1998 en el sentido de que “el ámbito de negociación colectiva previa al despido colectivo no es el grupo de sociedades sino la empresa que práctica los despidos, aunque esta deba mantener su autonomía negocial en el período de consultas respecto de la dirección del grupo”, así como su propia doctrina, sentada en sentencias de 12 de junio de 2013 y de 10 de marzo de 2014, objeto de atención detallada en anteriores entradas del blog, de que el período de consultas debe llevarse a cabo en el ámbito de la empresa, por lo que “solamente cuando exista un grupo de empresas laboral, que tiene la consideración de único empresario a efectos laborales, será este grupo el ámbito de negociación y no cada una de las sociedades o entes que lo componen”, concretándose pues la pregunta en el caso concreto enjuiciado en si la llamada ahora “embotelladora única”, CCIP, “tiene la condición unitaria de empresa a efectos laborales”, pero añadiendo inmediatamente a continuación, y lo destaco por la importancia que va a tener en la resolución del caso concreto, que “otro problema será determinar, en base a la conclusión, a que lleguemos, qué efectos pueda tener la existencia o no de grupo laboral en base a las circunstancias de este concreto caso”.

A partir de este planteamiento previo, la Sala procede al estudio doctrinal de qué es (y qué no es) un grupo de empresas laboral, y de sus semejanzas y diferencias con el concepto de grupo de sociedades mercantil, nuevamente con buen y fundamentado apoyo en directivas europeas y en la normativa interna española, señaladamente el Código de Comercio. Se procede al estudio de la [resolución aportada por la empresa de la Comisión Nacional de la Competencia de 13 de febrero de 2013](#) que autoriza, con algunos matices, la operación de concentración de las empresas antes mencionadas en la nueva empresa CCIP, ya que queda probada la existencia de una dirección unitaria efectiva y no sólo teórica o potencial, en el bien entendido que al aceptar la Sala la tesis de la CNC de estar en presencia de un grupo de empresas “no implica necesariamente que estemos en presencia de un grupo de empresas a efectos laborales”. Para determinar si éste último existe, la Sala estudia la normativa laboral y presta especial atención a la normativa, no sólo relativa a la negociación colectiva, sino también a la de política de empleo y contratación, en cuanto que en más de una ocasión las medidas incluyen referencias, en cuanto a su ámbito de aplicación, al “grupo de empresas”, en el bien entendido que en la mayor parte de las ocasiones las referencias al grupo de empresas se concretan en la definición que a efectos mercantiles proporciona del mismo el art. 42.1 del Código de Comercio, esto es “Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones...”.

A partir de su detallado análisis doctrinal, en el que no falta la cita de la obra pionera en la materia, del profesor [Luis M. Camps Ruiz](#) en 1987 y dedicada a “La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades”, la Sala se detiene sobre las que considera dos teorías vigentes, y contrapuestas, que denomina “de la cotitularidad” y “del fraude”, con una amplia explicación de cada una de ellas y de la que ahora que quedo (con la obligada remisión a la lectura íntegra de la sentencia para todas las personas interesadas en la materia) con la argumentación de que la primera implica que la adscripción del trabajador en virtud de su contrato de trabajo “no se refiere a una concreta persona física o jurídica, sino a una empresa, de manera que la relación del trabajador se entabla con quien realmente sea titular de esa empresa”, y también de que “para que exista una cotitularidad en la posición jurídica de empresario dentro del contrato de trabajo no es preciso que ésta sea expresamente reconocida por todos los cotitulares, puesto que ha de primar siempre, frente a la mera apariencia y frente al nomen iuris elegido por las partes, la aplicación de la norma jurídica que corresponde a la realidad probada del negocio”. La aplicación de esta tesis llevaría a la aceptación de la argumentación empresarial sobre la existencia de un grupo de empresas laboral, en el bien entendido que si hubiera ocultación de dicha realidad “la ilicitud sería predicable de dichas maniobras, pero no del grupo de empresas laboral en sí mismo”.

En cuanto a la teoría del fraude, por la que parece haber optado el TS en sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la reforma laboral, la Sala señala que “Para imputar a una empresa la condición de empleador solidario por los trabajadores de otra es preciso que se produzca una situación ilícita, fraudulenta, de ruptura de los anteriores criterios de separación de plantillas y contable, que son obligatorios legalmente. Por ello fuera de los cauces legalmente establecidos de cotitularidad formal de la empresa no cabe pensar en un grupo de empresas laboral lícito”. Remito a mis comentarios anteriores sobre las sentencias del TS y su conformación doctrinal de los requisitos requeridos para que pueda existir, o no, grupo de empresas laboral y sus límites, recordando ahora, tal como también señala acertadamente la Sala, que cobra especial importancia determinar quién es el auténtico empleador de los trabajadores afectados, ya que ello será determinante para apreciar la validez del período de consultas, y por ello “en ningún caso sería posible construir como ámbito de negociación del período de consultas de un despido colectivo, si este no es un grupo de empresas laboral, en el sentido señalado”.

Para la Sala, CCIP es un grupo de empresas laboral tal como explica detalladamente en el fundamento jurídico decimoquinto ya que se dan los requisitos identificados por la jurisprudencia del TS que permiten concluir que el grupo “tiene la condición de empresario solidario de los trabajadores del conjunto de los mismos junto con sus empresas filiales”. En puridad, y a partir de los hechos probados, ha quedado acreditado que estamos ante una situación de prestamismo laboral, y así lo constata la Sala al afirmar que “Existe una prestación indiferenciada de servicios (prestamismo laboral) de un conjunto relevante de trabajadores, que son los que ocupan toda la estructura central del grupo, sus puestos directivos y los departamentos que gestionan las compras, comercial, operativo, recursos humanos, atención al cliente, marketing, servicio financiero, de facturación y tesorería, planificación de la demanda, control de calidad y proyectos generales de ingeniería. Todo el personal que figura en el documento obrante en el descriptor 430 trabaja para todo el grupo y, sin embargo, no está dado de alta y contratado por CCIP, que únicamente tiene tres trabajadores de alta, sino cada uno por las diferentes empresas embotelladoras...”.

c) Surge a continuación la pregunta, una vez afirmada la existencia del grupo laboral, de si el período de consultas se desarrolló conforme a derecho, y es aquí donde la Sala acoge en gran medida las alegaciones de las demandantes y considera que no fue así, habiendo actuado la empresa de forma deliberada para crear una estructura que en principio debería servir para proteger los derechos de los trabajadores y no, como aquí se ha buscado deliberadamente, para obtener un determinado resultado perseguido por la parte empresarial. He aquí una apretada síntesis de la doctrina de la Sala:

-- “la existencia del grupo se revela sorpresivamente a los trabajadores precisamente para iniciar el despido colectivo y en beneficio exclusivo de CCIP, dado que la causa alegada para el mismo solamente tenía virtualidad considerando la estructura unitaria del grupo...”

-- “desde el punto de vista de valoración de la buena fe, llama poderosamente la atención a esta Sala cómo de forma simultánea al periodo de consultas una de las empresas, Casbega, negociaba y suscribía un convenio colectivo de empresa que afectaba fundamentalmente, dentro de su ámbito de aplicación, al centro de trabajo de Fuenlabrada, que era uno de los que se iban a cerrar, sin hacer manifestación o apreciación alguna respecto de que la verdadera empresa de los trabajadores no era ya Casbega, sino CCIP”.

-- No se ha respetado ni la normativa europea ni la estatal respecto a la obligación de información y consulta por parte de la empresa con la representación de los trabajadores, siendo así que el grupo se había constituido en junio de 2013 sin dar cumplimiento a tales obligaciones legales, un claro incumplimiento que se proyecta aún sobre el período del despido colectivo, ya que tal como argumenta la Sala, “en ese momento (del período) la información y documentación sobre la constitución del grupo todavía era incompleta (no debe confundirse la documentación entregada en el periodo de consultas con la aportada como prueba en este proceso judicial para acreditar la existencia del grupo de empresas laboral) y, además, porque el periodo se inicia sobre la base del incumplimiento de informar y negociar sobre el conjunto de la reestructuración proyectada, lo que implica mucho más que informar sobre una de las consecuencias más importantes de la misma en el aspecto laboral, como son los despidos, dado que no es ésta la única consecuencia laboral de la reestructuración”.

-- Repárese, en fin, que cuando CCIP alega la existencia de grupo de empresas laboral durante el período de consultas como título jurídico que la legitima como sujeto empresarial negociador, los trabajadores afectados seguían estando dados de alta en sus respectivas empresas “y no habían sido dados de alta por cuenta del empleador ni se les había informado a cada uno del cambio de empleador que se había producido”.

d) Otro motivo de nulidad alegado, y que será acogido por la Sala, es el incumplimiento de las obligaciones informativas durante el período de consultas, en el bien entendido que guarda muy estrecha relación con toda la argumentación desarrollada con anterioridad. La Sala recuerda pedagógicamente que la normativa aplicable sobre despidos por causas técnicas, organizativas o de producción (art. 5 RD 1483/2012) requiere no sólo la presentación formal de una memoria o un informe técnico, sino que también es necesario que el informe y la memoria “acrediten la causa alegada”, nuevamente con un detallado estudio doctrinal de aquello para lo que debe servir el

período de consultas y la información que obligatoriamente se ha de facilitar, es decir dicha documentación debe ser “funcional” para poder lograr los objetivos marcados por la normativa de aplicación, así como también la ya consolidada doctrina jurisprudencial, sobre cuyos problemas me he manifestado en más de una ocasión, del carácter antiformalista respecto a la documentación a presentar, esto es que aquello que importa es determinar si ha vulnerado la posible negociación la falta de algún documento. Por ello, en donde debe entrar la Sala es en el análisis de si la documentación o información solicitada por la parte trabajadora y no aportada por la parte empresarial “era realmente pertinente y la empresa debió haberla entregado”.

De dicha información solicitada, el debate se centra esencialmente en la no entrega del “Plan industrial del grupo especificando las transferencias de producción entre plantas, gestión de mercados, suministros a las plataformas logísticas y lo necesario para valorar el impacto del despido colectivo”. En puridad jurídica, dicho “plan industrial” no está incluido en la documentación a presentar, pero con aplicación del criterio antiformalista la Sala pone de manifiesto que no importa el nombre sino el contenido, es decir la información a facilitar, que por su importancia debía estar incluida, y no fue así, “en el informe técnico y la memoria”, dado que constituía precisamente “la reorganización empresarial de la producción que justificaría el despido colectivo”, siendo la finalidad del informe y de la memoria “... precisamente, acreditar la concurrencia de la causa”. Al faltar esta importante y trascendental información, no se ha respetado la normativa vigente en punto a facilitar la información necesaria para poder desarrollar un período de consultas útil y eficaz, ya que la misma ha quedado acreditado que era relevante “para valorar las causas y negociar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos y sus efectos”, por lo que a esa omisión informativa “sí se anuda la consecuencia de la nulidad del despido, puesto que fue reclamada, aunque fuera bajo la denominación de “plan industrial” (pero con la explicación de cuál era el contenido atribuido al mismo), y no fue proporcionada”.

e) Resulta también especialmente interesante el debate sobre el respeto o no por parte de la representación empresarial de la buena fe negocial, que se plantea desde la parte laboral con un doble argumento: en primer lugar, que la empresa no modificó sustancialmente sus planteamientos durante las reuniones porque la decisión más impactante, el cierre de cuatro centros de trabajo, estaba ya adoptado; en segundo término, que la empresa acudió al mecanismo de negociación individual y no colectiva, al proponer a los trabajadores acogerse a las medidas impuestas por la misma una vez finalizado sin acuerdo el período de consultas.

Ninguna de las dos tesis es aceptada por la Sala, aunque manifieste que existen indicios de actuación empresarial lesiva tanto de la obligación de negociar de buena fe (propuesta sustancial de cambio en la última reunión) como del derecho de negociación (en cuanto que las propuestas empresariales parecían ir dirigidas a los trabajadores afectados para que decidieran si acogerse o no a las mismas”), y con esta rotundidad lo afirma la Sala: “Existen por ello fuertes indicios de que la empresa no buscaba realmente un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, sino una negociación plúrima con los trabajadores afectados mediante ofertas para los voluntarios de una entidad económica ciertamente importante. Si así fuese, esa conducta empresarial, a juicio de esta Sala, no sería compatible con los principios de transparencia y razonabilidad que deben informar la actitud negociadora de la empresa en el periodo de consultas, como manifestación de la buena fe negocial...”.



Pero, estos indicios (bastante claros a mi parecer), no van a ser acogidos por la Sala en punto a la declaración de nulidad con el argumento de que sí se produjo un movimiento empresarial en sus propuestas que hubiera podido ser considerado por la representación laboral, y que esta no pidió más tiempo de negociación para poder estudiar, y en su caso dar una respuesta motivada, la propuesta empresarial. Es decir, la Sala traslada aquí la responsabilidad de la decisión final a los representantes laborales, volviendo nuevamente el debate de qué es aquello que debe hacer cada parte durante el período de negociación. Ciertamente, me parece que priman mucho más los indicios de actuación deliberadamente planificada por la parte empresarial para situar a la parte negociadora laboral “entre la espada y la pared” en el último momento de la negociación, y que de ahí hubiera podido inferirse una actuación vulneradora de la doctrina constitucional sobre el derecho de negociación en su vertiente de contenido esencial del derecho de libertad sindical, pero no lo ha entendido así la Sala que pide, ha pedido, a la parte laboral que sea ágil y dé respuestas inmediatas ante propuestas complejas. Si me permiten una expresión coloquial, “avisada queda la parte laboral para un próximo conflicto en cualquier empresa y en el que se planteen situaciones como las que ahora ha debido conocer, y resolver, la AN”.

f) Penúltimo, y desde luego no menos importante en el plano doctrinal y con repercusiones prácticas en el caso enjuiciado, es el detallado estudio de la alegación de vulneración del derecho constitucional de huelga efectuada por los demandantes y que se será acogida por la AN, sustentada aquella en que “CCIP habría sustituido a los trabajadores huelguistas de la empresa CASBEGA en Madrid, en huelga desde el 31 de enero y durante la tramitación del periodo de consultas...”.

Sigue el tratado doctrinal y la Sala repasa la regulación de actuaciones contrarias al ejercicio del derecho fundamental de huelga y la protección de ese derecho. Por ello, acude en primer lugar a la prohibición del esquirolaje externo recogida en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 y completada por la mención expresamente recogida en la Ley 14/1994 de empresas de trabajo temporal de prohibición de celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria, refiriéndose a continuación a la protección contemplada en el art. 8.10 de la LISOS y su concreción (con mayor grado de protección, pues) a las actuaciones contrarias al derecho en el centro de trabajo (y no ya en la empresa).

Reconforta, y mucho más en estos momentos en que la protección de este derecho parece puesta en tela de juicio, tal como se recoge en un detallado informe de CC OO y UGT, que la AN recuerde la doctrina del TC sobre la prohibición del esquirolaje interno, es decir aplicar medidas de movilidad funcional para vaciar de contenido el ejercicio de dicho derecho, de tal manera que ello constituiría un claro ejercicio abusivo del ius variadii empresarial.

Y por fin, también es agradecer el recuerdo de la doctrina del TC sobre la figura del esquirolaje tecnológico ([sentencias de 5 de diciembre de 2012, comentada detalladamente en una anterior entrada](#)) y su prohibición para evitar que la utilización de medios mecánicos o tecnológicos puedan vaciar de contenido el ejercicio del derecho, y de la que por su importancia reproduzco un fragmento relevante: “En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente : No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la

prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”.

Una vez realizado el estudio doctrinal y jurisprudencial, la Sala entra a conocer del caso concreto, un claro ejemplo a mi parecer del uso desviado del *ius variandi*, permitido en condiciones ordinarias de actividad pero que tal como se ha llevado a cabo con ocasión de la huelga ha significado vaciar de contenido su ejercicio y debilitar su impacto de forma deliberada. Es decir, una en principio correcta conducta empresarial para organizar su actividad de distribución del producto, “modificar las rutas de distribución del producto fabricado en las diversas factorías para suministrar producto a la plataforma logística de la empresa Casbega en Madrid, permitiendo así abastecer dicha plataforma para suministrar al mercado minorista que cubría” puede convertirse en un caso concreto como el enjuiciado, en el que los trabajadores del centro de trabajo que abastecen habitual y ordinariamente esa zona se declaran en huelga, en una actuación empresarial contraria al ejercicio del derecho de huelga; o por decirlo con las propias palabras de la Sala, el hecho de que abastecieran la zona centro empresas de fuera del territorio significó que “el hecho de que la plataforma logística de Madrid se suministrase por otras fábricas del grupo con motivo de la huelga implicaba una modificación organizativa del grupo, que solamente tiene como explicación la intención de paliar los efectos de la huelga”. Más aún, como la actuación empresarial ha tenido lugar mientras se llevaba a cabo el período de consultas ha incidido negativamente sobre el mismo y de ahí que la Sala considere este dato como determinante para declarar la nulidad del despido colectivo, en una interpretación que no sólo se ajusta al texto frío de la norma, la celebración del período de consultas, sino también, y es importante destacarlo, a la finalidad que la normativa le otorga.

g) ¿Cuáles son los efectos de la declaración de nulidad? Ya he reproducido en un apartado anterior el fallo de la sentencia, pero es obligado volver ahora sobre la cuestión ya que es una de las cuestiones que más interpretaciones está generando en los sujetos afectados, aunque a mi parecer la explicación del fundamento jurídico vigésimo es bastante clara y no deja lugar, al menos a mi parecer, a muchas dudas.

En primer lugar, la readmisión de los trabajadores despedidos, debiendo estos devolver la indemnización que hubieran percibido; en segundo término, la condena solidaria de todas las empresas codemandadas, al apreciarse la existencia de un grupo de empresas laboral tal como he explicado con anterioridad; en tercer lugar, y recuerdo lo explicado en la primera parte estas notas, que la sentencia sólo se pronuncia sobre los despidos colectivos y no entra a conocer de las extinciones que se hayan podido producir por otras causas ni tampoco de las medidas de flexibilidad interna adoptadas; en fin, la ejecución de la sentencia según lo dispuesto en el art. 247.2 de la LRJS corresponde a la propia Sala, estando los sujetos a los que se refiere este artículo legitimados para

instarla (“Están legitimados, en nombre propio o en el de los afectados por el título ejecutivo en los conflictos de empresa o de ámbito inferior, el empresario y los representantes legales o sindicales de los trabajadores, y en los conflictos de ámbito superior a la empresa, las asociaciones patronales y los sindicatos afectados.... .. En todo caso, los sindicatos más representativos y los representativos, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, las asociaciones empresariales representativas en los términos del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores podrán personarse como partes en la ejecución, aunque no hayan sido parte en el procedimiento previo de constitución del título ejecutivo, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. ...”).

La sentencia recuerda, aunque creo que la remisión al citado precepto y al art. 20 hubiera bastado, que la solicitud que efectúen los sujetos colectivos legitimados deberá efectuarse “con la debida individualización y autorización de los concretos trabajadores a los que esta ejecución afecte”. Parece inminente la solicitud de ejecución provisional de la sentencia, ya que según informaciones periodísticas, “fuentes del sindicato apuntaron que está previsto que el martes o el miércoles se presente la solicitud para la readmisión de los 236 trabajadores que sufrieron un despido forzoso, así como del resto de empleados que, pese a haberse acogido a las medidas voluntarias, opten por volver a la empresa”. Por lo demás, para el ejercicio de las acciones individuales que pueden plantearse habrá que esperar a que la sentencia de instancia devenga firme, algo que no va a ocurrir con rapidez dado que la empresa ya ha anunciado la interposición de un recurso de casación.

h) Para concluir, cabe referirse al fundamento jurídico vigésimo primero y a las cuestiones procesales que se suscitan por la Sala respecto a la interpretación del art. 124 de la LRJS y la obligación empresarial o no de consignación de las cantidades pendientes de abono como salarios de tramitación y la eventual ejecución provisional del fallo.

Es cierto que el art. 124 LRJS no prevé expresamente respecto a las cuestiones planteadas, pero la Sala entiende que la dificultad de concretar las cantidades “no puede ser obstáculo para rechazar la obligación de consignar en esta clase de procesos”, a fin y efecto de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución y que enlaza con la protección conferida por el art. 230.4 de la LRJS (“4. Si el recurrente no hubiere efectuado la consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de condena en la forma prevenida en los apartados anteriores, incluidas las especialidades en materia de Seguridad Social, el juzgado o la Sala tendrán por no anunciado o por no preparado el recurso de suplicación o de casación, según proceda, y declararán la firmeza de la resolución mediante auto contra el que podrá recurrirse en queja ante la Sala que hubiera debido conocer del recurso”). Para la Sala, “admitir recurrir la sentencia sin asegurar el cumplimiento de la condena, colocaría en situación de riesgo potencial grave la eficacia del fallo, vulnerándose así el art. 24.1 de la Constitución”.

Por otra parte, acude al art. 526 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria al procedimiento laboral, para argumentar la viabilidad de la ejecución provisional, concluyendo que “si la sentencia declarando la nulidad del despido colectivo no pudiera ser garantizada por el doble mecanismo de consignación

de su contenido hasta el fallo y ejecución provisional de sus consecuencias posteriores, estaríamos situando a quienes han obtenido una resolución judicial a su favor en peor condición de los trabajadores que alcanzaron un acuerdo indemnizatorio con los demandados y además se estaría poniendo en peligro el futuro reintegro de las prestaciones de desempleo solapadas con el periodo en que los trabajadores tienen derecho conforme esta sentencia a percibir salarios de tramitación”. Al ser el fallo de la sentencia de condena al abono de salarios devengados y no percibidos durante el período de tramitación, conlleva necesariamente la obligación de consignación o aval de las cantidades adeudadas.

Aún más, la Sala concreta que a efectos de interposición del recurso de casación, el empleador deberá, junto con el escrito del recurso, “explicitar los criterios y cálculos empleados para fijar el importe de la condena consignada, tanto para su verificación por la Secretaría Judicial como por la parte contraria así como para su eventual subsanación y en su caso controversia y determinación en la fase procesal de anuncio del recurso”.

Concluyo. Buena lectura de esta importante sentencia, que demuestra que la justicia sí tiene, al menos en esta ocasión, “chispa”.

## **TERCERA PARTE. SENTENCIAS DICTADAS POR LAS SALAS DE LO SOCIAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.**

### **I. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA.**

#### **1. Sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2.012.**

La [sentencia de 25 de octubre dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga](#), resuelve la demanda interpuesta por el Comité de Empresa y varios sindicatos contra el ERE aprobado por el Ayuntamiento de Estepona de extinción de 176 contratos del personal laboral. Es una sentencia que considero de especial importancia ya que el TSJ se pronuncia sobre la viabilidad jurídica de un ERE para reducir la masa salarial del conjunto de la plantilla, desestimando las demandas interpuestas.

De los hechos probados interesa hacer referencia a la constatación de una importante deuda fuera del presupuesto municipal, cuantificada en 165 millones de euros a 31 de agosto de 2011, y el proceso de disolución de las sociedades municipales, a excepción de la empresa municipal de viviendas y aparcamientos; la firma de un acuerdo con el comité de empresa para modificar (ajustar o recortar sería más correcto afirmar) los convenios colectivos vigentes en las sociedades mercantiles íntegramente participadas por el Ayuntamiento; la asunción por este del personal contratado en las sociedades municipales; la aprobación del plan de mejora y saneamiento para tratar de reducir los gastos de personal, que en 2010 supusieron el 57 % de los ingresos ordinarios del Ayuntamiento; el plan de ajuste económico aprobado el 30 de marzo de este año al amparo de las posibilidades ofrecidas por el RDL 4/2012; los intentos de los responsables de personal para acordar con los trabajadores medidas de ajuste salarial, dada la difícil situación económica del consistorio y la inexistencia de acuerdo al respecto con la representación del personal; la presentación el 7 de julio de un ERE por causas económicas y organizativas para reducir la plantilla del Ayuntamiento (en aquel momento integrada por 1.084 personas – laborales y funcionarios --) en 176

trabajadores laborales, con entrega de la documentación requerida por la normativa vigente a la representación del personal, manifestando que la medida se adoptaba para dar cumplimiento al plan de ajuste, “habida cuenta del gravísimo desajuste económico y organizativo que existe actualmente en el Ayuntamiento”; la celebración del período de consultas desde el 7 de junio al 7 de julio, aún cuando no llegara a firmarse el acta de constitución de la mesa negociadora “al haberse negado a ello los representantes legales de los trabajadores” (Antecedente de hecho undécimo); el informe emitido por la ITSS, en el que se expone que la empresa “ha observado el procedimiento y que se especifican las causas del despido colectivo, organizativas y económicas...”; la relación del número de empleados municipales, que alcanzó la cifra de 1.084 en mayo de este año y que se ha reducido hasta 781 en septiembre como consecuencia de “la sucesiva externalización de servicios municipales”.

En los fundamentos jurídicos hay varias cuestiones que merecen atención, y que a buen seguro serán abordadas y resueltas por el TS cuando deba pronunciarse sobre el recurso de casación anunciado:

a) La desestimación de una prueba pericial propuesta por un sindicato veinte horas antes del inicio de la vista, por considerar que su complejidad hubiera requerido que la parte interesada lo hubiera presentado con respeto del plazo de cinco días de antelación al acto del juicio, según prevé el art. 124.10 de la LRJS (“En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba”), y además porque dicha parte no aportó ninguna explicación mínimamente convincente de la tardanza en la presentación de la prueba.

b) La Sala entiende que el despido no es nulo porque el alcalde es competente para despedir al personal laboral al amparo del art. 22.1 h) de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, no aceptando la tesis de la parte demandante sobre la competencia del Pleno para adoptar esa decisión de acuerdo a lo dispuesto en el art. 22.1 h). A mi parecer la interpretación que efectúa la Sala no toma en consideración que las decisiones sobre asuntos de especial importancia como el que ahora nos ocupa deben ser adoptadas por el Pleno y posteriormente ejecutadas por la máxima autoridad laboral, quien deberá dar cuenta al Pleno de cómo ha actuado. Creo que esta es, o debería ser, la interpretación más coherente e integradora de la norma, y que sin duda merecerá especial atención en su día por el TS.

c) No hay, a juicio de la Sala, vulneración de derechos fundamentales, o como mínimo cabe decir según la misma que la parte demandante no ha aportado los indicios necesarios que permitieran al Tribunal trasladar la carga de la prueba al sujeto empresarial (por ideología política o sindical). Tampoco hay discriminación entre el personal laboral y el funcionario por estar sólo afectado el primero por el ERE, ya que el régimen jurídico de ambos es diferente, según consolidada doctrina del TC. Es interesante la tesis de la parte demandante de la necesidad de soportar las consecuencias de la difícil situación por parte de todo el personal municipal, algo que no se ha producido en la práctica (y que desde un punto de vista de adecuada gestión de recursos humanos hubiera sido probablemente lo más adecuado), pero, vuelvo a insistir, el hecho de tratarse de dos regulaciones jurídicamente diferenciadas (aunque en la práctica cada

vez más las diferencias sean menores y sólo se manifiesten en los procesos de selección y en la extinción del vínculo jurídico contractual o estatutario) lleva a la Sala a sostener que, del hecho de que el Ayuntamiento no haya adoptado medida alguna con respecto al personal funcionario, “no cabe apreciar que el expediente de regulación de empleo del personal laboral suponga discriminación alguna con respecto de este personal”.

d) La Sala efectúa un amplio análisis de la nueva regulación de las extinciones colectivas en el sector público, y en concreto en las Administraciones Públicas, al amparo de lo dispuesto en la nueva disposición adicional vigésima de la LET introducida por la reforma laboral. Creo que hubiera merecido más atención por parte de la Sala la argumentación de los demandantes sobre la inexistencia de la relación de puestos de trabajo ni tampoco de criterios de gestión de los recursos humanos en el Ayuntamiento, ya que el cumplir con requisitos previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público hubiera ayudado muy probablemente a una mejor ordenación de la plantilla, pero la Sala no considera que tal inexistencia impida la aplicación de la LET en lo relativo al despido de empleados públicos, e igualmente desestima “de plano” la tesis de la imposibilidad de despidos colectivos en las AA PP o “la imposibilidad de que las actividades o servicios que prestan las Corporaciones Locales y que se sufragan mediante precios o servicios públicos no puedan presentar déficit”. Considera probado, además, la Sala que la empresa presentó toda la documentación requerida por la normativa vigente a la representación del personal (por cierto, no he encontrado, salvo error u omisión por mi parte, ninguna referencia a la Directiva de la UE de 1998), aun cuando hubiera podido ser diferente su apreciación en razón de la importancia que la Sala hubiera otorgado a la documentación solicitada por la parte demandante y no aportada por la empresa, importancia que no se le otorga además desde la perspectiva jurídica por estimar la Sala “que la solicitud de de la documentación reflejada en las demandas no tiene amparo normativo alguno”.

Con respecto al período de consultas se considera probado que hubo un amplio debate para tratar de buscar soluciones alternativas a los despidos del personal laboral, y la Sala critica a la representación del personal (¿excediéndose de la función jurisdiccional?) por su actuación en este trámite, y debo de confesar que la redacción del párrafo que transcribo a continuación me sorprende desde el plano jurídico: “ A la vista de estas actas, no cabe apreciar que el Ayuntamiento no negociase de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, acuerdo que desde un principio se presentaba muy difícil ante la negativa de los representantes legales de los trabajadores a dar su conformidad a dar su conformidad a despido alguno. Antes al contrario, el Ayuntamiento siempre estuvo abierto y receptivo a la formulación de propuestas por parte de la representación legal de los trabajadores que llevasen consigo una reducción de 6.000.000 en el capítulo I del Presupuesto”. La tesis de la sentencia, que además califica de “ejercicio de transparencia” por parte del equipo de gobierno municipal la publicación de la lista de trabajadores afectadas por el ERE antes de la aprobación y que, lo reconoce la propia sentencia, “limitó las posibilidades de conseguir una votación mayoritaria de rebaja de sueldos del personal laboral”, me suscita esta reflexión: ¿quién es el que ha determinar o definir cuáles son las “buenas” o “malas estrategias negociadoras? Y la respuesta es “los agentes sociales”. Por otra parte, y me reafirmo en tesis ya defendidas en anteriores entradas del blog, cada vez más adquirirán mayor importancia las actas del período de consultas para la resolución final del litigio por parte del tribunal.

e) El fundamento jurídico undécimo analiza el concepto de insuficiencia legal sobrevenida previsto en la disposición adicional vigésimo de la LET, y que ahora ha sido concretado (y ampliado) en el RD aprobado el pasado viernes, que considera existente por la difícil situación económica, debidamente acreditada. Ahora bien, me interesa destacar nuevamente el impacto de la normativa económica y su incidencia sobre las relaciones de trabajo. Frente a la extensa y detallada argumentación de la parte recurrente sobre la inexistencia de esta insuficiencia presupuestaria, sosteniendo que el Ayuntamiento ya había logrado la reducción de la masa salarial de la plantilla mediante la externalización de varios servicios municipales, la Sala no acepta esta tesis y argumenta que la condición de sobrevenida (en cuanto que se refiere a circunstancias “que no fueron tomadas en consideración al aprobar el Presupuesto”) “se desprende de las obligaciones asumidas por el Ayuntamiento demandado al aprobar el Plan de Ajuste Económico .... En el que se comprometió a rebajar en 6.000.000 euros anuales el capítulo de gastos de personal”, añadiendo que el Ayuntamiento había decidido acogerse a lo dispuesto en el RDL 4/2012 y que, por consiguiente, el Plan de ajuste no tenía carácter potestativo, tesis defendida por los demandantes, “ya que venía obligado al abono de las deudas a los proveedores y la aprobación del Plan de Ajuste le permitía”. También acepta la Sala el argumento de la existencia de razones organizativas, por el “sobredimensionamiento” de la plantilla y la necesidad de llevar a cabo, justamente, ajustes organizativos de acuerdo con el plan de mejora y saneamiento económico, y con una nueva relación de puestos de trabajo, pero el hecho de la práctica congelación de la oferta pública de empleo en virtud de lo previsto en la Ley de PGE 2012 llevó al Ayuntamiento a la necesidad de adoptar su decisión de extinciones contractuales. Obsérvese, en definitiva, como hemos hablado muy poco de la reforma laboral propiamente dicha (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) y mucho más de las normas económicas que van a permitir tanto ajustar o recortar plantillas como darle la justificación jurídica necesaria para hacerlo.

## **2. Sentencia del TSJ de Andalucía de 12 de febrero de 2.013.**

Tuve conocimiento de la [sentencia dictada el 12 de febrero por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía \(Sede de Granada\)](#) por la publicación de un buen resumen de la misma en algunos medios de comunicación, habiendo obtenido la información a través del [diario Ideal](#) que publicaba la noticia con el siguiente titular: “El TSJA avala las razones de la Junta para presentar el ERE que afectó a los agentes locales de empleo de Granada. Se trata de la primera sentencia dictada en Andalucía sobre el conflicto colectivo, que afecta en la Comunidad a los 95 consorcios”.

La primera sentencia que leí con detenimiento para acercarme a la problemática de los ERES afectantes a los consorcios y a sus trabajadores fue la de [7 de marzo \(Res. 805/2013\)](#), en la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el Comité de Empresa del Consorcio UTEDLT de Aljarafe. Con prácticamente idéntico contenido en las argumentaciones jurídicas de la Sala, se han dictado también otras varias sentencias que han afectado a los restantes consorcios de la provincia, en fecha 7 de marzo ([Res. 806/2013](#), [Res. 796/2013](#), [Res. 795/2013](#)), 14 de marzo ([Res. 885/2013](#)), y 20 de marzo ([Res. 943/2013](#)).

A) Tomo como punto de referencia para mi explicación de aquello que puede afectar a todas las resoluciones judiciales la [sentencia dictada por el TSJ de Andalucía de 12 de febrero](#), de la que fue ponente el magistrado Fernando Oliet. La primera nota común de las citadas resoluciones se concentra en el hecho de la extinción de contratos de trabajos

de los trabajadores de los consorcios como consecuencia de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida para financiar los costes económicos derivada de la sustancial reducción de la partida presupuestaria estatal de las políticas activas de empleo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012, publicada en el BOE de 30 de junio.

En el hecho probado decimocuarto de la sentencia, se expone que la partida presupuestaria propuesta para todos los consorcios andaluces en 2012 (incluidos los compromisos de carácter plurianual ya adquiridos de 2011) es de 8.976.714,78 euros, mientras que “lo asignado a la Comunidad Autónoma de Andalucía por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 24 de mayo de 2.012 es de 1.107.767 euros”. La partida presupuestaria asignada por la Junta para cubrir los gastos de los consorcios en 2012 (Resolución de 24 de noviembre de 2011), cubría el período de 1 de julio de 2011 a 30 de junio de 2012., si bien constan resoluciones por las que se autorizaba partida presupuestaria para subvencionar gastos de personal de algunos consorcios durante el período comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2.012. También queda constancia, una vez extinguidos los contratos de trabajo, de la concesión de subvenciones excepcionales (Resolución de 11 de diciembre de 2012) a los diferentes consorcios, por importe de 5.846.298,62 euros, destinados a “cubrir los gastos de su personal derivados de las indemnizaciones por extinción de los contratos laborales del personal de los consorcios”.

En segundo término, estamos en presencia de entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, un total de 95 en todo el territorio andaluz, promovidas y participadas por la Consejería de Empleo a través del Servicio Andaluz de Empleo y por las entidades locales. Según consta en los Estatutos de tales Consorcios, sus funciones son “-Información y asesoramiento general sobre los programas y servicios de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo. -Promoción de proyectos en las zonas de influencia de los Consorcios. -Prospección y estudio de las necesidades de la zona, dirigido a la creación de puestos de trabajo. -Análisis del entorno socioeconómico periódico, para poder diseñar nuevas políticas de desarrollo local y de empleo. -Promoción del autoempleo, con servicio de atención personalizada. -Creación de empresas. -Dinamización y mejora de la competitividad de las Pymes en el territorio, teniendo presente las nuevas condiciones económicas en un entorno globalizado”.

La financiación de los consorcios se realizaba (vid hecho probado séptimo) con recursos propios de la Junta, de la UE en virtud del programa operativo Fondo Social Europeo para Andalucía 2007-2013, y recursos que provenían de otras AA.PP (MEySS) con carácter finalista, siendo justamente cubiertos a través de esta última vía los gastos de personal de los ALPES.

En fin, al margen de la tramitación de los ERES según las características de cada consorcio y su ámbito territorial, es cierto que se celebró una reunión que incluyó a todos los afectados en el territorio autonómico, celebrada el 11 de septiembre, con participación de los presidentes de los consorcios de cada provincia, del Director General de calidad de los servicios y programas para el empleo de la Junta, y por representantes (unitarios, sindicales y designados ad hoc) de los trabajadores de los consorcios de las ocho provincias.



B) Paso ahora al examen de los contenidos más concretos, aunque sin duda en más de una ocasión tendrán interés común para el mejor entendimiento del conflicto general, de las sentencias de 12 de febrero y de 7 de marzo (Resol. 805/2013).

a) En la [sentencia del TSJ de 12 de febrero](#) se plantean diferentes cuestiones que pueden afectar a la validez del ERE, tanto de forma como de fondo, en el bien entendido, como ya he indicado, que todas ellas serán desestimadas. Una primera alegación de la parte demandada versa sobre la necesidad de comparecencia en juicio, como sujetos legitimados pasivos, de los ayuntamientos participantes en los consorcios, dado que ellos eran los principales beneficiarios de la actividad de tales consorcios y que incluso podían suscitarse dudas de quien era el empresario real de los trabajadores afectados. La tesis es rechazada por la Sala por entender que la demanda se dirige contra corporaciones de derecho público (los consorcios) que según la normativa aplicable “tienen personalidad jurídica e independiente de las entidades que la conforman”, con independencia de que el SAE y las entidades locales formen parte de las mismas y estén presentes en su consejo rector.

En segundo término, se debate sobre quién debe adoptar la decisión de extinguir los contratos (algo ya suscitado en otros ERES del sector público de los que me he ocupado en otras entradas del blog), si debe ser el consejo rector del consorcio o puede serlo su presidente (como ocurrió en el litigio ahora examinado), no aceptando la tesis de la parte demandante por considerar la Sala que de los Estatutos de los consorcios “no se desprende que la facultad de decidir la tenga el Consejo Rector y no el Presidente”.

Una cuestión de mucha importancia, y que no está aun cerrada jurídicamente (hasta donde mi conocimiento alcanza) al estar pendiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, es la relativa a la previsión de subrogación del SAE en las relaciones jurídicas de los consorcios, una vez disueltos o extinguidos, y por consiguiente de la integración del personal de estos en su seno. Dicha previsión estaba recogida en la [Ley 1/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía](#), desarrollada por el [Decreto 96/2011 de 19 de abril](#). La argumentación de la parte demandante es sintetizada por la Sala de la siguiente manera: “El motivo que precede se puede sintetizar indicando que la parte demandante, entiende que antes de la extinción de los contratos de trabajo del personal que prestaba sus servicios en los Consorcios, en base a la normativa que se esgrime, existía la obligación del Servicio Andaluz de Salud, de haberse subrogado en los derechos y obligaciones de aquellos trabajadores”. Supongo que la referencia a la “Salud” es un lapsus de la sentencia y que debería decir “Empleo”.

La Sala desestima la petición basándose en el hecho de que la previsión de subrogación (disposición adicional 2ª del Decreto 96/2011) fue declarada no conforme a derecho por sentencia del TSJ (C-A) de 15 de diciembre de 2011, así como también porque la subrogación corresponde ponerla en práctica por el Consejo Rector del consorcio y no por el SAE, y “no existiendo la disolución de los indicados consorcios, no concurre el básico y esencial requisitos para que se pueda producir la indicada subrogación”.

Habrà que estar atentos a la sentencia del TS para saber cómo puede acabar este litigio, en el bien entendido que no debemos olvidar la [sentencia dictada por la misma sala C-A de TSJ de 14 de marzo](#) que, tomando en consideración la sentencia del TS (C-A) de 21 de enero de 2013, acoge el recurso presentado por la Junta contra el auto del juzgado C-A núm. 3 de Sevilla de 9 de noviembre de 2012 por el que se acordó “suspender la

ejecutividad de las reglas 3ª y 4ª del protocolo de integración de personan en el Servicio Andaluz de Empleo publicado en BOJA nº 84 de 30.04.2011”.

Sobre los defectos alegados en la tramitación del período de consultas, éstos versan sobre el desconocimiento de la representación de todos los trabajadores de los consorcios ostentada por el Comité de Empresa, la incorrecta composición de la comisión negociadora, el no agotamiento del período máximo de negociación (30 días), la falta de buena fe negocial por parte de la empresa al mantener su posición inicial durante todo el período, “lo que a juicio de la parte actora evidencia que la negociación no ha existido”, y la no comunicación al comité de la decisión empresarial de extinción de los contratos en los términos a que está obligada la empresa por la normativa vigente. En fin, como cuestión también alegada, pero que a mi parecer requiere del planteamiento de conflictos individuales de cada afectado, se pone de manifiesto que no se entregó a los trabajadores despedidos la indemnización debida según los arts. 52 y 53 de la [LET](#).

No tengo muy claro, tras leer el fundamento de derecho cuarto, que la Sala responda a todas las alegaciones de la parte demandante, pero en cualquier caso dejo constancia de su desestimación por entender que la entidad empleadora actuó correctamente al presentar un ERE para cada consorcio, con personalidad jurídica propia, aún cuando después aceptara la negociación con el citado comité y también con una representación ad hoc del consorcio en el que no había representación del personal (algo que no hubiera sido jurídicamente posible, y así se ha encargado de recordarlo en varias ocasiones la AN, si la representación la hubieran ostentado secciones sindicales, ya que asumen la de todos los trabajadores). Por otra parte, la Sala entiende que sí se ha aportado por la empresa toda la documentación económica que acredita la irregularidad presupuestaria sobrevenida como consecuencia de la drástica reducción de la partida presupuestaria estatal para políticas activas de empleo a gestionar por las Comunidades Autónomas, y que sí hubo propuestas diversas durante el período de consultas, tanto por parte de los consorcios que hicieron gestiones con los ayuntamientos para que asumieran a una parte de los afectados, como por la parte trabajadora que pidió su integración en el personal del SAE, algo a lo que no podía acceder la empresa en aquel momento en virtud de la suspensión de la normativa de aplicación.

No considera la Sala, y con dicción literal de la norma así es, que deba agotarse el período máximo de 30 días, si bien cabe plantear a mi parecer, a modo de obiter dicta, que el no cumplimiento de ese período puede provocar una declaración de nulidad del ERE cuando se constate la actuación vulneradora de la buena fe negocial.

Sobre la existencia de la causa económica, la financiación exclusivamente pública de tales consorcios, la reducción drástica de la partida finalista anteriormente aplicable para gastos de personal, y la imposibilidad manifiesta de los ayuntamientos para incorporar a sus plantillas al personal del consorcio, lleva a la Sala al convencimiento de que se ha producido la causa de extinción prevista en el art. 52 de la LET, incorporada tras la reforma laboral de 2012 (“e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato

de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo”).

B) ¿Qué cabe añadir de la [segunda sentencia referenciada, la del TSJ de Andalucía de 7 demarzo](#), de la que fue ponente el magistrado Luis Lozano? Pues que buena parte de los argumentos de la parte demandante son parecidos a los expuesto en la sentencia anterior, y que la Sala afirma de forma clara e indubitada, antes de analizarlos, que “Todas estas cuestiones serán respondidas a continuación, no sin advertir que ya han sido resueltas, en despidos colectivos acordados prácticamente en las mismas fechas de los trabajadores de otros Consorcios U.T.D.L.T.E. de otras provincias andaluzas, por sentencias de las Salas de lo Social del T.S.J. de Andalucía- Granada de 12 de febrero de 2013 , y del T.S.J de Andalucía-Málaga, de 27 de febrero de 2013 , y anunciar que, y anunciar que, ante la falta de nuevas razones que impongan llegar a otra solución, seguimos la ya adoptada por esas sentencias”. Todas la demás sentencias citadas al inicio de esta entrada se ajustarán al mismo patrón en cuanto a la argumentación del TSJ.

La Sala reitera la tesis de la aceptación de una mínima superación del período máximo de duración del período de consultas valorando la complejidad del asunto, y pongo especial atención (con aviso a los sujetos negociadores) en el hecho de que dicha aceptación también se debe al hecho “de que el demandante no pusiera ningún obstáculo al señalamiento de la última reunión del período de consultas cuando se había excedido ese plazo máximo”. También reitera las limitaciones, mucho mayores que en el sector privado, de las negociaciones para la parte empleadora en el sector público, concluyendo que no negociar sobre la petición de incremento de las indemnizaciones no implica vulneración de la buena fe negocial, y que “no puede apreciarse mala fe en quien por falta de autorización presupuestaria para realizar un mayor gasto, realiza la única oferta económica a la que ha sido autorizado, coincidente con la que legalmente corresponde, y que en todo caso supone una menor disposición de fondos públicos”.

La tesis de la sentencia sobre la existencia de la causa económica se concreta con bastante más detalle que en la anteriormente examinada, poniéndose de manifiesto la importante reducción de las partidas presupuestaria destinadas a los consorcios, un 90 % de la estatal y también de la autonómica, añadiendo que “no se prevé aportación presupuestaria alguna en el anteproyecto de Presupuestos de la Junta de Andalucía con relación al año 2013, a la vista de las de carácter estatal efectuadas en el año anterior”. La Sala responde a la argumentación de la parte demandante, que alega que el SAE disponía de recursos económicos para el mantenimiento de los contratos de los ALPES, llevando el terreno a un ámbito que ciertamente ha sido donde ha incidido, y mucho, la reforma laboral de 2012: “La interpretación propuesta por el demandante constituye en consecuencia la asunción del antiguo criterio interpretativo doctrinal y jurisprudencial en virtud del cual, dada la esencial unidad de la Administración Pública, no podría aducirse en ningún caso la existencia de un déficit presupuestario respecto de ninguno de sus organismos o dependencias integrantes. Ello sin embargo no es compatible con la actual regulación de la materia, que prevé expresamente dicha posibilidad del déficit presupuestario, y la facultad administrativa de verificar la extinción de los contratos del personal laboral a su servicio. La misma sin embargo aparece limitada a los supuestos en los que el desajuste sea sobrevenido y persistente (Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores), surgiendo un problema interpretativo sobre el

significado y alcance de tales notas características, que excluirían su aplicación en caso de no concurrir”. El debate no se plantea en este caso, al ostentar personalidad jurídica propia cada consorcio según sus Estatutos, con lo que la concurrencia de los requisitos legales para la presentación del ERE “puede ser examinada con carácter independiente de la situación presupuestaria de la Agencia o Consejería en la que aparezca orgánicamente integrado”.

En fin, algo que no me gusta de esta sentencia es la mínima referencia normativa internacional y europea aplicable en materia de despidos. Porque, una cosa es que la Sala entienda que la decisión de la empresa es proporcional a la gravedad de la situación que debe adoptarse, de tal manera que la mínima disponibilidad de presupuesto haga inviable la continuidad de los consorcios y de los contratos de trabajo de su personal, y otra que se diga, y me parece bien, que ese principio de proporcionalidad debe seguir aplicándose de acuerdo a lo dispuesto en el convenio 158 de la OIT y la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos. En cualquier caso, me quedo con la mención a la obligación de cumplir con ese requisito, algo negado en otras sentencia de TSJ y que ha merecido un análisis crítico por mi parte.

Por último, sobre esta importante cuestión, cabe destacar la muy reciente aportación del magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Miquel Àngel Falguera, en su ponencia [“La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos después de la Ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por la vía del artículo 124 LRJS”](#), publicada en la revista Jurisdicción social de Jueces para la Democracia del mes de junio, en donde plantea que “el juicio de causalidad, en los términos planteados por la Ley, supera el de la mera formalidad, integrando el anterior de proporcionalidad o funcionalidad”, y que aquel debe situarse en tres niveles distintos: “a) la causalidad formal, por tanto si existe causa y ésta se ha acreditado; b) la causalidad sustantiva entendida en un doble sentido, esto es: por un lado el efecto que la misma tiene sobre el empleo y, de otro, la adecuación de las medidas extintivas a dichos fines; y, por último, c) el análisis, en su caso, de antijuridicidad”.

### **3. Sentencia del TSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2.013.**

Tuve conocimiento de la [sentencia dictada el 20 de marzo por el TSJ de Andalucía, en el ERE presentado por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera](#), al día siguiente. La sentencia tiene 99 páginas, de las que 3 recogen los antecedentes de hecho, 63 los hechos probados, 30 los fundamentos jurídicos y 3 el fallo. Vayamos como algunas películas de detectives al final, para ir reconstruyendo después el caso: el fallo estima parcialmente la demanda, mejor dicho las cinco demandas acumuladas por la Sala al amparo del art. 28 de la LRJS por ser “sustancialmente idénticas”, declarando “no ajustado a derecho el despido colectivo llevado a cabo por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera y, en consecuencia, el derecho de los trabajadores despedidos, a opción del Ayuntamiento demandado, a ser readmitidos en sus puestos de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido colectivo, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente sentencia o, a que se les abone una indemnización de 45 días por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe de la indemnización no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un

número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades en su caso, de la que habrá de deducirse la cantidad ya percibida como indemnización por el despido colectivo”.

B) En los hechos probados se recoge muy ampliamente el contenido del estudio-informe encargado por el Ayuntamiento a la empresa ATD en septiembre de 2011 sobre la situación económica del mismo y de sus entidades participadas, entregado en noviembre del mismo año y actualizado a enero de 2013, informe que fue ratificado en el juicio oral. Dicho informe trata sobre la ejecución y estructura del presupuesto municipal en el período 2006 a 2011, y análisis y diagnóstico de la situación económica financiera, en el que se incluye el dato de que el coste del personal laboral, con inclusión de personal fijo, indefinido y eventual, “supone en promedio, de 206 a 2011, el 32 % de los gastos de personal y un 146 % del coste del personal funcionario municipal”.

Por otra parte, queda constancia de que en la junta de gobierno de 30 de marzo de 2012 se adoptaron diversos acuerdos para proceder a una reducción de costes, en el ayuntamiento y empresas dependientes, de 33.200.000 euros, de los que 13.200.000 se obtendrían mediante la extinción por causas objetivas de personal laboral municipal, medidas que se adoptarían en el llamado Plan de ajuste consolidado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, “por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales”.

Queda constancia, igualmente, del acuerdo de la junta de gobierno de 19 de julio para iniciar el procedimiento de modificación parcial del acuerdo-convenio que regula las relaciones del personal laboral y funcionario del ayuntamiento para reducir costes económicos, y la aprobación en la misma fecha de la relación de puestos de trabajo, en donde estaban incluidos los 300 trabajadores inicialmente seleccionados para el ERE extintivo. Poco antes, el 22 de junio, el Ayuntamiento contrató los servicios de la firma Deloitte Abogados SL para llevar a cabo la preparación, negociación y ejecución del ERE, o por decirlo en los términos exactos recogidos en los hechos probados, “del procedimiento conducente a las extinciones de los contratos de trabajo que tendrá carácter colectivo por el número de trabajadores afectados”.

C) La tramitación del procedimiento de despido colectivo se inicia el 16 de julio, y se recogen en los hechos probados qué documentación se entregó por la empresa a la representación del personal y a la autoridad laboral. La negociación se inició con la participación del comité de empresa, acordándose que las actas “serían grabadas y luego transcritas literalmente”, y así consta en la documentación aportada al acto de juicio, si bien después de cuatro reuniones, con diversas incidencias, se comunicó a la empresa que la representación del personal sería asumida por las secciones sindicales, si bien se pone de manifiesto en el hecho probado décimo, que “de facto, durante el proceso, participaron ambos (comité de empresa y secciones sindicales), incluso con asesores sin voto”. Durante el período de consultas el Ayuntamiento acordó con la empresa DOPP consultores la puesta en marcha de un plan de recolocación, en el que el propio Ayuntamiento también participaría con aportación de medios materiales y personales para la formación.

Especialmente importante en cuanto a la valoración de la causa económica alegada por la empresa, aún cuando finalmente se quedará en una documentación no analizada por la sentencia al haber declarado la no conformidad a derecho por cuestiones formales previas a la entrada en el fondo del conflicto, es el hecho probado decimoquinto, en el que se recogen los déficits presupuestarios acreditados en los ejercicios 2009, 2010 y 2011, y el incremento de la partida de gastos de personal del 34,93 % en 2009 al 38,09 % en 2011.

D) Especialmente importante, más aún decisivo para la resolución del conflicto, será aquello a lo que se refiere el hecho probado decimosexto, los criterios de selección del personal afectado, previéndose primero la concreción del número de extinciones por departamentos y categorías, en atención al necesario mantenimiento “de la estructura organizativa y funcional del Ayuntamiento”, y más adelante quienes iban a ser despedidos, con aplicación de criterios de edad (para todos los que tuvieran cumplidos 59 años) y el de la “evaluación continua” que debería llevarse a cabo por los responsables de cada delegación y previa consulta al personal técnico a su cargo, quedando excluidos del ERE aquellos trabajadores que tuvieran “mayor competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia”, aún cuando consta acreditado que algunos de los que cumplían con tales requisitos también se vieron afectados por el ERE. Y es demoledor el conocimiento de qué criterios reales se utilizaron para la selección del personal, plasmado en el hecho probado decimoséptimo y que será decisivo, repito, para la decisión del Tribunal. Por su importancia lo reproduzco a continuación.

“...consta acreditado de la prueba testifical, que no existió móvil político-ideológico, pero que la selección se llevó a cabo, según el Primer Teniente de Alcalde y Portavoz, Sr. Saldaña, en función de las diferentes categorías, sobre quién trabajaba mejor o peor, era problemático, quejica, en base a la rumorología, la actitud ante el trabajo, si eran vagos y que los informes eran verbales, no valorando la formación, sino quien trabajaba bien, era el día a día y esa documentación se destruyó, porque no eran buenos trabajadores y eran conflictivos, con encarecimiento de los servicios, y hay quien no hace nada y el desconocía el currículo; criterios confirmados por el técnico Jaime García de Urbanismo, que le contaba al Sr. Saldaña quien era vago, mejor o peor, no problemático, sin tener en cuenta la formación, sólo la capacidad sobre el mal desempeño, que desconocía la polivalencia y que no hay informes escritos; D. José Luis Fernández, de deportes, que a su delegada le contaba la competencia, actitud, problemática, eficacia; D<sup>a</sup> Ana, Jefa de Educación, que no la convocaron pero que informaba de menor rendimiento y capacidad; D. Antonio Organvidez, de Juventud, que no hubo informe escrito, no se tenía en cuenta la formación académica, ni hubo evaluación y eran comentarios del servicio; D<sup>a</sup> Carmen Gutiérrez, de Igualdad y Salud, que no se informaba sobre cualificación, eran reuniones sobre funcionamiento del servicio en general y verbales; D. José María Mejías, de la oficina de atención y defensor del ciudadano, que no había nada de criterios, evaluación ni informe; Dña. Nuria Núñez, directora de servicios sociales, que no le pidieron informe ni evaluación, sino quien mejor, peor, vagos en el despacho de los servicios y los programas; D. Francisco Cáliz, concejal y delegado de impulso económico, que se le pidió una relación de personas imprescindibles, la hizo y sin embargo, algunos están en el ERE y otros no, por conocimiento profesional y actitud y que los criterios estaban establecidos y él lo sabía, pero su lista era profesional, por antigüedad, conocimientos; D. M., que

estaba como imprescindible en la lista del Sr. Cáliz y está en el ERE; D. J., del servicio de personal, siendo su jefe el Sr. Durá, que no conoce los criterios, que no hay informe y que se le pedía, porque siempre se hablaba y era su trabajo, los eficaces, los dedicados, los no vagos”.

Tras la finalización del período de consultas sin acuerdo, el ayuntamiento procedió a la extinción de los contratos, si bien con algunas variaciones sobre su propuesta inicial que supuso la reducción del número final de personas afectadas.

E) Llegamos ya a los fundamentos jurídicos.

a) La Sala debe pronunciarse en primer lugar sobre la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la CGT con respecto a la disposición adicional vigésima de la LET en relación con el art. 103 de la CE, “porque el principio de eficiencia económica no aparece entre los principios rectores de la actuación de la Administración Pública”, y porque hace primar, según la demandante, este principio a los de “igualdad, mérito y capacidad previstos en la norma constitucional”. La Sala rechaza la petición por entender que la Administración queda obligada a actuar de acuerdo con el principio de eficacia, y que así se actuará cuando la decisión extintiva se adopte para ajustarse al marco normativo de estabilidad presupuestaria y financiera de las AA PP, y en segundo lugar que no se vulneran los principios de mérito y capacidad en cuanto que en la citada disposición adicional, y en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley resultante del RDL 3/2012, se ha incorporado la prioridad de permanencia del personal laboral fijo “que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

b) Todas las demandas presentadas se basan en las causas recogidas en el art. 124.2 de la LRJS: “a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita. b) Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal. c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. d) Que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas”. Más exactamente, y según se expone en el fundamento jurídico cuarto, los demandantes cuestionan la existencia de la causa económica alegada (y como ya he indicado con anterioridad esta cuestión no será resuelta en la sentencia) y alegan varios defectos formales en la tramitación del período de consultas como son la entrega incompleta de documentación, no cumplir con el plazo legalmente previsto, actuar de mala fe y, destaco este punto por la trascendencia para el fallo, “por la arbitrariedad de los criterios y total falta de información, alegando infracción del principio de igualdad y no discriminación”. Por parte de UGT y CC OO también se alegó discriminación por motivos sindicales hacia sus miembros. Por consiguiente, aquello que plantean los demandantes es la declaración de nulidad de la decisión adoptada, y sólo subsidiariamente “la declaración del despido como no ajustado a derecho”. La normativa de aplicación al litigio, por la fecha del inicio del procedimiento, es la Ley 3/2012, el RDL 801/2011, y la LRJS, más concretamente su art. 124.

c) La sentencia adopta un enfoque formalista, muy probablemente obligada por la complejidad del asunto, y analiza punto por punto los argumentos de las partes demandantes para determinar si alguno de ellos, caso de prosperar, puede llevar a la

declaración de nulidad de la parte empresarial. Repito que la Sala apuntala su argumentación con la normativa estatal, y no utiliza la normativa de la Unión Europea ni tampoco la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho al trabajo.

d) En primer lugar se examina si ha habido realmente período de consultas, es decir un proceso de negociación con aportaciones de propuestas por ambas partes para tratar de acercar posiciones, y se trae a colación la [sentencia del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012](#) respecto a qué debe entenderse por un auténtico período de consultas, para llegar a la conclusión, a partir de los hechos probados, de que sí ha existido en este procedimiento de despido (y coincido con su tesis a partir de la información disponible, es decir de los hechos probados), concluyendo que “La falta de acuerdo en el periodo de consultas no es equivalente a la falta de negociación y, en el caso de autos, sí ha existido negociación en el periodo de consultas, por lo que no se aprecia la nulidad de la decisión extintiva por esta causa”.

e) La Sala se detiene a continuación sobre la corrección formal, o no, existente en cuanto a la entrega de la documentación a aportar por la empresa a la representación del personal, y nuevamente afirma la corrección de la actuación empresarial desde el plano estrictamente formal, enfatizando con referencia a la memoria explicativa presentada por la empresa que se ha aportado “la documentación relativa a las causas económicas justificadoras del despido colectivo”, sin entrar aquí en modo alguno a valorar la existencia o no de la misma, ya que dicha concurrencia o no de la causa “deberá examinarse, en su caso, en relación con la improcedencia del despido” (vuelvo a repetir que finalmente no se entrará a conocer de esa hipotética concurrencia, ya que al declararse la improcedencia de los despidos por una causa formal, “huelga el análisis de la concurrencia de la causa económica justificadora del despido colectivo y, por ende, el examen de la existencia o no del grupo de empresas del Ayuntamiento con las empresas municipales participadas al 100 % por el Consistorio, alegada por la Agrupación de Técnicos Municipales de Jerez de la Frontera”).

En este punto, es interesante el “*obiter dicta*” de la sentencia, en el fundamento jurídico octavo, en el que plantea la dificultad de aplicación del art. 6 del RDL 801/2011 a los despidos en las AA PP y la consiguiente necesidad de una normativa que desarrolle específicamente la disposición adicional vigésima de la LET y que efectivamente se encuentra en el art. 39 del RD 1483/2012 de 29 de octubre. Y digo que es importante el *obiter dicta* porque la Sala aprovecha este planteamiento para poner de manifiesto que no ha existido incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones impuestas por el art. 51.2 de la LET, pero que sí hubiera existido caso de estar vigente el citado RD ya que la empresa “no aportó los Presupuestos de los dos últimos ejercicios, ni la certificación del responsable de la oficina presupuestaria respecto de la concurrencia de la insuficiencia presupuestaria. Consta probado que la representación de los trabajadores le requirió al Ayuntamiento, durante el periodo de consultas, la entrega de los Presupuestos y que la parte demandada les remitió a una página web donde aparecían...”.

f) Respecto al contenido restante de la documentación a presentar ex art. 51.2 de la LET, y tras quedar acreditado que se cumplió con la mayor parte de las obligaciones formales recogidas en dicho precepto, la Sala abordará el núcleo duro del conflicto, es decir si se cumplió con la obligación, no sólo formal sino también real, “referida a los



criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”. En el plano formal, se insiste, las dos fase son muy claras: primero, qué hay que mantener y a partir de ahí determinar el número de extinciones; segundo, las personas afectadas, según criterios de edad (mayores de 59 años) y de “evaluación continua”. En efecto, desde el plano “muy formal”, si se me permite una expresión no acogida en la norma, se ha cumplido con el art. 51.2 de la LET, ya que se han explicado los criterios de selección a utilizar para determinar qué trabajadores son los afectados, y como las “formalidades” se han respetado no procede declarar no existe causa de nulidad. Por fin, la Sala tampoco entiende existente la hipótesis de discriminación sindical, alegada por dos sindicatos, dado que ninguno de ellos ha aportado o acreditado durante el acto de juicio “ningún indicio de la vulneración invocada”. Siendo correcta la tesis de la sentencia, siempre repito a partir de los hechos probados, sorprende no encontrar referencia alguna a la consolidada doctrina del TC sobre la prueba de indicios y las traslación de la carga de la prueba, aunque ciertamente se podrá decir que la referencia al art. 181.2 de la LRJS ya lleva implícitamente aparejada la cita de dicha doctrina.

Por consiguiente, la Sala considera que no procede declarar la nulidad de la decisión adoptada por la empresa porque no concurre ninguna de las causas (art. 51.2 de la LET en relación con el art. 124.2 de la LRJS) que así podrían provocarla, y entra a continuación al examen de la posible consideración, ex art. 124.11 de la LRJS, de la decisión como no ajustada a derecho. Es aquí donde pueden encontrarse a mi parecer algunos argumentos de crítica que puedan llevar a alguna de las partes demandantes a interponer recurso de casación para solicitar que se declare la nulidad, y no la improcedencia de la decisión empresarial”. Y digo que es posible un análisis crítico de la sentencia porque se argumenta, en el fundamento jurídico duodécimo, que la declaración de la decisión empresarial como no ajustada a derecho se deberá producir cuando no concurra la causa, algo totalmente cierto al amparo de lo dispuesto en el art. 124.11 de la LRJS, pero a continuación se argumenta que debe interpretarse la norma, “de acuerdo con el párrafo primero del artículo 124.11, que será no ajustada a derecho también cuando no se haya cumplido lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores. Y ello, porque el control judicial del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores es materia propia de la impugnación colectiva del despido colectivo y, excede del contenido propio de la impugnación individual de la medida”. Tengo la sensación, después de la lectura detenida y detallada de la sentencia, que hay una separación un tanto forzada entre contenido “formal” y contenido “real” de los requisitos a cumplir por la parte empresarial y regulados en el art. 51.2 de la LET, y que se apuesta por la interpretación más formal” que “real” respecto a esos contenidos, siendo así que la interpretación contraria, exactamente más “realista”, pudiera llevar a la declaración de la nulidad de las extinciones adoptadas.

g) Hechas estas consideraciones, procede volver al estudio de la sentencia con respecto al cumplimiento del período de consultas y las posibles incorrecciones suscitadas durante el mismo y los efectos que de ellas puedan derivarse según la Sala. En primer lugar, no se observa actuación contraria a derecho por parte de la empresa respecto a los sujetos legitimados para negociar, y en efecto yo tampoco la observo, ya que las modificaciones operadas durante el proceso negociador se debieron a decisiones de los propios representantes de los trabajadores, y por consiguiente “el Ayuntamiento demandado no es responsable de la actuación de la representación de los trabajadores en orden a la limitación, en su caso, del número de negociadores, ni se aprecia en el

Consistorio infracción alguna de las normas sobre constitución de la Comisión negociadora”.

En segundo término, se debate sobre el respeto a la buena fe por parte de la empresa durante ese período, y más exactamente sobre el respeto a la obligación de informar de los criterios de selección de personal, formalmente explicados pero realmente no utilizados tal como se da debida cuenta en el demoledor hecho probado que he transcrito con anterioridad. Y así la Sala lo acepta y manifiesta palmariamente cuando reconoce que formalidad y realidad en el procedimiento de selección no han ido de la mano sino por caminos muy diferentes, en concreto respecto al criterio, no respetado en la práctica, de evaluación continua, produciéndose una clara arbitrariedad en dicha selección, “lo que adquiere una mayor gravedad dada la condición de Administración Pública de la empresa demandada”. Acepta que el criterio genérico de determinación del número de afectados se ha respetado, y también el de la edad, pero de los hechos probados se deduce claramente que “en la aplicación del sistema o criterio de evaluación continua, se ha incurrido en una absoluta arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución”, explicando a continuación, como lógica conclusión jurídica aplicable a los hechos declarados probados, que se habían previsto unos criterios objetivos de “mayor competencia técnica, formación, experiencia o polivalencia”, y que tales criterios constituían “un criterio objetivo y razonable” al parecer de la Sala y que se ajustaba al art. 103 CE y el obligado respeto a los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (obsérvese, dicho sea incidentalmente, como la Sala se acerca más al razonamiento de que el Ayuntamiento hubiera adoptado una decisión ajustada a derecho si hubiera respetado no sólo formal sino también realmente los criterios que había fijado, y además, como he dicho antes, que la causa económica podía existir aunque no se cumplieran los requisitos reglamentariamente previstos por una norma que no estaba en vigor en el momento de inicio de este procedimiento). Por su interés transcribo el fragmento más relevante del razonamiento judicial para llegar a la convicción de que no se ha actuado conforme a derecho por parte del Ayuntamiento:

“La cuestión se centra en la valoración que han realizado los responsables de cada delegación, previa consulta con el personal técnico a su cargo, que sin pedir el correspondiente curriculum a cada uno de los empleados, sin valorar el tiempo de prestación de los servicios en la delegación correspondiente o en un puesto de trabajo análogo, sin evaluar la formación académica, el ostentar un título universitario, o la formación específica para desempeñar el puesto de trabajo, elaboraron una lista de trabajadores no prescindibles. No obstante lo cual, algún trabajador de los contenidos en la lista de trabajadores no prescindibles para la delegación, fue afectado por el despido colectivo. Como quedó acreditado en la práctica de la prueba de interrogatorio de testigos, a juicio subjetivo del técnico o del delegado y, con una valoración personal, subjetiva y arbitraria, carente de la aplicación de cualquier parámetro objetivo, fueron determinados los trabajadores afectados por la decisión extintiva, sin tenerse en cuenta ni su competencia técnica, ni su formación, ni su experiencia, ni la polivalencia. De este modo, el Ayuntamiento demandado no negoció de buena fe con los representantes de los trabajadores, al facilitarles una lista nominal de trabajadores afectados por la extinción colectiva, sin aplicar los criterios de selección contenidos en el escrito de inicio del procedimiento y en la memoria explicativa”.

La Sala es consciente de que en aquellos supuestos en que la falta de buena fe es equiparable a la ausencia de negociación, “la consecuencia es la nulidad de la decisión

extintiva”, pero no llega a concluir que el engaño en una parte de los criterios de selección deba llevar a proclamar la inexistencia real de negociación y por consiguiente la nulidad de la decisión empresarial, y apuesta por la tesis de la existencia real de negociación durante el período de consultas en otros contenidos del conflicto, como la reducción del número de afectados y la adopción de medidas paliativas para la recolocación de los afectados, y por ello “sólo en este aspecto”, es decir en el de la selección del personal, afirma la Sala,” no se ha seguido el principio de buena fe en la negociación”, y de ahí que su decisión se incline por la estimación parcial de las demandas al reconocer la improcedencia de los despidos pero no la nulidad de los mismos, en aplicación del criterio formalista utilizado en la sentencia y que, sin duda, será muy interesante comprobar si es mantenido o no por el Tribunal Supremo.

#### **4. Sentencia del TSJ de Andalucía de 14 de octubre de 2013.**

En la [sentencia dictada el 14 de octubre por el TSJ de Andalucía](#), de la que fue ponente el magistrado José Luis Barragan, la Sala desestima las demandas presentadas por el comité de empresa de Isofotón SA y por varios sindicatos, y declara ajustada a derecho la decisión empresarial de proceder al despido de 354 trabajadores. Se desestima la alegación de vulneración del derecho fundamental de igualdad y no discriminación, por entender que los criterios de afectación de los despidos eran objetivos y que la inclusión de algunos trabajadores con jornada reducida, con suspensión del contrato por maternidad, riesgo de embarazo o hijo enfermo grave, o trabajadores discapacitados, mayores de 50 años, o afiliados a una determinada organización sindical, “han sido consecuencia de la aplicación estricta de los criterios de afectación...”. Sobre una situación ciertamente problemática desde la perspectiva jurídica, cual es la inclusión de tres representantes de los trabajadores entre los despidos, la Sala rechaza que se haya actuado con coacción por parte de la empresa ya que esta justificó debidamente dicha inclusión, aún cuando deja la puerta abierta (y así lo permite la LRJS) a que esos despidos “puedan ejercitar la acción individual de despido en la que podrán discutir si la empresa ha respetado o no la preferencia que les reconoce la ley”.

La existencia de un ERTE anterior no impedirá según la Sala (y en efecto hay doctrina en el mismo sentido de la AN) presentar un ERE extintivo aun cuando estuviere vigente el primero si se produce un cambio de las circunstancias que provocaron el primero, y a juicio del tribunal los datos económicos aportados por la empresa demostraron que se había producido dicho cambio, es decir “se ha producido una considerable agravación de la situación económica de la empresa desde que se iniciaron las negociaciones del Expediente de Regulación Temporal de Empleo y, más en concreto, desde el 1 de enero de 2012, en que comenzó la aplicación del mismo, hasta que se ha iniciado el período de consultas del Expediente de Regulación de Empleo, en el mes de abril de 2013”.

Importa también destacar de la sentencia, con rechazo, pues de la tesis de los demandantes, que no ha quedado probado para la Sala “la existencia de grupo de empresas patológico, a efectos laborales, de Isofoton S.A. con ninguna de las empresas codemandadas, por lo que ello no cabe declarar el despido colectivo no ajustado a derecho con base en esa circunstancia”. La razón última del ERE para la Sala, que acepta la tesis de la demandada, es la siguiente: la documentación aportada en el período de consultas y la prueba pericial practicada a instancia de la empresa parece indicar que la causa última de los problemas económicos de Isofoton S.A. no ha sido otra que la fuerte bajada del precio de los módulos que fabrica, debido a la fuerte competencia de los países asiáticos, que ha hecho que la Comisión Europea haya

tomado medidas de protección de las empresas europeas del sector en este año 2013. En definitiva, la Sala no aprecia que concurra dato alguno que permita aplicar la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo" para condenar a ambos hermanos codemandados como verdaderos empresarios que formen un grupo patológico de empresas con Isofoton S.A”.

## **5. Sentencia del TSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 2013.**

1. Mi atención se centra en una sentencia en la que la empresa afectada se encuentra en situación de concurso y en dónde se debate sobre la existencia de un grupo de empresas, tratándose de la sentencia del TSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 2013, de la que fue ponente el magistrado José Joaquín Pérez-Beneyto, que da debida respuesta a todas las alegaciones de forma y de fondo efectuadas en la demanda, y desestima la demanda interpuesta en procedimiento de despido colectivo por los miembros de la comisión negociadora y declara ajustada a derecho la decisión extintiva de la empresa.

2. Pongamos orden en la explicación. La sentencia se dicta con ocasión de la demanda interpuesta el 22 de marzo de 2013 por los integrantes de la comisión negociadora en representación de los trabajadores durante el período de consultas del expediente instado por la [empresa GEA 21 SA](#) y con la propuesta de extinción de 44 contratos de trabajo (la empresa tenía en ese momento 89 trabajadores en plantilla). Tras varias vicisitudes del conflicto (en buena medida derivada de la ampliación de partes demandadas), el acto de juicio tuvo lugar el 10 de octubre. En los antecedentes de hecho se deja debida constancia de las argumentaciones de la parte demandante y la petición de nulidad de los despidos y subsidiariamente su improcedencia, así como también las argumentaciones de contrario de la parte empresarial, De forma muy didáctica, en especial para quienes sólo podemos analizar la sentencia a partir de su contenido, el antecedente octavo concreta que los puntos controvertidos fueron los siguientes: existencia previa de un ERTE y qué consecuencias podía tener en la calificación del ERE que motiva el litigio; la competencia material de la Sala (la parte demandante alegó incompetencia por razón de la materia); la voluntad de negociar; suficiencia de los documentos aportados; criterios de selección de los trabajadores afectados; liquidez para abonar las indemnizaciones debidas por la parte empresarial.

3. De los hechos probado de la sentencia interesa destacar en especial, en primer lugar, que GEA 21 S.A. “forma parte del GRUPO GEA 21 S.L. (consolidado) y su participación supera el 80% del total de ingresos del grupo”, y que “pertenece a un grupo mercantil en el que Grupo GEA 21 S.L. es la sociedad matriz, integrando el grupo 18 sociedades dependientes, 12 sociedades multigrupo y 18 sociedades asociadas” (hecho probado primero). En el mismo hecho se expone que la empresa demandada “es la que origina el resultado del grupo”, ya que las demás sociedades “origina pérdidas al consolidado”, y de ahí que “la viabilidad del grupo depende de la situación de GEA 21 SA”.

En el momento de instarse el ERE la empresa tenía aprobado un ERTE con vigencia del 14 de junio de 2012 al 14 de junio de 2013, afectando a los trabajadores en términos de reducción del 15 % de trabajo y en los de suspensión contractual. Las previsiones efectuadas por la empresa para mejorar su situación económica durante ese período no se cumplieron (por diversos motivos recogidos en el hecho probado segundo y entre los que destacaría la importante reducción de inversión pública en los presupuestos

autonómicos andaluces) y ello llevo a presentar un ERE el 29 de enero de 2013 (es decir, durante la vigencia del ERTE), con afectación a personal de los centros de trabajo de Sevilla, Jaén y Granada, que al no tener representantes legales procedieron a la designación de una comisión ad hoc (recuérdese lo dispuesto en el art. 26.3 del RD [1483/2012](#): “En los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores”).

Durante el período de consultas se celebraron cuatro reuniones y finalizó sin acuerdo, con decisión final de la empresa de extinguir 44 contratos, decisión ejecutada el 6 de marzo mediante comunicación a los trabajadores afectados pero, y lo destaco por su importancia a efectos jurídicos, “sin poner a disposición de los mismos la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prestado, con el tope de 12 meses” (hecho probado tercero). Sobre la documentación que presentó la empresa, puesta a disposición tanto de los representantes ad hoc como de todos los trabajadores, en el hecho probado quinto se deja constancia (dato importante nuevamente el del contenido de las actas para fundar la resolución judicial) de que durante las reuniones del período de consultas “no se realizó ninguna queja sobre este particular, ni por los trabajadores ni por la comisión designada por los trabajadores”.

En los hechos probados se deja igualmente constancia de las diferentes propuestas y contrapropuestas presentadas por las partes durante el período de consultas, y con respecto a los criterios de selección cabe decir que se presentaron al inicio del periodo de consultas y que “no se alegó discriminación en la elección de los trabajadores afectados”. La empresa se encuentra en situación de concurso voluntario, declarado por Auto de 15 de abril, fecha que tiene importancia si la ponemos en relación con la imposibilidad de abonar las indemnizaciones y que me lleva a reproducir un párrafo del hecho probado octavo: “La empresa el 29-1-13 (fecha del comienzo del periodo de consultas) formaliza la venta del 35% de sus derechos de la UTE CYOPSA SISOCIA, OBRAS PÚBLICAS Y REGADIOS para obtener unos ingresos de 1.350.000€ + IVA con lo que hacer frente al pago de las indemnizaciones. La autorización del Ministerio no llega hasta el 7 de Mayo de 2.013, elevándose a publico la compraventa el 14-5-13, fecha en la que la empresa se encuentra en concurso de acreedores y no puede disponer del dinero para proceder al pago de las indemnizaciones”.

4. Pasemos ya a los fundamentos de derecho, no sin antes solicitar, como hago habitualmente, la lectura íntegra de los hechos probados para todos aquellos a los que la sentencia les merezca particular atención. La primera cuestión debatida versa sobre la competencia de la Sala por razón de la materia, esto es saber si le corresponde a ella o al juzgado mercantil que declaró el concurso de la empresa. Nuevamente se plantea una cuestión que ya ha sido resuelta por el TS, la AN y otras Salas de lo social del TSJ, con una cita concreta en esta sentencia de la dictada por la AN el 26 de julio de 2012, siendo la respuesta una u otra según que la decisión extintiva se haya acordado antes o después de la declaración del concurso, y si fuera el primer caso la competencia es del orden jurisdiccional social, de tal manera que no existe la nulidad alegada por la parte demandante.

La [sentencia dela AN de 26 de julio](#) mereció especial atención por mi parte al abordar el estudio de la competencia material del orden jurisdiccional social en el supuesto de una empresa en concurso, y recupero ahora un fragmento de mi análisis:

“--- A efectos tanto doctrinales como de futuras resoluciones judiciales es de especial interés el fundamento jurídico segundo, ya que la parte demandada alegó incompetencia de jurisdicción por razón de la materia al haber empresas concursadas, mientras que la parte demandante alegó que se trataba de un grupo de empresas a efectos laborales y que por ello era competente el orden jurisdiccional social, con apoyo en el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2011, del que fue ponente el magistrado Manuel Ramón Alarcón. Para la Sala, se trata de resolver “si la Ley Concursal encomienda de modo exclusivo y excluyente al juez del concurso el conocimiento exclusivo y excluyente de los despidos colectivos consumados, como sucede aquí, con anterioridad a la declaración del concurso”. Ya adelanto que la respuesta es favorable a la tesis de la parte demandante, y que la Sala añade la mención de otro Auto de la Sala de conflictos del TS, de 28 de septiembre de 2.011, y mismo ponente, en la que se sustenta que “La aplicación de las reglas expuestas al caso de autos, en el que la demanda de extinción del contrato de trabajo y acumulada de cantidad se ha interpuesto antes de la declaración del concurso de la empleadora concursada, y que, por otra parte, se ha dirigido de forma acumulada contra la empleadora concursada y contra otra sociedad no declarada en concurso, por configurar junto con la primera un grupo empresarial, sin que en ello se haya apreciado por el Juzgador evidente fraude de Ley o procesal, es determinante de la atribución al Juzgado de lo Social número ... de .... de la competencia para conocer de la demanda interpuesta por ...”.

--- La Sala procede al análisis de la normativa concursal, en concreto de los artículos 8.2. y 64.1 de la Ley 22/2003, destacando por mi parte ahora que en el segundo precepto citado se indica que “si a la fecha de declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso”. La Sala, tras un atento examen de la normativa mercantil concluye que el requisito constitutivo para activar la competencia del juez del concurso en las extinciones colectivas “es que la empresa haya sido declarada en situación de concurso”, y en el caso enjuiciado los despidos colectivos se consumaron antes de la presentación del concurso, por lo que descarta que la impugnación de los despidos colectivos anteriores “corresponda exclusiva y excluyentemente al juez del concurso”. De paso, la Sala “aprovecha” la reforma laboral para reforzar sus competencias, y limitar la intervención del juez del concurso para autorizar o denegar los despidos colectivos, señalando que el artículo 64.1 de la Ley concursal se refiere a ERES presentados ante la autoridad laboral que se encuentren pendientes de resolución por la misma en la fecha de declaración del concurso, “lo que no sucede aquí, puesto que la nueva versión del art. 51 ET, dada por el RDL 3/2012, liquidó la autorización administrativa para los despidos colectivos, que se deciden libremente por el empresario, de manera que el juez del concurso ya no tiene nada que autorizar”.

--- Por otra parte, la Sala se detiene en la consideración de “juicio declarativo” que tiene la impugnación de un despido colectivo al amparo del art. 124.9 de la LRJS, para confirmar su competencia para conocer del litigio y no por el juez del concurso, acudiendo al art.51.1 de la Ley Concursal y a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el Auto de la Sala de conflictos del TS de 24 de junio de 2.010”. Dicho precepto

dispone que “los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia”. Por último, la Sala aborda el estudio de la norma mercantil y razona que el juez del concurso puede autorizar o no la medida extintiva colectiva, pero la declaración de nulidad del ERE, justamente por no haberse obtenido esta, se declarará por los tribunales laborales competentes y no por el juez del concurso, “puesto que la nulidad del despido colectivo sólo puede declararse mediante sentencia y el juez del concurso resuelve mediante auto, a tenor de lo dispuesto en el art. 64.7 LC”.

5. Regreso a la sentencia del TSJ andaluz. La segunda cuestión que abordará la Sala es la alegación de los demandantes de falta de voluntad negociadora por parte de la empresa y mala fe negocial, concretada esta tesis, según se recoge en el fundamento de derecho tercero, “en que la decisión era inamovible porque fueron concedidas vacaciones a los afectados, que se aplicó el ERE a los que tenían suspendidos los contratos, ocultación de la situación de tesorería”. La Sala repasa la normativa de la UE y su jurisprudencia sobre qué debe ser, y en qué consiste, un auténtico periodo de consultas, y como debe llevarse a cabo para conseguir los resultados perseguidos por la normativa de aplicación, tanto la estatal como la europea; un período, en el que la negociación de buena fe forma parte ineludible de las obligaciones de ambas partes, aunque ciertamente no puede calificarse de mala fe negocial ab initio que no se hayan aceptado las propuestas de la parte trabajadora, recordando la Sala que la normativa de aplicación (en el caso español la LET y el RD 1483/2012) “no obliga a que los negociadores lleguen a un acuerdo”.

En el análisis de la buena fe negocial de ambas partes negociadoras la Sala resalta el interés manifestado a su parecer por la empresa en llegar a un acuerdo, que se frustró por no disponer en un primer momento de los recursos económicos para abonar las indemnizaciones cuando hubiera sido obligado hacerlo (en el momento de comunicación de la extinción), ante la situación de concurso, y en segundo lugar por la constatación de estar dispuesta con posterioridad, en sede judicial en fase previa al acto del juicio, a negociar el pago de una indemnización que podría alcanzar hasta 28 días por año de servicio, propuesta que se plasmaría “en acuerdo novatorio que pasaría a ser deuda de la masa, también frustrado por las mayores pretensiones de los demandantes”. Son estas actuaciones de la empresa las que ponen de manifiesto a juicio de la Sala su real voluntad de negociar y de llegar a un acuerdo.

Ciertamente, sin cuestionar por mi parte la argumentación de la Sala, sigue habiendo una cuestión relevante desde el punto de vista jurídico y que la empresa no ha cumplido (circunstancia que en otras sentencias de TSJ, aunque no así en alguna de la AN, ha conllevado la declaración de improcedencia del despido) cual es que el 6 de marzo procedió a la extinción sin abonar la indemnización. No se le oculta a quien redacta esta entrada la difícil situación económica de la empresa y que las gestiones realizadas para poder disponer de liquidez para abonar las indemnizaciones no fructificaron hasta el 14 de mayo, fecha en que la empresa ya se encontraba en concurso, pero no es menos cierto que el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 53.1 de la LET lleva inexorablemente aparejada la improcedencia del despido, y que el impago de la indemnización sólo puede aceptarse por motivos económicos acreditados y hasta la fecha de extinción efectiva de la relación laboral. Dejo aquí la interesante cuestión jurídica planteada para debate.

Sin duda, la sentencia también merece comentario por la aceptación por la Sala de la decisión de la empresa de no aceptar las propuestas de la otra parte, entendiendo aquella que la negativa estaba debidamente fundamentada, afirmando que “no cabe, por tanto, confundir la mala fe con una postura que responde a la crítica situación de la empresa”. La Sala hace referencia a la “calamitosa situación” de la empresa y a su “gravísima situación económica” para justificar su negativa, al mismo tiempo que critica lo que califica de “intransigencia” de la parte trabajadora, que merece una nueva crítica jurídica por la Sala, aunque me suscita muchas dudas sobre qué tipo de propuestas hubieran debido hacer los trabajadores y que la Sala hubiera considerado adecuadas, afirmando que “no puede alegar inamovilidad del contrario quien no ofrece alternativas razonables y viables dada las circunstancias variables que se fueron dando”. Ciertamente, a juzgar por la tesis de la Sala, parece que quedó plenamente convencida en el acto del juicio, y con la documentación aportada por las partes, de la actuación plenamente conforme a derecho de la parte empresarial y de las actitudes poco adecuadas e intransigentes de la parte trabajadora para poder alcanzar un acuerdo.

6. Sobre la tesis de los demandantes de nulidad de los despidos por falta de entrega de la documentación a que la empresa estaba obligada según la normativa legal y reglamentaria vigente, la Sala rechaza la pretensión por entender que se actuó conforme a la legalidad por parte de la empresa que formaba parte de un grupo mercantil y no laboral, algo que da cumplimiento a la normativa reguladora de los procedimientos de despido colectivo y que al parecer de la Sala ha quedado reforzado por las [modificaciones operadas por el RDL 11/2013](#), de tal manera que es la empresa promotora del expediente, y no la que en su caso pudiera ser dominante o las otras empresas del grupo, “quien debe facilitar la documentación que garantice el conocimiento cabal y suficiente de la situación que atraviesa pues este es el canon de enjuiciamiento. No es una cuestión de solidaridad en la responsabilidad, sino de información”.

7. Respecto a las críticas formuladas sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados la Sala entiende que los datos aportados por la empresa para justificar a quienes afectaban los despidos eran ajustados a derecho y no discriminatorios, recordando sobre este punto que no hubo ninguna manifestación en tal sentido durante el período de consultas y enfatizando, con un planteamiento muy acertado a mi parecer desde el punto de vista práctico pero que no necesariamente cerraría la puerta a que hubiera habido discriminaciones de otro tipo, que esta alegación “era imposible dados los hechos de que en el ERE han sido incluidos algunos de los evaluadores o familiares de ellos”.

8. Por último, y una vez desechados todos los argumentos de los demandantes para solicitar la nulidad, la Sala aborda la posible existencia de causa económica, que considerará debidamente probada y acreditada, nuevamente sin olvidar recordar antes a aquellos que el único argumento utilizado en la demanda era que se trataba de una situación “coyuntural” de pérdidas económicas, y que en el acto del juicio “nada se alegó” (fundamento de derecho sexto), argumento que hay que vincular a lo expuesto en el fundamento de derecho anterior en el que se recoge que la empresa “depende de un solo cliente en el mercado más que rígido y se acredita que no habrá empleo para ninguno de sus trabajadores”. Para la Sala, las reducciones presupuestarias en la inversión pública de la Junta de Andalucía han llevado a la empresa a la situación en



que se encuentra, y de ahí que nos encontremos en “un círculo virtuoso de pérdidas (que) no tiene fin”, que permite la aplicación del art. 51.1 de la LET.

### **5-bis. Sentencia del TSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2014.**

1. He seguido con atención el conflicto jurídico y social suscitado por el despido colectivo presentado el mes de agosto de 2013 por la empresa que atiende los servicios de mantenimiento de las fuerzas armadas norteamericanas en la [base aérea de Morón de la Frontera](#), recientemente resuelto en sede judicial por la [sentencia dictada el 31 de marzo por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía \(sede Sevilla\)](#), de la que fue ponente el magistrado Francisco Manuel Álvarez, que estima parcialmente la demanda presentada y declara que la decisión extintiva adoptada por la empresa el 17 de septiembre fue “no ajustada a derecho”, mientras que “se desestiman los restantes pedimentos formulados en la demanda iniciadora de las actuaciones”. Dicha sentencia será recurrida ante el Tribunal Supremo por la parte trabajadora por entender que hubiera debido declararse la nulidad de los despidos acordados, mientras que por parte empresarial no hay intención de recurrir según las últimas informaciones a las que he tenido acceso. Con mucha rapidez, el [texto de la sentencia](#) se publicó en las páginas webs de las secciones sindicales presentes en la empresa (no está aún publicada en la base de datos del CENDOJ), por lo que remito a los lectores y lectoras del blog a su lectura atenta y detallada para completar mi comentario y análisis de la misma.

Desde que se inició el conflicto he seguido con atención las páginas webs de las organizaciones sindicales [UGT](#), [CC OO](#) y [USO](#) que tienen presencia en la base aérea, y he recibido numerosa información de personas directamente afectadas por el conflicto y que me han hecho llegar sus valoraciones de aquello que estaba ocurriendo tras la decisión empresarial. Todo ello me ha servido para conocer mucho mejor la “letra pequeña” del conflicto, es decir aquello que no aparece habitualmente ni en la documentación oficial ni en los medios de comunicación. No obstante, el jurista ha de partir en el análisis y comentario de una resolución judicial de aquellos hechos probados y de la fundamentación jurídica anudada a los mismos, y es probable que en aquellos no quede reflejada, porque el tribunal no lo ha considerado relevante, parte de esa “letra pequeña”. Lógicamente, la parte que entiende que no han sido debidamente tomados en consideración sus argumentos, en este caso la parte trabajadora, intentará demostrar que hubiera debido ser así y lo hará por la vía del recurso de casación al amparo del art. 207 de la [Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social](#) (“d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate). Por consiguiente, el debate jurídico sigue abierto a la espera de la resolución del alto tribunal.

Pero también sigue abierto el debate social, que no es otro que el de saber qué decisión adoptará la empresa ante la decisión del TSJ. Los medios de comunicación dan debida cuenta de las [manifestaciones de los representantes de los trabajadores y de numerosos cargos políticos de la comarca](#) pidiendo la readmisión ante el incremento de la carga de trabajo existente y que guardaría relación con el interés estratégico del gobierno de EE.UU, de acuerdo con el español, de [potenciar el uso de la base aérea sita en territorio andaluz para sus operaciones estratégicas](#). Cuando redacto esta entrada no tengo conocimiento de cuál será la decisión empresarial.

Se trata, por consiguiente, de un conflicto jurídico porque afecta a las relaciones laborales, más exactamente a la extinción de dichas relaciones, de un número importante de trabajadores; de un conflicto social porque no sólo afecta a los despedidos sino que también tiene una incidencia indudable en la comarca; en fin, es un conflicto que tiene claras ramificaciones políticas porque en las decisiones adoptadas por la empresa son determinantes las adoptadas por los gobierno estadounidense y español, señaladamente el primero como es obvio.

2. La sentencia del TSJ andaluz tiene un punto de complejidad añadido, al menos a mi parecer, con respecto a otras sentencias que he leído, comentado y analizado en el blog en materia de despido colectivo, justamente porque las decisiones de la empresa que gestiona la base aérea es totalmente dependiente en sus decisiones de las instrucciones recibidas del Departamento de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, si bien ello no obsta al obligado cumplimiento por parte de aquella de los requisitos que establece la normativa laboral española (art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) y [Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre](#)) para poder proceder a los despidos, tanto de los de índole formal como de los de fondo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

3. ¿Cuáles son a mi parecer los contenidos más relevantes, a efectos de comentario y análisis, de la citada sentencia? Proceso a su comentario y análisis a continuación.

A) De los antecedentes de hecho cabe destacar que la demanda fue presentada el 11 de octubre, y que tras diversos avatares jurídicos, incluidas dos suspensiones del acto de juicio, dicho acto tuvo lugar el 19 de febrero. Las alegaciones vertidas en la demanda trataron de demostrar que la decisión empresarial debía calificarse de nula por diversos motivos, tales como vulneración de derechos fundamentales, no haberse llevado a cabo un auténtico período de consultas, no haberse entregado por la empresa la documentación legalmente prevista, y una actuación fraudulenta y con abuso de derecho. De forma subsidiaria, se pedía la declaración de no ser ajustada a derecho por considerar inexistentes las causas alegadas para tomar la decisión empresarial, ya que se habría incrementado la carga de trabajo en lugar de la reducción alegada por la empresa.

A todas esas argumentaciones se opuso la parte empresarial, que criticó la actuación de la representación de los trabajadores en la mesa negociadora por no haber mantenido “otra postura que la de oposición frontal al despido”. También es necesario destacar que el Ministerio Fiscal “no consideraba inicialmente acreditada la producción de vulneración alguna de derechos fundamentales”.

B) En cuanto a los hechos probados (y recuérdese que en trámite de recurso de casación sólo podrá alegarse prueba documental para pretender su revisión) se describe el objeto social de la empresa que gestiona la base aérea. Se trata de [Vinnell-Brown and Root LLC \(VBR\)](#), consistente en “atender los servicios de mantenimiento de las fuerzas armadas norteamericanas” y que opera, en lo que ahora nos interesa, en virtud de contrato suscrito con las fuerzas aéreas. Los datos disponibles en la red nos dicen que “Vinnell Brown And Root Llc Sucursal en España es una empresa constituida el 11/11/2009 en Sevilla, dedicada a todas las relacionadas con el desarrollo del contrato suscrito con las Fuerzas Aéreas de los Estados Unidos para prestar servicios de mantenimiento en la base aérea de Morón”, siendo la fuerza aérea su único cliente.

Posee [convenio colectivo propio](#), con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014 (en cuyo artículo se encuentra esta referencia a un ERE anterior producido en 2010: “Los empleados afectados por el ERE de 2010 que estén totalmente cualificados tendrán consideración preferente para su contratación, pero el empleador conserva el derecho a seleccionar al candidato más cualificado para cada puesto”).

Una lectura atenta de los hechos probados tercero y cuarto deja debida constancia de cuál sería la razón del inicio, poco después, de la tramitación de un despido colectivo: los criterios del departamento de la fuerza aérea americana sobre qué trabajos se iban a realizar a partir del 1 de julio y con qué preferencias, acompañados de una manifestación expresa de no dotar de partida económica a 70 contratos y requerir a la empresa para que planteara las correspondientes extinciones y que hiciera una propuesta “de los costes necesarios para atender a la ejecución de un despido anormal o colectivo, así como un calendario de los eventos principales hasta la práctica del despido”. Obsérvese, dicho sea incidentalmente, la curiosa expresión de “despido anormal”, que desde luego no he sabido encontrar en mis repertorios normativos de normas laborales.

La comunicación oficial del inicio de las actuaciones previas al despido, esto es el período de consultas, se realizó el 6 de agosto, y dicho período se inició el día 14 con entrega de documentación por parte de la empresa que pondría de manifiesto, a su parecer, las causas productivas alegadas. Queda constancia en el hecho probado duodécimo, de la total subordinación de la empresa a la decisiones de su único cliente pero que, insisto, no son en modo alguno impedimento al cumplimiento obligado de la normativa estatal española; en efecto, la parte empresarial expuso que “su cliente no requería los servicios de 70 trabajadores” y que “la decisión sobre el contrato correspondía a la Fuerza Aérea”. La falta de acuerdo llevó a la decisión empresarial de proceder, finalmente, al despido de 66 trabajadores, cuatro menos de los previstos en su propuesta inicial, con la indemnización legalmente prevista. En el hecho probado vigesimoprimero se detalla el contenido del informe pericial aportado por la demandante, informe que la Sala tomará en especial consideración para adoptar su decisión de considerar no ajustada a derecho la decisión empresarial como explicaré más adelante.

C) En los fundamentos jurídicos la Sala reconoce en primer lugar que el relato de los hechos “es necesariamente sintético ante la extensión de la prueba aportada en el presente procedimiento y la variedad de las alegaciones efectuadas, habiéndose procurado poner de relieve aquellos elementos fácticos que se utilizaron con carácter principal para fundamentar las pretensiones entabladas”. En efecto, de toda la información de que he ido disponiendo durante la tramitación del conflicto confirmo dicha complejidad, pero ello no obsta a que si una parte, y en este caso concreto la demandante, considera que no han quedado debidamente reflejados esos hechos así lo argumente en trámite de recurso de casación y lo anude al incumplimiento de la normativa reguladora de las extinciones, algo que con toda probabilidad va a efectuar la parte trabajadora para intentar lograr la estimación del recurso por el TS y la declaración de nulidad de la conducta empresarial.

Las alegaciones de nulidad de la decisión empresarial, todas ellas desestimadas, son objeto de examen por la Sala como paso previo al posterior análisis y examen, que en este caso sí procede, de las razones o motivos alegados para proceder a las extinciones.

a) Un primer motivo de posible nulidad versa sobre discriminación en los criterios de selección de los trabajadores afectados, en este supuesto concreto por razón de nacionalidad, ya que la empresa “habría preferido elegir trabajadores españoles a los estadounidenses para la práctica de los despidos”, tesis rechazada por la empresa con aportación de datos de la plantilla y de número de trabajadores españoles y americanos afectados. La Sala desestima la argumentación de vulneración de derechos fundamentales (me imagino que esta tesis no gustará nada a algunas de las personas afectadas por el despido) porque entiende que se trata de una decisión empresarial en atención al funcionamiento de los distintos servicios, y que no hay ninguna obligación, en el marco contractual de la empresa, de fijar un número determinado de trabajadores de una u otra nacionalidad que deban prestar sus servicios en la empresa.

Los datos disponibles sobre porcentajes de trabajadores afectados por el despido colectivo llevan a la Sala a estimar que, en caso de aplicar la proporcionalidad en relación con el personal español y americano prestando sus servicios en la base, los despidos hubieran debido afectar a dos españoles menos y a dos americanos más, algo que lleva a defender la inexistencia de la discriminación alegada por razón de nacionalidad.

No parece, a juzgar por la lectura del fundamento de derecho segundo, que la Sala haya concedido mayor importancia a la nueva contratación de personal norteamericano en el departamento de bomberos, que están sujetos a cláusulas de confidencialidad no exigibles al personal español, y en cuanto a la realización de un elevado número de horas extraordinarias en un departamento afectado por la reducción de personal no considera que ello afecte a la causa de nulidad ahora examinada sino que podría, en su caso, ser objeto de atención al analizar la existencia o no de las causas productivas alegadas por la empresa, aunque parece que no toma en consideración la tesis de la realización de las mismas alegada por la demandante como claro ejemplo de que las razones aducidas por la empresa carecerían de sentido, o al menos eso lo que creo que pude desprenderse de la frase de que dicha tesis “no ha sido objeto de sistematización y concreción, con estudio prolongado en el tiempo que permita el establecimiento de conclusiones válidas”.

b) Un segundo bloque de posibles causas de nulidad es examinado en el fundamento jurídico tercero, y versan sobre la alegación de la falta de entrega de documentación obligatoria, mala fe empresarial durante el proceso negociador, falta de concreción de los criterios de selección de los trabajadores afectados e igualmente de las causas de los despidos.

La tesis de la falta de entrega de documentación es rechazada por entender que la empresa se ajustó a lo dispuesto en el art. 51.2 de la LET y el art. 3 del RD 1483/2012, y que aunque las causas hubieran podido estar mejor explicadas la parte trabajadora tenía pleno conocimiento de las mismas, trayendo la Sala en apoyo de esta tesis las manifestaciones de la parte trabajadora durante el período de consultas que acreditarían el conocimiento de la decisión de la empresa adoptada como consecuencia “de una decisión de reducción de los gastos de personal acordada por el [USAFE](#) que recaía sobre los trabajadores”. Las argumentaciones de la Sala refuerzan mi parecer sobre el papel meramente formal de sujeto ejecutor de la decisión de los despidos adoptada por la empresa para la que prestan servicios los trabajadores afectados, siendo así que la decisión se adoptó a miles de kilómetros de Morón de la Frontera, en la sede del

departamento de las fuerzas aéreas norteamericanas, y lo demuestra el reconocimiento por la Sala de que la empresa actuó siguiendo fielmente los criterios expuestos en los documentos remitidos en julio de 2013 por la USAFE, concluyendo que “tal era la situación productiva planteada, y a la empresa, sujeta a las órdenes de modalización contractual de su principal, tenía la opción legal de proceder a determinar los trabajadores que habrían de verse afectados por la medida”.

Muchas más dudas suscita a mi parecer la argumentación de la Sala para desestimar la petición de nulidad por la no concreción de los criterios de selección, selección que se basó en evaluaciones de personal desglosadas por departamentos (en alguno de los cuales, recuerdo, la parte trabajadora alegó, aunque no fue aceptado por la Sala, la realización de un importante volumen de horas extraordinarias poco después de haberse producido los despidos). Me sorprende que se considere de menor importancia que no se hiciera la evaluación individual de 32 de los trabajadores afectados y que se pase casi de puntillas sobre la afirmación del encargado del departamento afectado de “falta de tiempo para la realización de las evaluaciones solicitadas”, y que dado que otros departamentos sí se realizaron, y “a falta de otros elementos de juicio”, la Sala considere “que se habrán seguido los mismos criterios de evaluación con los restantes, no constando que fuera de la falta de concreción formal expuesta, se hayan empleado criterios arbitrarios diversos de los objetivos inicialmente aplicados a los restantes trabajadores”. Esta “hipótesis de legalidad” de la conducta empresarial no es que deba cuestionarse a mi entender por su posible inexistencia, sino porque se trata de determinar, en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente, si los criterios de selección empleados fueron conforme a derecho, y presumir que sí lo son a falta de que “otros elementos de juicio” permitan llegar a la convicción contraria no creo que sea el sistema jurídico más apropiado para validar la decisión empresarial, por lo que intuyo que el recurso de casación de la parte trabajadora fijará buena parte de su atención en esta parte de la sentencia.

c) Respecto a la falta de buena fe empresarial durante la negociación y una postura inmovilista durante el período de consultas, así como su actuación en fraude ley porque la reducción de plantilla no tendría por objetivo “sino maximizar beneficios”, la desestimación de la Sala se centra en el carácter “excesivamente genérico” de la primera alegación, considerando que el número de reuniones celebradas (diez), los documentos debatidos, y las modificaciones de la propuesta inicial (reducción del número de afectados) son indicios razonables de negociación por parte empresarial, que además tuvo su contrapunto en el “rechazo en bloque” de los despidos por la parte trabajadora, y el hecho de que esta rechazara un plan de viabilidad presentado por la empresa iría en apoyo de la tesis de la voluntad negociadora por parte empresarial, siendo sorprendente a mi parecer que, a diferencia de la mayor parte de los conflictos más relevantes que han sido objeto de atención en mi blog, no haya ninguna referencia en la sentencia a las actas del período de consulta para poder validar o no la existencia de una real, y no meramente formal, negociación. En suma, y a la vista de todo lo expuesto, la Sala concluye que hemos estado en presencia de una real negociación y no de un mero formalismo, y ello “no entraña la comisión de conducta reprochable desde el punto de vista jurídico por ninguna de las parte intervinientes”.

D) Una vez desestimadas las alegaciones formales, es el momento de examinar por la Sala la alegación, a los efectos de que la decisión empresarial sea declarada no ajustada a derecho, de “falta de concurrencia de las causas productivas alegadas por la empresa”.

En el fundamento jurídico quinto la Sala delimita con claridad en primer lugar los términos del debate jurídico, esto es si existen o no unas causas productivas como consecuencia de la “orden” (destaco la expresión) de USAFE a la empresa de reducir su plantilla en número (inicial) de 70 trabajadores (reducido tras el período de consultas a 66), causas que deberían encajar en lo dispuesto en el art. 51.1 de la LET, esto es “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. La causa sería pues, en términos genéricos, “la reducción del objeto de una contrata por causa independiente de la voluntad del contratista”, que llevaría aparejada la reducción del número de efectivos de la empresa, y más, como bien señala la Sala, cuando esta limita su actividad a un solo cliente. Ahora bien, dado que el despido en la normativa española, tanto el disciplinario como el individual por causas objetivas y el colectivo, requiere de causa que lo justifique, habrá que acudir al examen del caso concreto para saber si se ha respetado o no el principio de causalidad, esto es si existen razones que avalen tal reducción, o dicho en otros términos “para determinar si existe una causa adecuada y ajena a la voluntad empresarial”.

La Sala entiende que no ha quedado debidamente acreditada la existencia de las causas alegadas y que a juicio de la empresa respondían a las modificaciones de las condiciones de la prestación contractual operadas entre 2009 y agosto de 2013. La argumentación de la Sala tiene un primer enfoque formal en cuanto que critica que la empresa haya entregado un documento de 2013 que pondría de manifiesto a su parecer los cambios operados con respecto al de 2009, ya en poder de los representantes, pero que “no procediera a la realización de un cuadro comparativo de ambos documentos”, formalismo que la Sala elevará a categoría de incumplimiento del art. 124.11 de la LRJS porque supondría “la falta de acreditación de la empresa del elemento en que ha venido basando su defensa, carga que le correspondía en términos procesales”.

Ahora bien, el núcleo duro de la argumentación de la Sala a favor de la tesis de la parte demandante se basa en la toma en consideración de la mayor parte del informe pericial, al que se le dedican dos páginas del fundamento jurídico quinto, presentado por la parte actora, calificado “detallado” y en el que se argumenta de forma muy concreta que no existen las causas alegadas por la empresa, y ello se hace a partir de los propios datos ofrecidos por la misma, poniendo de manifiesto que se produciría, con las prestaciones contractuales comparadas de los años 2009 y 2013, un incremento de los servicios a prestar por parte de la empresa” en algunos departamentos (dirección y administración, gestión de la construcción, control de materiales y transportes) y “las mismas prestaciones a desarrollar en los restantes departamentos afectados por la medida colectiva”. A juicio de la Sala, la cuidada argumentación de la prueba aportada por la parte actora no pudo ser desvirtuada por las alegaciones de la empresa sobre “modulaciones en los tiempos de prestación de las órdenes de trabajo” a partir del establecimiento de un plan en los términos recogidos en el hecho probado cuarto, dado que no se aportó, para desvirtuar la tesis de la parte actora, un estudio de la incidencia concreta del plan en cada departamento, y destacando la Sala que el mismo iba “dirigido específicamente al departamento de ingeniería civil, donde ciertamente se produjo la mayor parte de los ceses”.

Consecuentemente, y dentro del fundamento jurídico sexto, en el que la Sala efectúa una buena síntesis de todo lo anteriormente expuesto, se concluye con la inexistencia de causas que avalen jurídicamente la decisión empresarial, dado que tales causas “no se desprenden de la modificación de las prestaciones contractuales que la contratista se

obliga a prestar”, ni tampoco pueden basarse en las modificaciones que llevaron al ERE de 2010 y la empresa no ha acreditado la existencia de “elementos que acreditasen el surgimiento de nuevas modificaciones”.

5. En suma, una sentencia agrídulce para los afectados, muchos de los cuales, me consta, estaban esperanzados en la declaración de nulidad de la decisión empresarial y que ahora siguen luchando para obtener la readmisión por parte de la empresa, al margen de cuál sea en su día la decisión del TS.

Buena lectura de la sentencia.

## **II. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.**

### **6. Sentencia del TSJ de Aragón de 10 de diciembre de 2012.**

En la revista [“Jurisdicción Social”](#) de Jueces para la Democracia correspondiente al mes de junio, el magistrado especialista del TSJ de Cataluña, Carlos Hugo preciado, publica un “Prontuario de despidos colectivos” que permite tener conocimiento de gran parte (no me atrevo a decir que de todas, dado que creo que se trata de un documento de permanente actualización) de las sentencias dictadas en materia de ERES a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral. Tras la lectura del documento compruebo que había olvidado, y les puedo asegurar que de forma totalmente involuntaria, al TSJ de Aragón en mis comentarios de sentencias de los TSJ en el blog. Aunque sea con retraso, y de manera más esquemática que para otros análisis, efectúo un breve comentario de tres sentencias, dos de ellas además con puntos de conexión.

En primer lugar, [la sentencia de 10 de diciembre de 2012](#), que versa sobre la demanda interpuesta por los representantes de los trabajadores solicitando la nulidad y subsidiariamente la declaración de no ajustada a derecho de la decisión empresarial, tratándose de una empresa del sector de peluquería, siendo desestimada. Las alegaciones de la demanda versaron sobre la falta de buena fe empresarial durante el período de consultas, la no entrega de toda la documentación debida, la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y, como característica específica de este caso, “la intención de la empleadora de modificar su actividad económica continuándola a través del sistema de franquicias” (consta efectivamente en los hechos probados que la empresa propuso a los trabajadores la venta del negocio, “pasando a ser franquiciados cada uno de los centros de trabajo...”, pero sólo fue aceptada por una trabajadora). Tras la celebración del período de consultas y la falta de acuerdo, la empresa procedió a la extinción de la totalidad de los contratos.

Con relación a los fundamentos de derechos, hemos de reparar en la fecha de inicio de la tramitación del ERE, 15 de octubre de 2012, por lo que era de aplicación el art. 51 de la LET, en la nueva redacción dada por la Ley 3/2012, y el RD 801/2011, además de la Directiva de la UE de 1998 sobre despidos colectivos. La Sala pasa revista a la normativa vigente, aunque también se refiere, “a efectos ilustrativos” al nuevo marco reglamentario previsto en el RD 1483/2012, con cita de alguna sentencia del Tribunal Supremo y de la propia Sala sobre la importancia del procedimiento de consultas y la negociación de buena fe, no constatando falta de buena fe por parte de la empresa, ya que queda acreditado que presentó la documentación económica, alegó los motivos que le obligaban a adoptar tan drástica decisión, “y ninguna de las partes realizó

contrapropuesta alguna”. Obsérvese, en consecuencia, el tono formalista que adopta la Sala para validar la decisión empresarial.

La Sala ha de responder a la alegación de la demandante de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y en primer lugar pasa revista a la jurisprudencia del TS sobre los elementos que deben darse para poder demostrar su existencia y evitar “el enmascaramiento de una empresa real tras la formalidad de personalidades diferenciadas”, concluyendo que no se ha probado su existencia. En fin, la Sala concluye que no puede entrar a valorar cómo pretende cambiar la empresa su actividad económica (yo matizaría esta tesis diciendo que sí puede entrar si se hubieran dado los incumplimientos que la Sala considera inexistentes), y acude en su apoyo a la sentencia de 2 de marzo de 2009 del TS, en la que se defiende que “no nos incumbe a los tribunales de justicia hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”.

### **7. Sentencia del TSJ de Aragón de 18 de diciembre de 2.012.**

[La sentenciade 18 de diciembre](#) del TSJ de Aragón versa también sobre la petición de nulidad, y subsidiariamente de no ajustada a derecho, de la decisión empresarial de extinción de 14 de los 15 contratos de los trabajadores de la plantilla, con alegaciones de incumplimiento de los trámites del período de consultas, la existencia de un grupo de empresas y la inexistencia de las causas aducidas por la empresa para justificar la medida, siendo desestimada. Como cuestiones interesantes a destacar de los hechos probados, queda constancia de la existencia de un delegado de personal con el que se inicia el procedimiento del ERE, que es sustituido poco después, por razones de enfermedad, de una comisión ad hoc integrada por tres trabajadores de la empresa, y que durante el año anterior la empresa había aplicado, de manera parcial, un ERE de suspensión de contratos.

La Sala analiza en primer lugar si concurren o no las causas de nulidad alegadas por la parte demandante, con estudio de la normativa vigente en el momento del inicio del ERE, y se detiene, al igual que en la sentencia anterior, en la doctrina del TS sobre cómo debe entenderse el período de consultas y qué implica la buena fe negocial. Nuevamente con aplicación formalista de las normas, la Sala concluye que sí existió período de consultas y que se negoció de buena fe por parte empresarial, no aceptando las quejas de la demandante por haberse aquella mantenido en su posición inicial de cierre, ya que, siempre según la Sala, la situación de pérdidas de la empresa “no deja margen para discutir otra cosa que el cumplimiento de los requisitos legales y las consecuencias económicas del cierre de la empresa, ahora en situación preconcursal, por lo que los trabajadores no contemplaron ni ofrecieron alternativa a la empresa durante el período de consultas de 27 de días de duración”. La Sala se alinea así con otros TSJ respecto a la obligación impuesta a la parte trabajadora de aportar propuestas frente a la tesis empresarial, con la consecuencia de que, en caso de no ser así, la “falta de movimiento” de la empresa no llevará aparejada el incumplimiento real del período de consultas. Para la Sala, queda debidamente probada, de los datos aportados por la empresa, la existencia de una grave situación económica que justifica las extinciones contractuales.

Respecto a la alegación de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, la Sala repasa la jurisprudencia del TS al respecto, y concluye con la inexistencia de



confusión patrimonial entre la demandada y las demás empresas del grupo, ni tampoco prestación indistinta de servicios de los trabajadores ni confusión de actividades o de propiedades de caja única, ni valora como elemento a tomar en consideración para justificar la tesis de la parte demandante una importante operación patrimonial entre la empresa demandada y una tercera, realizada en 2008 y estimada fiscalmente correcta por la Inspección de Hacienda, concluyendo que la distancia temporal entre esa operación y la del inicio del ERE “impide llegar a la convicción de que la repetida operación patrimonial pudiera haber tenido alguna relación causal con la situación actual de la empresa”.

## **8. Sentencia del TSJ de Aragón de 18 de diciembre de 2012.**

En Aragón, [EL TSJ dicta otra sentencia en la misma fecha, 18 de diciembre de 2012](#), y con buena parte de los mismos codemandados, siendo la parte demandante el comité de empresa de Curbimetal SA, y solicitando la condena solidaria a todas las empresas y personas físicas codemandadas. La demanda versa sobre el incumplimiento del período de consultas y la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales. Queda constancia en los hechos probados de que dos empresas (Curbimetal y Curbiperfil) comparten domicilio social e instalaciones, y que “participan del mismo proceso productivo, en el que intervienen indiferenciadamente los trabajadores de una y otra plantilla”. Tras celebrarse el período de consultas y no alcanzarse acuerdo, la empresa procedió a la extinción de 38 contratos.

La Sala aborda en primer lugar, por la incidencia que puede tener para la resolución del litigio, la alegación de existir un grupo de empresas a efectos laborales, concluyendo, a partir de los hechos probados, en su existencia entre las dos empresas antes mencionadas, en aplicación de la doctrina del TS del “levantamiento del velo”, pero no para otra codemandada con la que sólo existen relaciones societarias de naturaleza mercantil, ni tampoco es de aplicación la responsabilidad solidaria a las personas codemandadas en su única condición de administradores societarios.

En el fundamento de derecho tercero se recoge con toda claridad esta realidad de grupo laboral: “Ambas sociedades se caracterizan, tanto en su organización interna como en su configuración exterior, por una actuación y comportamiento unitarios conforme a las directrices trazadas por su común administrador único, compartiendo actividad industrial, sede social y centro de trabajo, donde se atiende indiferenciadamente al ciclo productivo por los trabajadores de las dos plantillas y se factura de forma indistinta. Son significativos a este respecto los intercambios de material entre las dos sociedades, todo lo cual pone de relieve esa unidad de imputación jurídica que postula la demanda”.

A continuación, la Sala procede al examen del cumplimiento, o no, de los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el período de consultas, en términos muy similares a los de las sentencias anteriormente comentadas, concluyendo, tras haber quedado acreditada la existencia del grupo laboral, que la parte trabajadora no pudo disponer de toda la información debida y adecuada para negociar debidamente durante el período de consultas, por lo que se produjo una vulneración del deber de buena fe por parte empresarial. La Sala concede especial importancia a la prueba testifical practicada ex art. 97.2 LRJS, algunos de ellos ciertamente afectados por el ERE pero de los que se ha tenido en cuenta “su intervención directa y conocimiento personal de los hechos (por desarrollar su actividad profesional en los departamentos de la empresa de contabilidad,

pedidos, facturación y expediciones)”. Por consiguiente, declara la nulidad de la decisión empresarial.

### **9. Sentencia del TSJ de Aragón de 14 de enero de 2013.**

La sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Rafael M<sup>a</sup> Medina, <http://bit.ly/143hf2U> se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por tres trabajadoras de la empresa, en su condición de miembros de la comisión ad hoc, solicitando la declaración de nulidad del ERE presentado, y subsidiariamente su condición de no ajustado a derecho. Las alegaciones de la parte demandante se centraron en la falta de buena fe negocial por la empresa durante el período de consultas, falta de documentación, existencia de un grupo de empresas, y voluntad empresarial de continuar la actividad pero modificándola “a través de un sistema de franquicias”.

La Sala analiza todos los datos recogidos en hechos probado, así como también la normativa de aplicación en razón del momento de presentación del ERE (15 de octubre de 2012), y considera probada la existencia de un auténtico período de negociación, con celebración de tres reuniones y presentación de propuestas por la empresa, poniéndose el acento por la parte trabajadora en la mejora de la cuantía de las indemnizaciones pero no negando la situación de crisis empresarial.

En cuanto a la alegación de la existencia de un grupo de empresas, y el consiguiente incumplimiento respecto a la documentación a presentar, la Sala estudia la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto de grupo de empresas a efectos laborales, concluyendo que no ha quedado probado, “ni se ha intentado siquiera”, la existencia de alguno de los indicios necesarios para poder plantear la teoría del levantamiento del velo (como por ejemplo la confusión de actividades, propiedades y patrimonio).

También queda debidamente probada para la Sala la existencia de pérdidas económicas durante tres ejercicios consecutivos, y respecto a la hipótesis de la modificación de la actividad mediante la puesta en marcha de franquicias, entiende la Sala que es una cuestión de estrategia organizativa empresarial, y que no corresponde a los tribunales “tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas, sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”.

### **10. Sentencia del TSJ de Aragón de 11 de junio de 2013.**

1. La [sentencia del TSJ de Aragón de 11 de junio](#), de la que fue ponente el magistrado Juan Molins, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la Federación de servicios a la ciudadanía de CC OO y el delegado de dicho sindicato en la empresa Sociedad Aragonesa de Gestión Medio Ambiental (SARGA) contra la misma y otros codemandados que suscribieron un acuerdo tras el período de consultas del ERE presentado por la empresa.

La empresa demandada encuentra su origen en la fusión de dos sociedades el 1 de octubre de 2012, tratándose de una empresa pública que está íntegramente participada por la Corporación Pública de Aragón SLU. Dicha fusión llevó a la necesidad de una reestructuración de la nueva empresa, negociada con los sindicatos presentes en la misma (CC OO, UGT y OSTA) y con preacuerdo suscrito el 30 de enero, en el que, junto a diversas medidas de flexibilidad interna, se acordó que la empresa extinguiría 75

contratos de trabajo, y sólo lo haría con carácter forzoso en el caso de que no hubiera un número de trabajadores voluntarios suficiente (para los que se preveían mejoras indemnizatorias sobre las legalmente establecidas), previéndose igualmente que las extinciones y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo se instrumentarían jurídicamente por la vía de los procedimientos legales regulados en los arts. 51 y 41 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#). No queda constancia en los hechos probados de si se produjo o no la ratificación del preacuerdo por los trabajadores.

A) La tramitación del ERE se inició el 22 de febrero, celebrándose once reuniones durante el período de consultas, alcanzándose un acuerdo el 21 de marzo que no contó con la aprobación de CC.OO. Votaron a favor por la parte trabajadora los representantes de UGT y OSTA y también fue suscrito por los comités intercentros de las dos empresas fusionadas (Sociedad de desarrollo medioambiental de Aragón – SODEMASA – y Sociedad de infraestructuras rurales aragonesas – SIRASA). Por lo que respecta a la extinciones contractuales el número de afectados se fijó en 87, incluyendo tanto aquellos que extinguían la relación contractual de forma voluntaria como aquellos que eran afectados por decisión de la empresa, comprometiéndose ésta a no presentar un nuevo ERE extintivo durante 2013 y 2014. En cuanto a los “criterios de valoración para la selección del personal que debía salir forzoso” se recogen con todo detalle en el hecho probado sexto, siendo el primero, y el que produjo conflictividad jurídica posterior, el siguiente: “En los departamentos de producción se tendrá en cuenta la disminución o desaparición de los ingresos y carga de trabajo en la propuesta o línea de negocio en la que las personas desempeñan habitualmente su trabajo, y será el determinante inicial para la selección de las personas que deberán ser extinguidos sus contratos...”. La aplicación de esos criterios fue tomada en consideración en el llamado “comité de valoración” integrado por los sindicatos firmantes del acuerdo y la empresa (CC OO se negó a participar), que se reunió en cuatro ocasiones durante el desarrollo del período de consultas.

Queda debida constancia en hechos probados de que la presencia de UGT y OSTA en los dos comités intercentros de las empresas fusionadas era del 47,54 y 24,59 % respectivamente, y la de CC OO del 27,86 %. También, de la situación económica deficitaria de SARGA “como consecuencia de la reducción de encargos del gobierno de Aragón” (nuevamente resalto la importancia de la regulación de los ERES en el sector público, y como decisiones del más alto nivel político inciden en la pérdida de empleos en empresas públicas, remitiéndome a comentarios y análisis efectuados en otras entradas del blog sobre los efectos de las medidas normativas de estabilidad presupuestaria y de reducción del déficit público).

B) La Sala analiza con detalle las argumentaciones de la parte demandante, que solicitó la declaración de nulidad y subsidiariamente la condición de no ajustado a derecho del ERE, pero previamente efectúa una amplia reflexión que combina el dato jurídico con la valoración social y que da a entender muy claramente cuál será la resolución final del litigio, o al menos esa es la sensación que he tenido tras leer el fundamento de derecho segundo.

La Sala manifiesta que el despido de 87 trabajadores va acompañado de la decisión de la empresa de no proceder a nuevos ERES durante dos años y el establecimiento de muchas cautelas en caso de necesidad de algún despido individual; constata (y no es sólo una reflexión jurídica) que casi el 95 % del total de la plantilla (1460 sobre 1547)

disfrutarán en virtud del acuerdo del mantenimiento de su empleo, y que de los 87 que lo pierden buena parte es con carácter voluntario, concluyendo de forma tajante (y es una muy dura crítica a la actuación jurídica de la parte demandante, que sinceramente no sé si procede hacerla por parte del tribunal) que la estimación de la demanda “supondría dejar sin efecto la voluntad de los trabajadores, expresada a través de sus representantes legales y sindicales, y con ella el citado compromiso de mantenimiento de empleo, en perjuicio de la mayoría de los trabajadores”. No rechaza (no podría hacerlo desde luego) que el sindicato impugnante tenga legitimación para impugnar el ERE si lo considera contrario a derecho y para defender los intereses de los trabajadores (no sólo de los 87 afectados sino del conjunto de la plantilla, aunque no coincida su punto de vista jurídico con el de los firmantes del acuerdo), pero tras recordar que las extinciones se han pactado con el visto bueno, “mayoritario” de los representantes legales y sindicales, e insistir en la bondad del acuerdo, manifiesta, y deja claramente abierto el camino para la desestimación de la demanda, que “se trata de una extinción contractual ontológicamente distinta de aquélla que se realiza unilateralmente por el empresario”.

La crítica medio jurídica medio social se acompaña de una nueva, más de carácter jurídico, relativa al “desorden” existente en la demanda presentada como también en las manifestaciones formuladas por la parte actora en el juicio oral.

De la argumentación de la Sala me interesa resaltar su análisis sobre la alegación de falta de buena fe negocial porque la empresa se limitó a defender, según la demandante, el acuerdo previo alcanzado, y por ello “no ha habido un verdadero período de consultas”. Hay una referencia al art. 64 la ley concursal para su posible aplicación por analogía en cuanto al acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los representantes, que permite no celebrar el período de consultas (creo que las situaciones son distintas en un concurso y en el caso de una empresa no concursada), y sostiene (manifestación sorprendente jurídicamente hablando, sino fuera porque hubo efectivamente negociación) que “no es dable sostener que no ha habido período de consultas cuando se ha alcanzado un acuerdo extintivo con los representantes de los trabajadores”. La Sala valora positivamente el período de negociaciones previo al ERE, y constata que durante el período de consultas propiamente dicho también hubo, según consta en las actas, diferentes propuestas realizadas por la parte empresarial que demuestran su voluntad de negociar. Si ello es cierto, ciertamente no habría falta de buena fe negocial, pero insisto en que no basta con que haya habido un acuerdo para afirmar con rotundidad que se ha negociado, ya que nos hemos encontrado en algunas sentencias con acuerdos alcanzados tras un sola reunión y que los tribunales han considerado vulneradores del art. 51 LET y de la normativa reglamentaria de aplicación.

La parte demandante solicitó durante el período de consultas un total de 42 documentos, además de la documentación presentada por la empresa, alegando que esta era insuficiente para conocer su situación económica. La Sala vuelve a la crítica de la demandante, calificando su pretensión de “exorbitante”, a la par que no rechaza que pueda haberse producido alguna irregularidad por parte de la empresa, pero con acogimiento de la doctrina antiformalista de la que están haciendo gala muchos tribunales en los litigios por ERES argumenta que ello no lleva por sí solo a declarar la nulidad del despido “siempre que se haya cumplido la finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas y de

conocer documentalmente la situación real de la empresa sobre la que se justifican los despidos”.

En apoyo de la desestimación de la tesis de la demandante, la Sala se apoya, en primer lugar, en el hecho de que los restantes dos sindicatos consideraron suficiente y adecuada la documentación presentada por la empresa, y en segundo término la propia Sala concluye, tras el examen de la citada documentación, que la empresa sí cumplió con los requisitos legales obligados por el art. 51 de la LET y el [RD 1483/2012](#). De la argumentación expuesta en el fundamento jurídico noveno deduzco que sí hubo irregularidades documentales, dado que las mismas carecen de virtualidad para la Sala “para llegar a la conclusión de que esta prolija documental no ha cumplido las finalidades legales”, por lo que la empresa facilitó “la información necesaria para realizar el periodo de consultas y conocer cumplidamente la situación de la empresa”, reiterando nuevamente en apoyo de su tesis por la Sala que “así ha sido reconocido por los sindicatos mayoritarios en esta empresa”. Incidentalmente, y no le doy mayor importancia pero quiero dejarlo expuesto, la Sala llega a su conclusión tras un examen de la documentación de la empresa calificado como “objetivo e imparcial”. Ninguna duda de que ello habrá sido así, como en todos los litigios de los que debe conocer un tribunal de acuerdo a la normativa vigente. ¿Era necesaria esa “concreción”?

La parte demandante alegó vulneración de derechos fundamentales, en concreto vulneración del art. 14 de la [Constitución](#) por haberse producido a su juicio discriminación en el proceso de afectación de directivos y de personal de producción, poniendo el acento en el hecho de que la empresa se reservara para los primeros la designación de los que iban a ver su relación laboral extinguida, y para los segundos en el hecho de que la medida o criterio de la carga de trabajo “constituye una distinción discriminatoria”. La misma tesis es defendida en el informe de la ITSS, pero la Sala no aceptará este planteamiento y desestimará la alegación.

Se pasa revista en primer lugar al contenido del art. 14 de la CE, analizando qué es el principio de igualdad en general y el de no discriminación por las circunstancias tipificadas, concluyendo que la razón alegada de discriminación no se encuentra incluida en el precepto, y que en todo caso podría plantearse la vulneración del principio general de igualdad. Tras recordar, nuevamente en forma de crítica al sindicato demandante, que tuvo la oportunidad de participar en la comisión de valoración para fijar los criterios y que decidió no hacerlo, la Sala considera que no es obligatorio tratar como iguales al personal de dirección (aunque no sean altos directivos) y el personal de producción, ya que “su función es distinta, ocupando un puesto superior en el organigrama empresarial, lo que justifica que la empresa pueda seleccionar unilateralmente los que van a ser despedidos” remitiendo a las demandas individuales que en su caso se planteen el debate y discusión de si la inclusión del demandante afectado es contraria o no a derecho. La tesis de la Sala me lleva a plantear, a modo de reflexión, dónde puede situar una empresa el listón profesional para seleccionar de una forma a unos trabajadores que ocupan cargos de dirección y de otra al personal de producción, siendo así que ambos colectivos regulan sus relaciones laborales por un contrato de trabajo ordinario y por el mismo convenio colectivo, o dicho de otra forma qué deberá entenderse por cargo directivo “ordinario”.

En cuanto al criterio de carga de trabajo, aplicado al personal de producción, la Sala lo considera razonable y no vulnerador del art. 14, basando su argumentación, en la que no

entra en ningún momento a responder el informe de la ITT, en que se trata de un criterio objetivo y que, y aquí sí que tiene un buen apoyo argumental la Sala, el criterio no fue decidido de forma unilateral por la empresa, como puede hacerlo al amparo de lo previsto en la normativa legal y reglamentaria vigente, sino que fue “consensuado con la representación de los trabajadores”. En cualquier caso, recuérdese que había otros varios criterios que también podían ser tomados en consideración.

Por fin, entrando en el fondo y analizando la posible existencia de las causas económicas y organizativas que la empresa pública demandada ha alegado para proceder al despido colectivo, la Sala repasa el contenido del art. 51.1 de la LET y la propia doctrina de la Sala, con amplia cita de su sentencia de 14 de noviembre de 2012, de la que me quedo con la afirmación, que considero acertada, de que “debe haber una conexión entre la situación económica negativa y la extinción de contratos de trabajo, de forma que aquélla justifique ésta”. De los hechos probados queda debidamente acreditada la situación económica negativa como consecuencia del importante ajuste presupuestario derivado de la no menos importante reducción de encargos efectuada por el gobierno autonómico en 2012 y con previsión de mayor incidencia negativa en 2013. No se trata a juicio de la Sala, en contra de la tesis de la demandante, de una situación meramente coyuntural, por lo que se cumplen los requisitos legales de existencia de pérdidas actuales y previstas, y en cuanto a las causas organizativas el hecho de la fusión de dos sociedades implica una reorganización empresarial y un exceso de plantilla para llevar a cabo las tareas asignadas (así quedó recogido en hechos probados) por lo que también se acepta. La tesis de la demandante de que una vez que haya pasado la crisis la empresa volverá a prestar los servicios que desarrollaba con anterioridad puede ser objeto de defensa, ciertamente, en el plano más político de otorgar prioridad al mantenimiento de aquellos que presta, pero en el caso concreto ahora enjuiciado se trata de una manifestación de parte que no ha servido, a juicio de la Sala, para desvirtuar las alegaciones realizadas por la empresa.

### **11. Sentencia del TSJ de Aragón de 6 de noviembre de 2.013.**

En la [sentencia dictada el 6 de noviembre por el TSJ de Aragón de 6 de noviembre](#), de la que fue ponente el magistrado Rafael M<sup>a</sup> Medina, la Sala desestima la demanda interpuesta por el Comité de Empresa de Autobuses Urbanos de Zaragoza SAU y declara ajustado a derecho el despido colectivo de 153 trabajadores. La parte demandante alegó incumplimiento del deber de negociar y también de la documentación “mínima o necesaria” para poder negociar durante el período de consultas, así como también que la causa alegada por la empresa (reducción del kilometraje de las líneas de servicio) era meramente coyuntural y no tenía un carácter estructural, además de que la decisión no era ni adecuada ni proporcional a las causas alegadas, y que no habían sido valoradas las alternativas ofrecidas por los representantes de los trabajadores.

La Sala desestima las alegaciones formales por entender que sí se han aportado los documentos legal y obligatoriamente exigidos, y que sí hubo negociación en tiempo y forma durante quince reuniones, con diversas propuestas de ambas partes. En cuanto a las razones de fondo, es decir la existencia de la causa alegada, la Sala repasa la doctrina del TS sobre los despidos objetivos desde la sentencia de 14 de junio de 1996, hasta llegar al marco normativo vigente, del que afirma que el legislador ha flexibilizado la normativa con respecto a la anteriormente vigente, ya que en todos los supuestos (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) “se ha eliminado

literalmente toda referencia a lo que anteriormente se venía denominando conexión de funcionalidad o instrumentalidad”, entre la causa y la medida, concluyendo de forma contundente (en una línea ya apuntada por la polémica sentencia del TS de 20 de septiembre), que la reforma operada “elimina los elementos de causalidad y mínima proporcionalidad de las medidas, así como su juicio de razonabilidad que toda empresa debía justificar”.

En cuanto que para la Sala ha quedado acreditada la “certeza de las reducciones del servicio público de transporte urbano de viajeros por autobús por la ciudad de Zaragoza”, existe el soporte de hecho que justifica la decisión empresarial, sin que a su juicio, de acuerdo con la tesis anteriormente expuesta le corresponda a la norma vigente “el determinar si la extinción colectiva combatida – en cuanto al número de contratos a extinguir o en cuanto a la adopción de medidas alternativas al despido – es correlativa o se corresponde con las causas productivas u organizativas alegadas”.

Como “guinda” final, la Sala deja muy claro su parecer sobre aquello que, a su juicio, no debe hacer la justicia, que es sustituir al empresario (no creo, desde luego, que eso sea lo que pretenda la reforma, en efecto, pero no es menos cierto, como he explicado y defendido en numerosos comentarios a otras sentencias del TS, AN y TSJ, que sí puede, y debe, resolver un tribunal sobre una decisión empresarial con criterios que atiendan al respeto de todos los derechos en juego, señaladamente el derecho al trabajo y el derecho a no ser despedido sin justa causa”). Acude a la sentencia del TS de 2 de febrero de 2009, y la hace suya tras recordar que han quedado acreditados “los extremos facticos del supuesto de hecho”, recordando lo que decía en dicha sentencia el alto tribunal, que “no incumbe a los tribunales de justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que encontremos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”.

### **III. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS.**

#### **12. Sentencia del TSJ de Asturias de 23 de noviembre de 2.012.**

Hay algunas sentencias del TSJ de Asturias que deben merecer nuestra atención. En concreto, se trata de dos dictadas el 23 de noviembre y una tercera del día 30 del mismo mes, todas ellas resolviendo recursos de suplicación.

[La primera](#) versa sobre el despido objetivo de un trabajador afectado por la presentación de un ERE, con comunicación del despido y explicación detallada de las razones económicas que lo han justificado a juicio de la empresa, y se plantea, al igual que en la sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de enero, si en un despido individual se puede debatir sobre la fundamentación del ERE. La sentencia de instancia desestimó la demanda y declaró la procedencia de la extinción, y en el recurso se insiste en el no respeto por parte de la empresa de requisitos formales y de fondo en la tramitación del ERE, y señaladamente por lo que ahora me interesa los criterios de selección de los trabajadores afectados.

La Sala remite a su [sentencia de 30 de octubre](#) para aceptar la validez de la documentación presentada por la empresa, pero no la de los criterios de selección, ya que el trabajador aportó indicios de discriminación, en concreto haber demandado con anterioridad a la empresa, que está no logró desvirtuar, ya que la Sala considera que la

empresa no acredita en autos qué criterios ha seguido, afirmando que “ha resultado desconocida en el proceso la verdadera voluntad empresarial en cuanto al método de elección del personal afectado por la medida extintiva”.

Particularmente interesante me resulta esta argumentación de la Sala: “La resolución de instancia, a la hora de justificar el despido, argumenta sobre la base de la libre designación que ampara a la empresa, pero ello no implica que la libre designación no pueda ser, por sí misma, discriminatoria, pues esta libertad de criterio no puede dar acogida a un resultado vulnerador de derechos fundamentales. En la presente litis, la apariencia de opción por un criterio neutro, como es la libre elección de los trabajadores que pierden su empleo, entre los que se enmarca el despido del actor, en virtud de una causa económica y de producción afectante a la plantilla, conduce a aquel resultado prohibido por el ordenamiento, a falta de la acreditación de otra razonable, necesaria y adecuada, acorde al derecho fundamental que es objeto de protección, con criterios objetivos, no relacionados con la garantía de indemnidad del trabajador despedido”. Por consiguiente, al haberse actuado de forma discriminatoria, la sentencia declara la nulidad del despido y la readmisión del trabajador.

### **13. Sentencia del TSJ de Asturias de 23 de noviembre de 2012.**

[La segundasentencia](#) merece atención por plantearse un problema sobre el período de consultas en un ERE que debe practicarse cuando se trata de una empresa concursada que presenta un ERE de extinción de contratos. En el fundamento de derecho cuarto se constata que el período de consultas entre la administración concursal y la representación de los trabajadores finaliza sin acuerdo, y al solicitarle el juzgado que aporte las actas del período de consultas (ex art. 51.2 LET) responde remitiendo a una reunión con la totalidad de los trabajadores en la que manifestaron su desacuerdo con la propuesta de ERE, “e insiste en que finalizó el período de consultas sin acuerdo entre las partes”. Ante la claridad de la situación, la Sala estima el recurso contra el auto del juzgado mercantil dado que “tal como alegan los trabajadores no ha habido aquí período de consultas, por lo que se impone acoger su recurso sin necesidad de examinar los restantes motivos del mismo”, declarando la nulidad de la decisión extintiva de la empresa, “sin perjuicio de lo que pueda decidirse en las demandas individuales que las personas trabajadoras concretamente afectadas por el despido colectivo hayan interpuesto ya o tengan intención de hacerlo...”.

### **14. Sentencia del TSJ de Asturias de 30 de noviembre de 2012.**

[La tercerasentencia, de 30 de noviembre](#), tiene como punto de especial interés la discusión sobre los efectos del impago de la indemnización en un despido objetivo, una vez autorizado el ERE por la autoridad laboral (la autorización se produce el 2 de diciembre de 2011, es decir al amparo de la normativa anterior a la reforma laboral, mientras que el despido objetivo se produce el 3 de abril de 2012). En el caso analizado no hubo acuerdo con la representación de los trabajadores ya que, aunque la parte trabajadora reconocía la difícil situación económica de la empresa, esta “carecía de la liquidez/tesorería para hacer frente al pago de las indemnizaciones que el despido colectivo comportaba para los afectados”. Igualmente es objeto de atención, y nuevamente la relación entre el despido individual y el despido colectivo se manifiesta muy estrechamente, la justificación del despido que debe exponer la empresa en la carta cuando ya se ha producido un ERE. En el caso analizado el contenido del escrito era el



siguiente: “De conformidad con lo establecido en el art. 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores le comunicamos que, procedemos a la extinción de su contrato con efectos del día de hoy 3 de abril de 2012, en base a lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores , Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en concreto, con causa en el EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO NÚMERO NUM001 , cuyo inicio de periodo de consultas fue anunciado a la autoridad laboral, con fecha 29 de febrero de 2012, y del que es plenamente conocedor”.

Con buen criterio a mi parecer, la Sala encuentra dos defectos insalvables en el escrito empresarial y que llevarán a estimar el recurso del trabajador afectado y la consiguiente declaración de improcedencia de la decisión empresarial. En primer lugar, porque la carta omite “la aportación de datos específicos e imprescindibles para que el accionante, afectado por tal decisión y disconforme con ella, pueda impugnar de un modo consistente la misma en ejercicio de la acción que contempla el artículo 124.11 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social . Tal inconcreción le coloca en una situación de indefensión que le impide articular una defensa coherente de su posición en este litigio, en el que se cuestiona y analiza la existencia, suficiencia y adecuación de unas motivaciones en las que se pretende apoyar la extinción de su contrato de trabajo”. La Sala entiende que la referencia genérica al ERE contenida en el escrito empresarial es “a todas luces insuficientes”, y tampoco acepta que los requisitos formales obligatorios según dispone el artículo 53 de la LET puedan ser omitidos con el argumento de que el trabajador “tenía conocimiento de las causas económicas y productivas concurrentes al haber recibido en las asambleas la información que sus representantes le trasladaban sobre el contenido de las negociaciones y sus resultados”. Y en segundo término, porque la empresa no abonó la indemnización a la que legalmente estaba obligada sin que hubiera una argumentación que lo justificara, exponiendo con claridad la sentencia que, dada la difícil situación económica de la empresa, “podría esta haber eludido (el pago) simplemente haciéndolo constar en la comunicación escrita, posibilidad expresamente permitida por el art. 53 de la LET”.

### **15. Sentencia del TSJ de Asturias de 19 de abril de 2.013.**

La [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 de abril](#), de la que ha sido ponente el Magistrado Luis Cayetano Fernández, y de la que tuvo conocimiento gracias al magistrado del TSJ de Cataluña Miquel Àngel Falguera, versa sobre la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el sindicato CC OO de Asturias contra la Mancomunidad suroccidental de Asturias, varios Ayuntamientos y el FOGASA. Es decir, volvemos al examen de un ERE planteado en el sector público, en el que se solicita la nulidad de la decisión empresarial de la extinción de todos los contratos de los trabajadores que prestaban sus servicios para la Mancomunidad, y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho por no concurrir las causas alegadas para la extinción.

Para la mejor comprensión del litigio, y siguiendo los hechos probados, cabe indicar que la Mancomunidad se creó por decisión de varios Concejos y al amparo de lo dispuesto en los arts. 25 m) y 44 de la [Ley 7/1985 de 2 de abril, de bases del régimen local](#), es decir, “como entidad local administrativa con plena personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines”, disponiendo de convenio colectivo propio, y que varios Concejos acordaron causar baja durante 2012 y con efectos a 31 de diciembre de ese año.

Justamente el 31 de diciembre, el presidente de la Mancomunidad comunica a la representante del personal el inicio de la tramitación del ERE de extinción para los siete trabajadores, vinculando dicha decisión al abandono de tres ayuntamientos y la solicitud formulada al Presidente para iniciar los trámites de su disolución y liquidación. Se alega que el abandono de los ayuntamientos deja reducida la Mancomunidad “a la prestación de servicios sociales”, por lo que, al dejar de prestar los servicios para los que fue originariamente creada, existen causas organizativas y productivas que obligan a proceder a darla por extinguida mediante los trámites legales de disolución jurídica y extinción de los contratos de trabajo, argumentando que buena parte de tales servicios han sido asumidos directamente por los ayuntamientos que formaban parte con anterioridad del Consorcio. Durante el período de consultas se produjo un cambio en la persona del representante del personal sin que ello afectara a la duración máxima (quince días) del período de consultas, aunque así fue solicitado por la parte trabajadora. Finalmente, el Presidente de la Mancomunidad tomó la decisión el 27 de enero de este año de proceder a la extinción de los siete contratos, quedando constancia en los hechos probados que dicha decisión se adoptó “sin que se hubiera reunido la Junta de la misma”, y que dos días antes “la Sra. Secretaria del Ayuntamiento de Allande informa al Sr. Alcalde, a petición de éste, sobre la facultad del Presidente de la Mancomunidad de acordar la medida de cese colectivo y la imposibilidad legal de asumir los trabajadores por el Ayuntamiento”.

Tras la lectura de los fundamentos de derecho podemos conocer que la demanda del sindicato sostiene la inexistencia de las causas alegadas; que no se cumplió correctamente con el trámite del período de consultas porque la empresa mantuvo inalterable su posición desde el inicio de las negociaciones y no aceptó propuesta alguna de la otra parte; que hubo un período superior al previsto por la ley entre las dos reuniones celebradas; que la decisión fue adoptada por “órgano manifiestamente incompetente”. La Sala, con buen criterio, “reordena” las causas alegadas para examinar primero las de índole formal, en cuanto que pudieran provocar la nulidad de la decisión empresarial, y posteriormente, si fuere necesario, las de fondo.

La Sala desestima las críticas vertidas sobre la falta de voluntad negociadora y el incumplimiento de los plazos reglamentariamente fijados, poniendo de relieve la dificultad jurídica que tenía la entidad pública para acoger la tesis de la parte trabajadora de integración de los trabajadores en los ayuntamientos que formaban parte del Consorcio por el obligado respeto a los principios de mérito, capacidad, igualdad y publicidad, si bien se constata que sí lo hizo un ayuntamiento en 2009; por otra parte, el no cumplimiento del intervalo de tiempo para las reuniones se debió al cambio operado en la representación del personal, por lo que no se aprecia ninguna infracción de la parte empresarial.

Más enjundia, y la cuestión ha sido también planteada en otros conflictos suscitados en las Administraciones Locales (si mal no recuerdo, también se produjo en el ERE del Ayuntamiento de Estepona), tiene la alegación de haberse dictado, y comunicado, la extinción por “órgano manifiestamente incompetente”, ya que según los estatutos del Consorcio ello correspondería a la Junta, a quien le corresponde (art. 12) “la separación del servicio del personal propio de la Mancomunidad”. Muy sutil es la argumentación de la parte demandada respecto a que esa norma se refiere al personal funcionario, tesis no aceptada por la Sala tanto por la propia dicción del citado precepto como la referencia separada a funcionarios y personal laboral de forma concreta en otros

artículos. No obstante esta vulneración de los Estatutos, la Sala entiende que no procede la declaración de nulidad prevista a estos efectos por el art. 62.1 b) de la [Ley 30/1992](#) cuando la decisión se adopta por “órgano manifiestamente incompetente”, acudiendo a una interpretación (diferente en la forma pero no en el fondo de otros conflictos de ERE en el sector público) que dicha decisión queda “sanada” o “convalidada” por el hecho de que todos los miembros de la Junta comparecieran en el acto de juicio y sostuvieran “expresa o tácitamente” lo decidido por aquel, argumento que es suficiente para la Sala para no tomar en consideración la tesis de la parte demandante de nulidad de actuaciones, “ya que en todo el expediente no puede apreciarse otro defecto de forma que determine indefensión”. Nuevamente la relación entre Derecho del Trabajo y de Derecho Administrativo aparece como relevante a los efectos de valorar la conformidad a derecho de la decisión empresarial.

Si entramos ya en las causas de fondo, la Sala sí acepta que puede presentarse un ERE por los motivos aducidos por la parte empresarial, acudiendo al párrafo primero de la disposición adicional vigésima de la [LET](#), incorporada por la reforma laboral de 2012, que hace referencia a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y remite a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c) de la LET. Hubiera sido interesante, pero no lo he encontrado en la sentencia, una respuesta más fundamentada a la alegación de la parte demandante sobre la inexistencia de las causas productivas en el párrafo segundo de dicha disposición y por consiguiente la imposibilidad de su alegación tesis aceptada en alguna otra sentencia de TSJ pero rechazada también en otras por entender, y así lo alegó la Mancomunidad, que se trataba “de un olvido del legislador”. Insisto, por mi parte, en algo que ya he dicho y defendido en otras ocasiones: argumentar que los diputados y senadores se “olvidan” de alguna referencia normativa es una suposición difícilmente defendible desde la perspectiva jurídica y mucho más cuando estamos en presencia, en muchas ocasiones, de personas con conocimientos jurídicos y que cuentan con el apoyo de los servicios jurídicos de las Cámaras.

Donde falla el razonamiento de la parte demandada, y ello provocará que su decisión se considere no ajustada a derecho por la Sala, es en la necesidad de disolución y liquidación del Consorcio, con la consiguiente extinción de los contratos de su personal, para que después los ayuntamientos que la han abandonado, y que son codemandados, “decidan qué hacer con ellos”. Porque con esta decisión es la que crea la propia causa de los despidos sin que existiera aún las razones que pudieran justificarla. Una cosa es el abandono del consorcio por los ayuntamientos, otra la disolución y liquidación del consorcio, y otra (que debe producirse en su caso con posterioridad) es la extinción de los contratos, y por decirlo con las propias palabras de la sentencia, de acuerdo a lo dispuesto en los art. 51 de la LET y 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), “La causa debería ser la modificación, pérdida o extinción de los servicios, bien por haberlos asumido otra entidad o haberse remodelado la manera de prestarlos..., pero no advierte la demandada que ella provocó como consecuencia de su acto lo que quiere ofrecer como causa. Los servicios que prestaban los trabajadores (que no son sólo los aludidos en la memoria explicativa) están ahí, sin que se sepa que se va a hacer con ellos, pero sólo porque la sociedad se desmiembra y se aboca a la disolución”. La extinción debe producirse, en su caso, cuando se produzca la disolución de la comunidad según lo dispuesto en el art. 37 de sus Estatutos. Aquí, la relación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil es también clara y evidente.

## **16. Sentencia del TSJ de Asturias de 5 de julio de 2013.**

Los despidos colectivos derivados de ERE en la minería han llegado también ante el TSJ de Asturias, en virtud de tres demandas interpuestas contra despidos operados en varios centros de trabajo radicados en dicha Comunidad Autónoma. Todas ellas están fechadas a 5 de julio, con número de recurso 31, 32 y 33/2013, respectivamente, siendo distintos los magistrados ponentes para cada una: Jesús M<sup>a</sup> Martín, María Vidau y José Alejandro Criado, respectivamente.

[La primera sentencia \(recurso 31/2013\)](#) se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por UGT, USO y CC OO contra las empresas "Espato de Villabona SA, Coto Minero Cantábrico SA, Unión Minera del Norte SA (UMINSA)", Carbocal SA y Enermisa SA, y el eje central del debate se centró ("casi de forma monotemática," según dice la Sala), como se refleja en el fundamento jurídico cuarto, en la existencia o no "de la existencia de un funcionamiento integrado de las empresas demandadas que traspase la barrera de la simple coordinación entre sociedades", acudiendo la Sala a la doctrina ya sentada por la sentencia del TSJ de Castilla y León de 17 de abril sobre la existencia de ese vínculo y que no ha quedado desvirtuado en el litigio ahora enjuiciado por las alegaciones de las demandadas, salvo por lo que respecta a dos de las demandadas, Carbocal SA y Enemisa SA.

Al no haberse aportado la documentación del grupo durante el período de consultas, la consecuencia jurídica, al igual que en las dos sentencias ya analizadas del TSJ de Castilla y León, es la declaración de nulidad de los despidos. Al dedicar la sentencia casi exclusivamente la fundamentación jurídica en la existencia del grupo de empresa, quedan sin abordar, supongo que no haberlo considerado necesario la Sala, la alegación de las demandantes de falta de buena fe negocial por las empresa al mantener inalterada su pretensión durante el período de consultas, el vicio procedimental de negociar con los trabajadores y no con sus representantes, y la inexistencia de causa económica por estar en vigor un expediente de suspensión temporal de contratos y aún desconocerse, cuando se presentó el ERE, el marco regulatorio de las ayudas a la minería en el año 2013.

### **17. Sentencia del TSJ de Asturias de 5 de julio de 2013.**

[La segunda sentencia \(recurso 32/2013\)](#) se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por UGT y CC OO contra la mismas empresas del caso anterior, y en el fundamento de derecho undécimo se recoge un muy amplio fragmento, por el interés que tiene para la resolución del litigio ahora enjuiciado, de la sentencia del TSJ de Castilla y León de 17 de abril. Nuevamente el conflicto versa, y así lo recoge expresamente el fundamento de derecho tercero, "con carácter prioritario y también en su caso excluyente, en determinar si las empresas demandadas constituyen efectivamente un grupo de empresas a efectos laborales como se sostiene por la parte actora, lo que determinaría la obligación existente entonces para la empresa Carbocal, S.A. de haber aportado junto con su documentación contable la de esas otras empresas que forman parte del grupo empresarial".

Acreditada la existencia de grupo empresarial, no desvirtuada por las alegaciones de las demandadas, y de acuerdo a la doctrina de la sentencia citada del TSJ de Castilla y León, y también a la más reciente de la Sala asturiana de 7 de junio, la consecuencia jurídica de no haberse aportado toda la documentación del grupo en el período de consultas es la declaración de nulidad de los despidos, circunstancia que lleva a no

entrar en el examen de otras causas alegadas, como la falta de buena fe comercial de la empresa al no aceptar ninguna propuesta de la parte trabajadora, o la inexistencia de causa económica con alegación por la representación social en idénticos términos que en el recurso 31/2013.

### **18. Sentencia del TSJ de Asturias de 5 de julio de 2013.**

[Tercera sentencia \(recurso 33/2013\)](#) versa sobre el recurso interpuesto por UGT, USO Y CC OO contra las mismas empresas, pero hay una diferencia sustancial con respecto a las dos anteriores, ya que una de las empresas presentó un ERE que afectaba a un centro de trabajo de la provincia de León y a dos de la provincia de Asturias, celebrándose los períodos de consultas de forma separada por los centros de trabajo de cada provincia, y con comunicación de la empresa a la autoridad laboral estatal tanto de la presentación del ERE como de la finalización del período de consultas sin acuerdo y la fecha de efectos de los despidos a realizar.

Con aplicación estricta de las reglas de competencia funcional de la LRJS (art. 7 y 8), y con referencias a la doctrina de la AN sobre la impugnación del despido colectivo en su conjunto y que afecta al ámbito de la empresa, la Sala asturiana declara su incompetencia para conocer del litigio, “toda vez que el despido colectivo impugnado extiende sus efectos a un ámbito territorial al de una Comunidad Autónoma, al afectar a tres centros de trabajo ubicados en los territorios de esta Comunidad Autónoma y en la de Castilla y León, siendo competente funcionalmente para conocer de la controversia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional”.

Sobre la cuestión competencial recuerdo que se planteó, si bien en otros términos, en las dos sentencias dictadas por el TSJ de Castilla y León. Tal como expliqué en el comentario de la segunda sentencia, se trataba de “una interesante cuestión de competencia jurisdiccional planteada por la parte demandada, en cuanto que hay un centro de trabajo ubicado en otra Comunidad Autónoma, y que la autoridad administrativa laboral de Castilla y León remitió las actuaciones a la Dirección General de Empleo del MEySS. La cuestión se solventa a mi entender muy correctamente por la Sala al desestimar la excepción de incompetencia y entender que puede conocer de litigio suscitado, en cuanto que aquello que se ha planteado en el conflicto es única y exclusivamente un ERE para un centro de trabajo ubicado en la CC AA de Castilla y León, algo que es muy distinto del hecho de que, al haberse tramitado tres ERES y uno de ellos en otra autonomía, la autoridad laboral haya entendido que debía remitir las actuaciones a la autoridad estatal, con una afirmación jurídica clara y contundente por parte de la Sala que merece reproducirse a continuación, afirmando que el RD1483/2012 “no puede modificar las normas sobre competencias establecidas en la Ley 36/2011..., que son bien claras en el sentido de que si el despido colectivo extiende sus efectos más allá del ámbito de una Comunidad Autónoma la competencia corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente”. La Sala recuerda que la empresa hubiera podido presentar un único ERE para las tres explotaciones mineras, y en tal caso la competencia funcional hubiera sido de la AN al estar ubicado un centro de trabajo en la Comunidad Autónoma de Asturias, pero al no hacerlo la competencia funcional pertenece a la Sala que conoce de este conflicto”. Es decir, se trata de una situación jurídica diferente a la del caso resuelto ahora por el TSJ de Asturias.

## **19. Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2.013.**

Debemos prestar atención a la [sentencia del TSJ de Asturias de 20 de noviembre](#), de la que fue ponente la magistrada María Vidau. La Sala desestima la demanda interpuesta por CC OO y UGT, entendiendo que no existe grupo de empresas en aplicación de la jurisprudencia del TS y que la empresa ni ha actuado en fraude de ley ni ha vulnerado la buena fe negocial al no moverse de su posición inicial en la negociación, ya que la parte trabajadora, según la sentencia, conocía suficientemente la gravedad de la situación económica de aquella.

Sobre la concurrencia de la causa alegada para la extinción cabe destacar, como reflexión teórica de interés, la contenida en el fundamento de derecho sexto: “En la nueva redacción del precepto (art. 51.1 LET) desaparece la llamada conexión de funcionalidad entre la adopción de la medida y los objetivos perseguidos por la empresa, de modo que el enjuiciamiento ha de versar sobre la concurrencia de las causas esgrimidas por el empleador y no sobre las metas o sobre los objetivos económicos perseguidos por el empresario. Ahora bien tal control, como ha destacado la doctrina, aparte de verificar la realidad de la situación económica esgrimida, no puede perder de vista que dichas causas tienen sus consecuencias sobre un contrato de trabajo, y en consecuencia, el empresario también deberá demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva y que existe una relación causa-efecto entre aquélla situación económica negativa y la extinción acordada y no una mera secuencia temporal entre uno y otro.

En otras palabras, la mera toma en consideración de los datos empresariales (económicos, productivos, etc.) puede ser insuficiente para apreciar la concurrencia de la causa objetiva alegada ya que, como señalan las sentencias de esta Sala de 28 de diciembre de 2012 (rec.2635/2012 ) y 7 de junio de 2013 (rec. 868/2013 ), el despido objetivo no opera automáticamente a partir de tales datos, sino que es precisa una determinada conexión entre ambos elementos. Esto es, la empresa habrá de justificar que los resultados de la explotación de su negocio se concretan en pérdidas presentes o previstas o en una disminución de ingresos con la cuenta de resultados de los años precedentes o con el balance provisional del año en curso, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador, justificando la razonabilidad de la medida extintiva”.

En los mismos términos se pronuncia la sentencia de la Sala de 8 de noviembre, de la que fue ponente el magistrado Jesús M<sup>a</sup> Martín.

## **20. Sentencia del TSJ de Asturias de 14 de febrero de 2014.**

1. La [sentencia dictada el 14 de febrero](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> Eladia Felgueroso, afecta al llamado “Caso Tenneco”, que tanta atención, y tensión, ha levantado en Asturias y muy especialmente en la ciudad de Gijón y del que se puede seguir toda su tramitación en las páginas webs de las organizaciones sindicales.

¿Qué titular jurídico-social merece la sentencia? Aquí está: el período de consultas es para “mover ficha” y si no la mueves asumes el riesgo de que se declare por los tribunales que no has negociado de buena fe. Esto es lo que ha ocurrido, como veremos a continuación, aunque no quiero dejar de recordar que esta tesis no es pacífica en las

resoluciones judiciales, ya que aquello que debe demostrarse es la buena fe que va de la mano con la presentación de diversas y variadas propuestas, pero no todo los tribunales, y muy en especial en ERES del sector público, entienden que el mantenimiento de la posición inicial sea una ruptura del principio de buena fe si no se alcanza un acuerdo en la negociación. Pero, en cualquier caso y como he ido desarrollado en anteriores comentarios del blog, la estrategia negociadora de ambas partes, y señaladamente de la parte empresarial que es la que plantea el cierre de uno o varios centros de trabajo, debe ser cada vez más cuidada y rigurosa para no caer en la crítica jurídica, con consecuencias de declaración de la nulidad empresarial, de falta de buena fe en la negociación. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso ahora enjuiciado al parecer de la Sala, que estima la demanda y declara “la nulidad del despido colectivo comunicado a los representantes de los trabajadores el día 14 de octubre de 2013, declarando el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, condenando a las empresas a que procedan de inmediato a su readmisión con abono de los salarios dejados de percibir”.

2. La sentencia se dicta con ocasión de la demanda en reclamación “de otros derechos laborales” interpuesta por CC OO , UGT, USO y Corriente Sindical de Izquierdas contra las empresas TENNECO automotive ibérica SA (TAISA) y TENNECO innovación SL (TISL). El conflicto afecta a todos trabajadores de ambas en cuanto que la empresa presentó el despido colectivo a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral para cerrar ambos centros de trabajo, en escrito remitido el 14 de octubre de 2013 y reproducido en el hecho probado 3º, con alegación de causas organizativas derivadas de la crisis económica que afecta al sector de actividad en el que se insertan estas empresas (fabricación de amortiguadores de vehículos nuevos y recambios), y que lleva al grupo empresarial mercantil del que forman parte a reorganizar su actividad productiva en los distintos centros de trabajo en Europa sitios en Alemania y Polonia.

Queda debida constancia a partir del hecho probado 5º de la tramitación y desarrollo del período de consultas, iniciado el 14 de octubre y finalizado el 10 de diciembre, después que ambas partes acordaran prorrogar el período cuya fecha de finalización legal era el 14 de noviembre. En cuanto a la composición de la parte trabajadora, cabe destacar que el centro de trabajo de TISL no disponía de representación legal del personal, por lo que sus trabajadores acordaron designar como representantes en la comisión negociadora al comité de empresa de TENNECO. Constan en las actas, y así se recoge en los hechos probados, las diversas propuestas de las partes, si bien siempre con un dato inamovible sobre la mesa negociadora por parte de la representación empresarial, cuál era el cierre de los centros de trabajo asturianos, circunstancia que conllevó una clara tensión en la negociación por la negativa de la parte trabajadora a su aceptación, con críticas a la mala fe empresarial durante el período de consultas por ocultarles información y sólo aceptar la elaboración de un informe por un experto independiente mucho después de la petición, así como también a la actitud de la empresa porque, según rezan textualmente las actas, “cerráis nuestra planta de Gijón y ampliáis una fábrica en Polonia”. Es realmente interesante, y muy ilustrativo, el seguimiento de las reuniones para comprobar cuál era la estrategia empresarial y como los trabajadores trataban de demostrar que la medida adoptada no tenía base económica alguna y que había otro tipo de medidas posibles que implicarían una racionalización de la actividad productiva con el mantenimiento de la misma en Asturias.

La decisión de la empresa de extinción de los contratos de trabajo se adoptó el 17 de diciembre, previéndose un plazo de ejecución de las diversas extinciones hasta el 31 de marzo de este año. Por lo que respecta al informe emitido por la Inspección de Trabajo cabe destacar que consideró que el plazo para negociar se había sobrepasado y que ello implicaba la caducidad del procedimiento (tesis que parece olvidar la aceptación en sede judicial de las posibles prórrogas si queda debidamente probado que existió acuerdo entre las partes a tal efecto), y que la posición de la empresa durante el trámite de consultas, y esto sí me interesa resaltarlo porque va a ser un dato determinante en la resolución del tribunal, fue inamovible, es decir “cerrar el centro de trabajo, sin contemplar ninguna otra alternativa, rechazando la planteada por los trabajadores y rechazando también las sugerencias que, para la viabilidad de la planta, hizo el experto independiente (SECAFI)”.

3. La Sala debe pronunciarse sobre la petición de nulidad, ya que caso de aceptación no procederá entrar en el fondo del conflicto, y señaladamente sobre la falta de voluntad negociadora por la parte empresarial, con falta de respeto al principio de buena fe negocial. La Sala pasa revista en primer lugar al marco normativo legal vigente, el art. 51.2 de la [LET](#) y la obligación de que el período de consultas debe versar “como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...”. A continuación, acude a la interpretación judicial del precepto citado efectuada por la [sentencia del TS de 27 de mayo de 2013](#), así como también a la realizada por el [TSJ del País Vasco de 11 dediciembre de 2012](#), y se plantea si la actuación empresarial ha respetado el marco normativo y la interpretación judicial, ya que justamente la tesis de las partes demandantes es la contraria, argumentando tanto en la demanda como en el acto del juicio, y así se recoge en el fundamento de derecho segundo, que “la empleadora acudió al periodo de consultas sin moverse un ápice de las pretensiones contenidas en la comunicación de inicio del procedimiento de despido, habiendo decidido de forma inquebrantable cerrar los centros de trabajo de Gijón y extinguir los contratos de trabajo de 216 trabajadores, considerando dicha cuestión como definitiva e innegociable, limitándose a las medidas sociales de acompañamiento, prejubilaciones, pero eludiendo cualquier posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y el cierre de la empresa...”.

Reiterando por mi parte, una vez más, la importancia del contenido de las actas del proceso negociador durante el período de consultas, la Sala procede a su detallado análisis y examen, en las que se constata que la tesis del cierre de los centros de trabajo fue inamovible durante todo el período de consultas y que la misma había sido decidida mucho antes del inicio del período de consultas, en decisión adoptada por el grupo empresarial, con lo que es claro que “no se plantea una negociación real en el período de consultas, sino un hecho definitivo y no susceptible por tanto de negociación alguna”. No hubo, a juicio de la Sala, un “auténtico proceso negociador” que cumpliera con las exigencias no sólo de la normativa estatal sino también de la directiva comunitaria y de la jurisprudencia del TJUE, es decir no hubo buena fe negocial, y de ahí que se haya producido un fraude ley por la parte empresarial “porque no ha existido propiamente un período de consultas”, trayendo a colación la [cuidada doctrina de la AN en sentencia de 28 de octubre de 2013](#) y su explicación respecto a qué debe entenderse por fraude de ley, con apoyo en la jurisprudencia del TS y la aceptación prevalente de que el elemento fundamental del fraude “consiste en la intención maliciosa de violar la norma”. Cuando una de las partes no mueve ficha o no se sale del guión inicial, cuando no formula propuestas que permitan, siquiera sea a efectos de negociación, plantear la



hipótesis de cambiar la propuesta inicial, no se está cumpliendo con lo dispuesto en la normativa vigente, y como ello es lo que ha ocurrido en el presente supuesto, los despidos han de declararse nulos por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 51.2 de la LET en relación con el art. 124.11 de la LRJS. Por consiguiente, una vez declarada la nulidad, no procede ya entrar en las restantes alegaciones formuladas en la demanda.

#### **IV. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES.**

##### **21. Sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 9 de abril de 2.013.**

La [sentenciadictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares el 9 de abril](#) va en la misma línea que la dictada por el TS de 8 de julio de 2012. Es decir, la cuestión a debate versa sobre el cómputo de las extinciones contractuales por amortización de puesto de trabajo dentro del número indicado en el art. 51 de la LET para la tramitación de las extinciones contractuales por la vía colectiva, y más exactamente sobre el alcance de este párrafo del artículo 51.1: “Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco”. La sentencia estima el recurso de suplicación del trabajador cuyo contrato fue extinguido y declara la nulidad del despido y la inmediata readmisión del trabajador, y lo hace tras tomar en consideración la doctrina sentada por la citada sentencia del TS y que la lleva a acoger “un criterio diferente” del mantenido con anterioridad.

Hay un debate muy interesante, ya que nos referimos a una empresa del sector público autonómico, entre las similitudes y diferencias de la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo y la del trabajador que ocupa una plaza de interinidad por vacante. Hay un párrafo de la sentencia que merece destacarse por cuanto refleja muy bien la nueva doctrina: “cuando lo que se produce es la amortización de puestos de trabajo la extinción de tales relaciones laborales no debe transitar por iguales caminos, pues mientras los contratos de interinidad por vacante, al estar sometidos a término, pueden extinguirse por las causa establecidas en el artículo 49 b) o c) ET., para la extinción de los contratos indefinidos no fijos, precisamente por tratarse de contratos no sometidos a término, debe acudir a los procedimientos legalmente establecidos para la extinción de contratos derivados de causas económicas, técnicas o productivas, dependiendo de cuales sean las concretas causas que justifican la reducción de la plantilla y, en todo caso, abonando las correspondientes indemnizaciones”.

Además, la Sala manifiesta que la obligación de acudir a la extinción objetiva en casos de contratos indefinidos no fijos es aún más predicable a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral y de la nueva regulación de los despidos en el sector público con la nueva disposición final vigésima de la LET. Por consiguiente, sí hay que acudir en casos como el planteado en el conflicto a la tramitación prevista por el art. 51 de la LET, al ser la contratación indefinida no fija un supuesto claramente diferenciado de la extinción por amortización de vacante, y de ahí que “para proceder a la extinción del contrato de la demandante por razones económicas, que es lo que subyace tras la supresión de la descentralización de la actividad de gestión de calidad en la isla de Ibiza, debió acudir al procedimiento de despido colectivo regulado en el artículo 51 ET, habida cuenta del número de trabajadores afectados por la medida empresarial y el total

de los trabajadores que ocupaba la entidad demandada y al no haberse hecho así es evidente que nos encontramos ante un despido”, despido que es nulo por haberse superado los umbrales fijados en el art. 51 de la LET y no haberse seguido el procedimiento obligado para un despido colectivo, nulidad a la que también se refiere el art. 124 de la LRJS.

## **V. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS CANARIAS.**

### **22. Sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 19 de diciembre de 2.012.**

La sentencia dictada por el [TSJ de Canarias, de 19 de diciembre, que estima la demanda interpuesta por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO contra el ERE presentado por el ayuntamiento de La Oliva](#), declara la nulidad de la extinción de 46 contratos y “con derecho de los trabajadores a la reincorporación a sus puestos de trabajo, de conformidad a lo previsto en los apartado 2 y 3 del art. 123 LRJS..”.

La sentencia tiene especial interés por tratarse de la segunda (al menos hasta donde mi conocimiento alcanza) dictada en ERES presentados por ayuntamientos, tras la primera del TSJ de Andalucía el pasado mes de septiembre en el ERE del Ayuntamiento de Estepona, y los puntos a debate son el contenido de la documentación a presentar por la Corporación para justificar las extinciones, por una parte, y la voluntad de llevar a cabo un auténtico proceso negociador durante el período de consultas, debiendo destacarse que el ERE se presenta el 11 de junio de 2012, se cierra el período de consultas sin acuerdo el 11 de julio, y el día 25 del mismo mes se comunica a la representación de los trabajadores la extinción de los contratos.

Según consta en el hecho probado primero la Corporación presentó, en el inicio del período de consultas, una memoria explicativa de la decisión de extinguir 46 contratos de un total de 255 trabajadores asalariados del ayuntamiento, y la solicitud del informe a la representación laboral. En cuanto a los criterios utilizados para seleccionar los trabajadores afectados, tenían que ver con puestos de trabajo no incluidos en la RPT, la supresión de servicios no obligatorios, y “titulación, antigüedad y edad”. Es importante destacar, al referirnos al cumplimiento o no de los requisitos formales previstos en la normativa, que la autoridad laboral requirió al ayuntamiento, entre otros documentos, para que presentara las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, mientras que por parte de aquel se aportó “certificación de la interventora con las cuentas de los cuatro últimos años”, de cuyos contenidos se obtiene una sucinta, pero suficiente a mi parecer, información en los hechos probados cuarto, quinto y sexto. Por la parte trabajadora se formularon propuestas detalladas, que constan recogidas en el hecho probado séptimo, sobre la adopción de distintas medidas que permitirían corregir la difícil situación económica de la Corporación y que evitarían los despidos (mejora de la gestión de los ingresos, reducción de diversas partidas del presupuesto , prejubilaciones, reducción de jornada, transformaciones de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial,...) Todas las propuestas fueron rechazadas por la parte empresarial con los argumentos que se recogen en el mismo fundamento jurídico.

La parte demandante alegaba la nulidad del ERE por los defectos formales en su tramitación, y de forma subsidiaria la declaración de inexistencia de la causa económica alegada y la declaración consiguiente de no conformidad a derecho de la decisión empresarial. La estimación de la primera petición llevará a no entrar en la segunda

formulada. El TSJ pasa revista, en primer lugar, a la normativa aplicable al tratarse de un ERE en una Administración Pública, es decir la nueva disposición adicional 20ª de la Ley del Estatuto de los trabajadores incorporada por el RDL 3/2012, y relaciona dicho precepto con el nuevo artículo 51 de la LET resultante de la reforma, con el art. 124 de la LRJS y de la normativa reglamentaria vigente en las fechas del ERE, es decir el RD 801/2011, interpretado/modificado por la Orden ESS/487/2012. La sentencia pone de manifiesto, a modo de obiter dicta, la dificultad de la delimitación contable de qué debe entenderse por insuficiencia presupuestaria sobrevenida durante tres trimestres consecutivos, “dada la necesaria anualidad de los presupuestos de las Administraciones Públicas” (dificultad que ha tratado de corregir el RD 1483/2012) y se remite a la disposición adicional 20ª de la LET (recuérdese que estaba en vigor el RD 801/2011, que no contemplaba la presentación específica de ERES en las Administraciones Públicas, a diferencia de cómo lo hace, y de forma detallada, el RD 1483/2012) para poner de manifiesto que el ERE debía efectuarse “en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de dichas Administraciones Públicas”.

A tal efecto (y sigo insistiendo en que no había regulación detallada para presentación documental en ERES en las AA PP) la Sala acude a la normativa reguladora propia de la Administración Local, en concreto la [OrdenEHA/4041/2004, de 23 de noviembre](#), en la que se dispone que las cuentas anuales de una Corporación Local consisten “en el balance, la cuenta de resultados económico-patrimonial, el estado de liquidación del presupuesto y la memoria”. De ahí que considere plenamente insuficiente la documentación aportada por la Corporación, consistente sólo en la memoria, en primer lugar, y en los informes de la interventora, de los que no se deduce en modo alguno la situación deficitaria alegada. El TSJ es muy crítico con el ayuntamiento y su incumplimiento de la normativa aplicable, afirmando con rotundidad que “los trabajadores despedidos no saben a ciencia cierta cuál es la situación económica de la Corporación que ha hecho necesario su cese como única y drástica medida correctora de los desequilibrios pretendidos”, y con mayor rotundidad si cabe afirma que “tan abrumadora falta de documentación contable y financiera – cuya llevanza es más exigible aún de una Administración Pública – produjo ya la más absoluta indefensión de los trabajadores, quienes se han visto afectados por una decisión determinante para sus vidas y las de sus familias sin mayor justificación”.

Los defectos formales no se paran aquí, a juicio de la Sala, sino que siguen en el período de consultas, aun cuando en puridad podemos hablar más de una mezcla de cuestiones formales y de fondo en cuanto que a la falta de documentación puede sumarse la falta de voluntad negociadora. En efecto, la Sala reprocha a la Corporación su nulo esfuerzo por buscar alternativas a las extinciones de contratos durante el período de consultas, con independencia del reconocimiento de las limitaciones que tiene una AA PP cuando negocia un ERE, pero limitaciones que no impedían, ni antes ni después de la entrada en vigor del RD 1483/2012 un esfuerzo por ambas partes, y en este caso, por la Administración Local para buscar puntos de acercamiento, algo a lo que se negó la Corporación, ya que no aceptó ninguna propuesta de la parte laboral, y de esta manera según la Sala ( y resalto aquí nuevamente la importancia del período de consultas y la negociación durante el mismo en el nuevo marco normativo de los ERES) se evidenció una absoluta falta de voluntad negociadora por parte de aquella, “únicamente encaminada a imponer rígidamente y sin cesión alguna su decisión, ya adoptada sin ofrecer alternativas ni dilucidar sobre las medidas propuestas”.

### **23. Sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 19 de diciembre de 2.012.**

Paso a continuación a exponer los contenidos más relevantes a mi parecer de la [sentencia dictada el 19 de diciembre de 2012 por el TSJ de Canarias](#) con ocasión de la demanda interpuesta por la representación unitaria de los trabajadores (Comité de Empresa) del Ayuntamiento de Galdar contra la decisión de la Corporación de proceder al despido colectivo de 46 trabajadores.

En los hechos probados se da debida cuenta de las circunstancias que motivan el ERE a juicio del Ayuntamiento, cuales son las causas económicas derivadas de “la persistente insuficiencia presupuestaria sobrevenida de la Corporación”. Queda acreditado que se celebró el período de consultas y que se formularon contrapropuestas por parte de la representación del personal a la propuesta empresarial en términos de mejora de la indemnización legalmente establecida, que fueron aceptadas sólo parcialmente por la empresa y que conllevó que no se alcanzara acuerdo en el período negociador. Debe destacarse, igualmente, que según la Memoria aportada por la Corporación el total de gastos del personal “se hallaba por encima del 80 % sobre los recursos ordinarios”, y que con anterioridad a la elaboración del plan de ajuste aprobado el 14 de junio, valorado favorablemente por la Secretaría general de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y que es el origen del ERE presentado, la Corporación había elaborado un anterior Plan de Ajuste que no había merecido el visto bueno de la autoridad estatal.

La petición de la parte demandante es la declaración de nulidad, o subsidiariamente la improcedencia, de la decisión extintiva adoptada el 7 de mayo de 2012 y con inicio de la tramitación de ERE el 10 de abril, siendo por consiguiente de aplicación el RDL 3/2012 de 10 de febrero y la normativa reglamentaria vigente en aquel momento, es decir el RD 801/2011 de 10 de junio, “interpretado” por la Orden ESS/487/2012 de 8 de marzo. En el ámbito procesal, y de acuerdo a lo dispuesto en la disposición transitoria undécima de la Ley 3/2012 de 6 de julio, el litigio debe resolverse con aplicación del art. 124 de la Ley 36/2011, de aplicación “a los despidos colectivos iniciados con posterioridad al 12 de febrero de 2012”.

La Sala desestima todos los argumentos de la parte demandante y declara ajustada a derecho la decisión de extinguir los contratos de trabajo adoptada por la Corporación. En primer lugar, el Comité alegaba existencia de fraude y abuso de derecho en la decisión empresarial, argumentando (fundamento jurídico segundo) que la extinción de los contratos, por no considerarse necesarios esos puestos de trabajo por la Corporación, era contradictoria con la decisión del Ayuntamiento de considerar a los trabajadores afectados “necesarios y no amortizables, otorgándoles incluso el derecho a funcionarizarse”, basando su argumentación en un precepto del convenio colectivo municipal, argumentación que ciertamente me sorprende si es tan clara y manifiesta, como parece por la sentencia, su no validez, en cuanto que había dos sentencias anteriores, la de instancia y de la suplicación, que habían declarado en 2010 y 2011, es decir bastante antes de la presentación del ERE, su no conformidad a derecho y habían procedido a su anulación.

Más enjuicia tiene a mi parecer el argumento de la parte demandante de la existencia de un despido nulo por fraude, en sentencia del TSJ que así lo declaró en 2011 y que afectaba a trabajadores que han sido despedidos en el ERE ahora enjuiciado, así como

también que otro colectivo afectado por la extinción ya se había visto afectado por un ERE extintivo en septiembre de 2011 y que la autoridad administrativa laboral, entonces competente para resolver el conflicto, había desestimado parcialmente. La Sala desestima este argumento con la apelación a las “nuevas circunstancias”, y a la existencia de la “normativa vigente” que ciertamente es distinta de la existente en 2011. No obstante, se echa en falta, aunque de la información facilitada en la sentencia no se puede saber si la parte demandante argumentó más extensamente dicha causa de nulidad, que el TSJ hubiera reflexionado sobre la existencia de dicho fraude y la aplicación de las reglas generales sobre el fraude de ley para llegar, en su caso, a la misma o distinta respuesta que la ahora aportada. Es cierto que parece que la situación económica del ayuntamiento era más difícil cuando se presentó el nuevo ERE, y que la reforma laboral de 2012 ha abierto considerablemente las puertas a los ERES en las AA PP, pero ello no quita a que detrás de una actuación aparentemente conforme a derecho pudiera esconderse una decisión fraudulenta por afectar a trabajadores que ejercieron sus derechos con anterioridad (garantía de indemnidad).

Respecto a la causa económica, la parte demandante basa su tesis en que la propia empresa reconoce que la insuficiencia presupuestaria no es sobrevenida y afecta a tres trimestres consecutivos, tal como regula la disposición adicional segunda del RDL 3/2012, sino que sólo es “persistente”, es decir que deriva de desequilibrios económicos generados desde tiempo atrás. La Sala entiende, con los datos recogidos en hechos probados, que nos encontramos en una situación de insuficiencia presupuestaria “sobrevenida”, con referencia a los datos económicos de los ejercicios 2010 y 2011, que son en los que se basa para entender correctamente adoptada la decisión empresarial, ya que en etapas anteriores, la contratación de trabajadores cuya extinción se adopta ahora en el ERE se debió a la favorable situación económica, “hasta el punto de que llegó a negociarse no sólo su fijeza sino también su funcionarización...”. El hecho de que la parte demandante reconociera en el acto de juicio esa difícil situación durante los dos años referenciados, junto con el informe pericial en el mismo sentido, y los datos recogidos en la auditoría de gestión realizada al ayuntamiento en fecha 29 de octubre de 2012, llevan a la Sala a concluir que se ha acreditado fehacientemente la situación deficitaria, que debe servir para dar validez a la tesis empresarial, volviendo de pasada la sentencia a la alegación del fraude para destacar, sin que entienda ahora por mi parte qué importancia puede tener, que carecen “de trascendencia alguna aquellas circunstancias previas de los trabajadores afectados”.

Una segunda causa de impugnación se basa en la presunta vulneración del art. 23.2 de la [Constitución](#), o dicho de otra forma se alega vulneración del derecho fundamental de acceso a la función pública, basando su argumentación en aquellas expectativas generadas por la regulación convencional antes citada, tesis que no puede lógicamente prosperar si el artículo en cuestión fue declarado en sede judicial no conforme a derecho, y mucho más, vuelve a insistir la Sala, si se han producido “nuevas circunstancias” que han obligado al Ayuntamiento, por causas económicas, a adoptar la decisión extintiva. Por consiguiente, tampoco puede aceptarse la petición subsidiaria de improcedencia, que a juicio de la Sala sólo podría ser la decisión no ajustada a derecho, por argumentar la inexistencia de la causa económica alegada, siendo así que la sentencia ha reconocido dicha existencia.

Dos argumentos de índole administrativa aportados en último lugar por la parte demandante son también rechazados por la Sala, relativos al momento en que se produjo

la amortización de los puestos de trabajo extinguidos en la plantilla y en los presupuestos, razonando la sentencia que sólo puede producirse la misma una vez que se ha procedido a la extinción y no con anterioridad, y a los poderes del Alcalde-Presidente de la Corporación para adoptar la decisión extintiva, con rechazo de la tesis de la necesidad de ratificación de la decisión por parte del Pleno del Ayuntamiento y que hubiera requerido, a mi parecer, de una somera referencia, como mínimo, a los preceptos de la normativa reguladora de régimen local sobre las competencias del alcalde y del pleno municipal.

En definitiva, la Sala desestima la demanda porque la actuación empresarial ha sido ajustada a derecho, o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, la Corporación “ha acreditado su situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente; ha observado todas sus obligaciones formales, y se ha prestado de buena fe a la procedente negociación en el período de consultas, con una contraoferta plasmada en el hecho probado 3º anterior, a la que se acogieron algunos trabajadores”.

#### **24. Sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 26 de febrero de 2013.**

La sentencia dictada el 26 de febrero por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de la que ha sido ponente la magistrada M<sup>a</sup> Jesús García Hernández, <http://bit.ly/ZK14Ll> resuelve el conflicto suscitado con ocasión del ERE presentado por la empresa [Gestión y Planeamiento Medioambiental \(GESPLAN\)](#), empresa del sector público autonómico. La demanda en proceso de impugnación por despido colectivo fue interpuesta por “el comité de empresa (mayoría) del centro de trabajo de la provincia de Las Palmas”, solicitando la nulidad de la decisión empresarial y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho.

Formulo algunas consideraciones sobre aquellos contenidos que me han suscitado mayor interés, y en especial el que aparece en el título de la entrada.

A) Como acabo de indicar se trata de un conflicto que encuentra su origen en la presentación de un ERE por la empresa GESPLAN SAU, de la que se explica en el hecho probado primero que “es una sociedad inscrita en el Registro Mercantil el 9 enero 1992, cuyo capital social es íntegramente de titularidad pública y tiene la consideración de medio propio, instrumental y servicio técnico de la Administración Pública, estando obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, las entidades locales canarias y las organizaciones autónomas que dependan de cualquiera de ellas, en el marco de sus respectivas competencias y funciones y en las materias que constituyen el objeto social de la empresa”. Tiene presencia en todo el territorio canario, con comités de empresa en las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas. En el [convenio colectivo de la empresa](#) se crea el comité intercentros, pero no dispone de legitimación para intervenir en ERES.

B) La comunicación del inicio del período de consultas se produjo el 9 de abril de 2012 a los dos comités citados, con la propuesta empresarial de reducir en todo el territorio insular 64 contratos, suspender 46 durante el período de un año, y aplicar una reducción del 15 % de la jornada (y consiguiente impacto salarial) al personal restante. Las causas alegadas para presentar el ERE fueron de índole productiva y económica; más exactamente, por “disminución de los presupuestos de las Consejerías del Gobierno de Canarias de los que se nutre la actividad de la empresa”, y por “disminución de la cifra

de negocio de GESPLAN y la previsión de pérdidas para el presente ejercicio”, respectivamente.

La empresa comunicó que la negociación durante el período de consultas se desarrollaría de forma separada con cada comité de empresa. Queda constancia en los hechos probados del debate sobre la posible actuación del comité intercentros como sujeto negociador del ERE por delegación de los representantes unitarios, legitimación aceptada por la empresa pero con la cautela jurídica de que la decisión se adoptara por cada comité y, además, que el posible acuerdo que se alcanzara en la comisión negociadora fuera suscrito “por la mayoría de los miembros de cada Comité de Empresa”. Que hubo conflictos sindicales en el marco del debate sobre quien debía negociar, e incluso después (no es la primera vez que estos conflictos se dan en la tramitación de los ERES con la reforma laboral de 2012, y de ello queda constancia en varias sentencias comentadas en el blog), es fácilmente perceptible tras la lectura de los hechos probados undécimo y duodécimo: si ambos comités acordaron delegar la negociación en el comité intercentros, resulta cuando menos sorprendente (pero no dispongo de más información sobre cómo se produjo el incidente) que en la reunión convocada el 17 de abril se personaran, en Las Palmas, el secretario del comité y dos de sus miembros “haciendo constar que se ausentaban al no haber sido formalmente convocados...”, y que después “La representación de GESPLAN y sus asesores mantuvieron reunión con tres miembros del Comité Intercentros y su asesor, comparecidos en la sede de la Empresa en Tenerife, a través de videoconferencia”.

Hay una relación muy completa de las propuestas y contrapropuestas presentadas por las partes durante el período de consultas, con algunas “anécdotas jurídicas” que podrían sin duda tener incidencia en la resolución judicial, como la expuesta en el hecho probado decimonoveno sobre el (no) uso de la videoconferencia para celebración de la reunión, exponiéndose que “en la reunión de 7 mayo 2012, establecida conexión por videoconferencia con Santa Cruz de Tenerife, por imposibilidad de acudir desde Las Palmas el Secretario del Comité Intercentros y la asesora legal, se retiró la conexión por orden de Gerencia “por considerar” que la reunión debía ser presencial. La repulsa de la parte social consta en las actas de 7 y 8 mayo”.

C) Si la negociación se llevó a cabo, como he explicado, con el comité intercentros, la decisión sobre la aceptación de la última propuesta empresarial se adoptó, tal como había solicitado expresamente la empresa, en asamblea de los trabajadores de cada provincia, algo que suscita una cuestión interesante desde el plano jurídico, cual es que el sujeto negociador no pueda adoptar la decisión final de aceptar o no la propuesta de la otra parte; en el bien entendido que puede salvarse, así me lo parece, la objeción formal por el hecho de que no hay una legitimación ab initio para negociar por el comité intercentros, recogida de forma expresa en el convenio, sino una legitimación parcial concedida para un supuesto concreto, y con las limitaciones expuestas, por parte de los sujetos a los que correspondería dicha negociación, los comités de empresa, en el marco de un acuerdo con la otra parte sobre los límites de dicha delegación.

En cualquier caso, lo importante a efectos de este conflicto es que los trabajadores de la provincia de Las Palmas rechazaron la propuesta, mientras que sí fue aceptada en Tenerife. Ese conflicto en el seno de los trabajadores se traslada a la mesa negociadora, o al menos así se deduce de los hechos probados, ya que a partir del momento de la “ruptura” de la parte trabajadora, justo al día siguiente de la celebración de las

asambleas, la empresa y el comité de empresa de Tenerife suscriben un acuerdo de finalización de ERE en los términos recogidos en el hecho probado vigésimo tercero, referido única y exclusivamente para dicho ámbito territorial, mientras que cinco días más tarde la empresa comunica al comité de empresa de Las Palmas su decisión final, consistente en “proceder a la extinción de 24 contratos de trabajo y a la suspensión de 42 contratos de trabajo un máximo de ocho meses de los centros de la Provincia de Las Palmas “como consecuencia de las causas económicas, productivas y de producción por las que atraviesa la empresa analizadas en el periodo de consultas”. En los posteriores hechos probados hay también una relación muy detallada de todos los documentos presentados sobre la situación económica de la empresa.

D) La Sala pasa revista en primer lugar a cuál es la normativa de aplicación al supuesto enjuiciado, que por la fecha de inicio del ERE, 9 de abril de 2012, es el RDL 3/2012 y el RD 801/2011, interpretado por la Orden ESS/487/2012. A diferencia de otros TSJ, el Tribunal canario no formula ninguna consideración sobre el mayor o menor grado, o inexistencia, de validez jurídica de la Orden citada.

E) Habiéndose alegado por el comité de empresa demandante el no respeto del art. 51.2 de la LET respecto al período de consultas, y la inexistencia de las razones aducidas por la empresa, la Sala se detiene de forma detallada en la primera cuestión planteada, con cita de la doctrina científica en más de una ocasión para fundamentar sus tesis, rechazando la tesis de la demanda, y aunque reprueba alguna actuación empresarial, como la que impidió celebrar una reunión por videoconferencia con el argumento de que se había acordado que las reuniones de la comisión negociadora serían presenciales, algo que no se ajustaba a la realidad, llega a la conclusión de que no tiene la entidad suficiente para anular el ERE, más cuando al día siguiente del conflicto se celebró una nueva reunión.

No deja la Sala de apuntar con claridad (fundamento jurídico cuarto) que los conflictos en el seno de la representación trabajadora han tenido una incidencia indudable en la resolución del litigio, conflicto al que traslada una argumentación jurídica sin duda de relevancia, ya que considera que los miembros de Tenerife sí tuvieron voluntad negociadora mientras que los de Las Palmas mantuvieron una actitud inmovilista; por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “Cuestión distinta es que en el seno del Comité Intercentros, que en principio perseguía aunar las fuerzas del banco social en un único frente común a la propuesta empresarial, existieran en la realidad dos posicionamientos diferenciados, según la provincia de procedencia de sus integrantes, destacando en las actas la voluntad negociadora real de los miembros de Santa Cruz de Tenerife frente al inmovilismo de los de Las Palmas. Diferencias que se trasladan posteriormente a cada uno de los Comités de Empresa, alcanzándose acuerdo con el de Santa Cruz de Tenerife y no con el de Las Palmas. Pero esto no significa que GESPLAN no negociara con todos los miembros del Comité Intercentros”.

F) En los fundamentos jurídicos quinto a séptimo se examinan las causas alegadas por la empresa, integrante del sector público pero que no forma parte de la Administración Pública, por lo que le es de aplicación, en la fecha del inicio del conflicto, la disposición adicional vigésima de la [LET](#) y sus arts. 51 y 52 c), todos ellos en la nueva redacción tras la entrada en vigor del [RDL 3/2012](#).



Respecto a la causa productiva, se acepta por la sentencia, acogiendo la tesis del TS sobre el impacto que tiene para una empresa de servicios “la pérdida o disminución de encargos de actividad”, que implica “una reducción del volumen de producción contratada”, y se basa en la nueva redacción de la disposición adicional vigésima de la LET para rechazar la tesis de la parte demandante de que una empresa pública “coloque productos o servicios en el mercado cual si de una empresa privada se tratara”. Y en efecto, el cambio normativo, consolidado después por la [Ley 3/2012](#) y desarrollado reglamentariamente por el [RD 1483/2012](#) es de mucha importancia por haber abierto el camino a los ERES en el sector público con aplicación de criterios semejantes a los del sector privado.

No obstante, sorprende que la Sala acepte la tesis empresarial sin una mínima mención que justifique el posible lapsus u olvido del legislador de 2012 que no incluye la causa productiva en la citada disposición adicional, cuyo texto dice lo siguiente: “A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.”.

No me resulta en absoluto convincente el argumento de la Sala de que las dudas que en otro momento pudieran plantearse con respecto a la aplicación de ERES en el sector público, y ahora en concreto por una causa productiva, queden “solventadas” en la “aclaratoria disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley”, ya que justamente lo que hizo en su momento este texto es generar inseguridad jurídica sobre si era posible o no la utilización de esta causa para acudir a un ERE en el sector público.

Añádase ahora a estas dudas que acabo de suscitar el hecho de que es la propia Sala la que reconoce, al examinar la posible existencia de causas económicas en un muy cuidado fundamento jurídico séptimo, que “ni existe una situación de pérdida actual que pueda arrastrarse de futuro, ni datos fiables sobre Ventas o Encomiendas 2012 a partir de los que proyectar gastos ajustados y visualizar pérdidas en la Empresa”.

G) En la última parte de la sentencia hay un también cuidado análisis jurídico sobre la necesidad de justificación del despido económico, con una amplia mención a la [sentencia de 18 de diciembre de 2012 de la Audiencia Nacional](#), cuyo criterio valorativo “es compartido en su integridad por esta Sala”, y la tesis de que no ha desaparecido en un ERE “la conexión de funcionalidad aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes”, es decir “a/ Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado; b/ Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir; c/ Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad”.

La Sala, al haber aceptado la existencia de causa productiva, considera que sí hay puestos de trabajo “que han perdido su utilidad económica y a los que una política de ahorro o mayor austeridad en el gasto”, que estaban en las propuestas de la parte trabajadora en el período de consultas, “no transformaría en productivos”, y previa aceptación de esta realidad pasa a examinar si era necesario y adecuado, en los términos jurídicos antes expuestos, “el sacrificio de 24 puestos de trabajo en la provincia de Las Palmas”. Tras el reexamen del período negociador y de las propuestas de la empresa, llegará a la conclusión de que la decisión empresarial no es ajustada parcialmente a derecho, con una argumentación interesante que no tiene acogida, o justamente la contraria, en otras sentencias de los restantes tribunales sobre ERES, respecto a cómo deben valorarse las propuestas hechas en el período de consultas, que ciertamente no son vinculantes para la empresa pero que sí, dice la Sala, “indudablemente constituyen importante dato a valorar por los Tribunales a efectos de resolver sobre la concurrencia de conexión funcional entre la causa objetiva y las extinciones decididas, y la razonabilidad de la medida”.

Por su importancia, y dado que aún no está disponible la sentencia, reproduzco el fragmento más destacado del fundamento jurídico octavo:

“1. La extinción de 24 contratos en la provincia de Las Palmas no es una mejora ni puede ofrecerse como tal, pese a que así resulte de una comparativa con la posición de partida (38 extinciones en la provincia), posición táctica a efectos de negociación

2. La extinción de 24 contratos en la provincia de Las Palmas, supone un retroceso en relación a la oferta final (15 extinciones en la provincia), un empeoramiento, sentando unas diferencias irrazonables e injustificadas entre sus trabajadores.

- Irrazonables, porque al afectar las causas objetivas, productiva y económica, a la Empresa en su conjunto, las medidas que se adopten han de ser homogéneas - aunque proporcionales- para todo su personal.

- Injustificadas, al no aparecer acompañadas de modificación alguna de los parámetros y magnitudes económicas en los que desde el inicio la Empresa hace descansar su determinación.

3. La decisión final al ser irrazonable constituye una suerte de sanción a los trabajadores ocupados en Las Palmas por no alcanzar acuerdo en la negociación.

La plantilla de GESPLAN está sobredimensionada, pero la decisión de extinguir 24 contratos en Las Palmas es desproporcionada una vez reconocido por la propia Empresa en el curso de las consultas que 15 extinciones bastarían para restaurar el equilibrio o correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende.

Si en Santa Cruz de Tenerife, a través de medidas de acompañamiento, se logró salvar 16 puestos de trabajo inicialmente avocados a su extinción, la decisión empresarial, para ser razonable, ha de otorgar idéntico tratamiento a Las Palmas, al ser idénticas las circunstancias.

Consecuentemente solo la decisión de extinguir 15 puestos de trabajo en Las Palmas con idénticas medidas de acompañamiento a las acordadas en Santa Cruz de Tenerife, se estima ajustada a Derecho”.

Obsérvese, por consiguiente, que la Sala aplica un criterio de “justicia equitativa” para determinar el número de trabajadores cuyos contratos deben verse extinguidos en Las Palmas, basado en la última oferta de la empresa durante el período de consultas y en el dato de la reducción del número de extinciones en el acuerdo con el comité de empresa de Tenerife desde la propuesta inicial. Más aún, la Sala califica de “suerte de sanción” la decisión empresarial, lo que ciertamente merecería un análisis más detallado de si una actuación empresarial como la descrita tiene cabida entre las causas de nulidad del art. 124 de la LRJS.

H) Es en el último fundamento jurídico de la sentencia, noveno, donde la Sala adopta una decisión de mucha importancia y que me suscita muchas dudas jurídicas de encaje en el marco normativo vigente (no sólo el actual sino el vigente en el momento en que se sustanció el conflicto).

La Sala cita textualmente el art. 124.9 de la [LRJS](#) y acepta que el precepto no contempla la posibilidad de un pronunciamiento parcialmente estimatorio, pero para la Sala ninguna duda suscita su admisión” (sinceramente, a mí me lo suscita y mucho). En apoyo de su tesis trae a la doctrina procesalista, con carácter general, y el [RD 801/2011](#), artículo 15.2, que en efecto permitía la estimación parcial de la solicitud “cuando, acreditada la causa extintiva, en la documentación obrante en el expediente no quede suficientemente justificada la razonabilidad del número de extinciones pretendido”. Sólo que hay un pequeño, o gran problema u objeción a la tesis de la Sala, cual es que el RD 801/2011 preveía esa posibilidad para un supuesto de autorización administrativa del ERE y no de resolución judicial como el que se plantea a partir de la reforma de 2012.

Repárese además en los problemas que puede plantear la ejecución de una sentencia como la examinada en esta entrada, dado que el fallo es, como queda dicho de estimación parcial, declarando la Sala “conforme a Derecho el despido por causas productivas y económicas de quince trabajadores de los centros de la provincia de Las Palmas”, y declarando “no ajustado a Derecho el despido de trabajadores en los centros de la provincia de Las Palmas en cuanto exceda de dicho número”. ¿Podrá la empresa seleccionar libremente a qué trabajadores despide? ¿Con qué criterios? ¿Será necesario presentar un nuevo ERE para despedir a 15 trabajadores con indicación de los criterios de selección afectados? Si la empresa despide a esos 15 trabajadores sin nuevo ERE, ¿habrá demandas individuales con alegación de falta de justificación de los criterios de selección? ¿Autoriza la sentencia a la aplicación parcial de un ERE y, por consiguiente, a una decisión de la empresa que, en puridad jurídica, no ha sido objeto de negociación durante el período de consultas?

Mis dudas se refuerzan aún más si reparamos que cuando la [LRJS](#) ha querido introducir, aunque sea en un procedimiento distinto, la posibilidad de que la autoridad judicial modifique la decisión empresarial así lo ha hecho de forma expresa. Tal ocurre en el art. 108, mientras que no se da la misma situación en el art. 124. Recuérdese que el art. 108, que versa sobre la calificación del despido por la sentencia dispone que “En caso de improcedencia del despido por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran

revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. La decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al artículo 238”; mientras, en el art. 124.11 sólo se dispone que “La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva”.

## **25. Sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 10 de julio de 2013.**

1. ¿Puede presentarse un Expediente de Regulación de Empleo por una causa económica que aún no está totalmente concretada en el momento de dicha presentación, y que además no depende directamente de la empresa que despide sino de otra con la que tiene contratados sus servicios? Es esta una buena pregunta, no sólo de laboratorio sino de realidad jurídica, y es una de las cuestiones que ha debido abordar la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias del 10 de julio](#), de la que ha sido ponente el magistrado Humberto Guadalupe. Tuve conocimiento de la sentencia a través de una [página web](#), y ya está publicada también en la web jurídica de [El Derecho](#), pero no se encuentra aún recogida en la base de datos del CENDOJ.

2. El conflicto del que ha debido conocer el TSJ canario tiene especial interés social ya que afecta al sector audiovisual y más concretamente a las relaciones entre las televisiones públicas y las productoras que prestan sus servicios para las mismas. Recuérdese que en el sector de las televisiones públicas autonómicas ha habido ya varios ERES, algunos sin acuerdo (TeleMadrid y Radio Televisión Valenciana) y otros que sí lo han conseguido ([Televisión de Cataluña](#)), [ya se ha dictado una sentencia](#) (en el conflicto de TeleMadrid, con declaración de no ser ajustadas a derecho las extinciones efectuadas) y está prevista próximamente la celebración del juicio por el conflicto en la televisión autonómica valenciana.

La sentencia se dicta con ocasión de la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo (art. 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), obviamente antes de la modificación efectuada por el [RDL 11/2013](#)) por la federación de servicios a la ciudadanía del sindicato CC.OO, de fecha 8 de octubre de 2012, aun cuando el juicio no se celebró, tras varias suspensiones, hasta el 27 de febrero de este año. La parte demandada es la empresa [Videoreport Canarias SA](#), que se define en su página web como “Una nueva herramienta para que nuestros clientes, proveedores y el sector audiovisual en general conozcan más de cerca la que, hoy por hoy, es la productora audiovisual de referencia en Canarias. Con más de quince años de historia a nuestras espaldas nos hemos convertido en la empresa líder con la mayor y más experta plantilla de profesionales y la infraestructura más amplia y fuerte del mercado, que dotan a Videoreport Canarias S.A. de la potencia necesaria para afrontar cualquier proyecto audiovisual en todo el archipiélago canario”, y en la que se afirma también que “es, además, el proveedor de los Servicios Informativos y continuidad de [Televisión Canaria](#)

desde el año 2008”. La sentencia estima la demanda y declara no ajustadas a derecho las extinciones contractuales llevadas a cabo mediante el ERE, habiéndose interpuesto recurso de casación por el sindicato demandante por entender que debió declararse la nulidad del ERE por falta de buena fe negocial.

3. De los hechos probados cabe destacar que la empresa demandada se constituyó en 1991 y que se dedica, entre otras, a la producción audiovisual y servicios auxiliares, difusión por cable o por ondas de señales de TV y prestación servicio de agencia de noticias. Desde junio de 2008, tras celebración de concurso público, logra la adjudicación por ocho años de la prestación de servicios a la televisión pública canaria (TVPC) para producir programas de contenido informativo y digitalización de archivos informativos. En el pliego de condiciones se estableció la subrogación de personal anteriormente prestador de servicios para TVPC. La empresa tiene dos centros de trabajo, en las islas de Las Palmas y Tenerife, y en su [convenio colectivo](#) está prevista la existencia de un comité intercentros (artículo 56: “El Comité Intercentros será el órgano de interlocución de la empresa siempre que se trate de asuntos que afecten de forma global a todos los trabajadores de más de un centro de trabajo”).

Nuevamente las medidas de estabilidad presupuestaria y necesidad de reducir el déficit público van a estar en el centro de un conflicto laboral, ya que en el programa de viabilidad 2012-2014 para TVPC, aprobado por [Orden de 15 de mayo de 2012 por la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad](#), se planteaban una renegociación del contrato con la empresa ahora demandada, para reducir costes en un 20 % sobre el presupuesto aprobado en su día. Como consecuencia de esta decisión política, TVPC comunicó a Videoreport el 9 de julio que debían suscribir un acuerdo para ajustarse a esa reducción del 20 % “no más tarde del 30 de septiembre de 2012”, y con efectos a partir del 1 de octubre. Antes del inicio del ERE propiamente dicho, el 7 de agosto, se celebraron varias reuniones entre la dirección de la empresa y la representación del personal, donde se avanzaron propuestas de reducción salarial, pero en porcentajes muy distantes entre los de la empresa y los de la parte trabajadora.

Como he dicho, se inicia la tramitación del ERE el 7 de agosto, con la comunicación a la parte trabajadora y a la autoridad laboral, y la puesta a disposición de la documentación relacionada en el hecho probado octavo, teniendo en esos momentos la empresa un total de 266 trabajadores. En la memoria explicativa se alegaban causas productivas, “reducción de la dotación económica que recibe de la TVPC y la consiguiente reducción de programas”, y económicas, como consecuencia de las anteriores, concretadas en “reducción de ingresos en el último trimestre de 2011 y los dos primeros de 2012”. Según consta en el hecho probado vigesimoprimer, los resultados de la empresa, antes de impuestos, fueron positivos en 2009, 2010, 2011 y el primer semestre de 2012. Tiene también especial interés para la resolución del litigio el hecho de que la memoria explicativa, acompañada de informe pericial, planteaba cuatro escenarios para abordar la reducción económica, y sólo en uno de ellos se alcanzaba, siendo totalmente opuesta la tesis del informe pericial de la parte demandante. Más interesante aún, a efectos jurídicos, es que el acuerdo alcanzado el 29 de octubre, al que me referiré más adelante, lleva al perito de la empresa a incorporar los nuevos datos a los distintos escenarios planteados en su documento inicial.

Queda debida constancia de las propuestas formuladas por las partes empresarial y trabajadora en la primera reunión del período de consultas, el 10 de agosto, la

modificación por parte de la empresa en la segunda reunión, el 17 de agosto, con aceptación de parte de la propuesta social “con los siguientes matices, ante la falta de concreción sobre los derechos económicos que dicen estar en disposición de suspender:...”. Durante esta segunda reunión, y lo destaco por su importancia para la resolución del litigio, la parte trabajadora pide conocer el acuerdo entre la empresa y TVPC, “a lo que la empresa responde que aún no existe”. En una negociación que más parece a tres bandas que no entre dos partes de un ERE, la empresa comunica en la tercera reunión, el 23 de agosto, que “que ha hecho saber a la TVPC que el escenario de reducción del 20% hace inviable la empresa, y que le ha transmitido como límite el 10%”. Más propuestas, o concreciones, se realizan por la empresa demandada en las reuniones del 30 de agosto y 4 de septiembre, y en esta última se pone en conocimiento de la representación del personal el documento presentado por TVPC, y una muy detallada propuesta por la parte trabajadora, con críticas a la decisión empresarial ya que sus ingresos no provienen sólo del ente público, y proponiendo que “9. En el supuesto que no haya concluido la negociación entre la TVPC y VDRC antes de la finalización del periodo de consultas y de la suscripción de los presentes acuerdos, se revisará el ajuste salarial en los términos que se establezca...”. Tras nuevas reuniones, y diferentes propuestas, el 4 y 6 de septiembre, el período de consultas se cierra sin acuerdo en la reunión del 10 de septiembre, procediendo la empresa al despido de 44 trabajadores.

El escrito de TVPC a la empresa, al que he hecho referencia con anterioridad, se recoge en su literalidad en el hecho probado decimoséptimo, con concreción de los servicios que se suprimirán “para conseguir el equilibrio económico financiero”, con especial interés para el ERE del apartado ix), ya que en este se relaciona el personal necesario para la prestación de los servicios en los términos del acuerdo renegociado, y por consiguiente “Se reducen los requerimientos de medios personales mínimos a afectar por Videoreport Canarias para la prestación de la producción y asistencia inherente a la programación de informativos, exigidos en el punto 1 del anexo 1-C del contrato...”.

Es igualmente de interés para el caso analizado el hecho de la suscripción del acuerdo de modificación del contrato de prestación de servicios por TVPC y Videoreport el día 29 de octubre, es decir bastante después de la finalización del período de consultas, de la comunicación de los despidos y también de la presentación de la demanda, con la concreción de las nuevas “reglas del juego”, más exactamente cláusulas contractuales, y su implicación en términos de necesidades de personal, disponiendo el apartado d) que se acordaba la prórroga de la duración del contrato hasta el 30 de junio de 2018. [Sobre esta prórroga se han manifestado muy críticamente el sindicato demandante, que en su página web manifestaba lo siguiente:](#) “la decisión de renovar el contrato, cuatro años antes de su cumplimiento, fue tomada unilateralmente por el director del ente, ..., sin someterla al consejo de administración, lo que a juicio de la letrada del sindicato, ... , pudiera ser constitutivo de un delito o, cuanto menos, de una irregularidad desde el punto de vista de la contratación administrativa. Según indicó la letrada, la renovación de la concesión debió ser objeto de licitación pública debido a lo elevado de la cantidad y a que no existía causa extraordinaria que motivara la prórroga cuatro años antes de que venciera”.

Por último, me interesa resaltar el dato de que las ventas de VRP a TVPC representaban “en torno al 98 % de las ventas totales”, y que la empresa tiene concertados varios préstamos con entidades de crédito, dos de ellos a amortizar en 2014.

4. Pasemos a los fundamentos de derecho, en los que la Sala analiza los motivos formales y de fondo alegados en la demanda para solicitar la nulidad de la decisión empresarial y subsidiariamente la declaración de no ser ajustada a derecho. En primer lugar, repasa la normativa aplicable al ERE por razón de la fecha de inicio, que es el art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), el art. 124.11 de la LRJS, apartado 1 y 2 del art. 6, y art. 8, del [RD 801/2011](#), y a continuación entra en el análisis de las argumentaciones formales y de fondo de la demandante.

A) Se alegó que el período de consultas no se había llevado a cabo en los términos previstos en la normativa de aplicación, tesis rechazada por la Sala, en planteamiento formalista, dado que en los hechos probado se ha acreditado la celebración de nueve reuniones, a las que habría que añadir las cuatro anteriores celebradas con carácter informal, en las que se presentó la documentación prevista por la normativa. La Sala llega a esta conclusión tras exponer con anterioridad cuándo se entiende por la doctrina que se ha infringido esta requisito (ej.: no ajustarse al contenido mínimo, no acompañar la memoria explicativa,...), y concluye que ninguno de los supuestos se da en el presente caso.

B) La parte demandante alegó que no se había presentado la documentación prevista por la normativa de aplicación (RD 1801/2011, “reinterpretado” por la [OrdenESS/487/2012](#), cuyo valor ha sido rechazado por el Tribunal Supremo en su [sentencia de 27 de mayo](#)). La Sala rechaza esta tesis por entender que la documentación presentada, según consta en hechos probados, cumple los requisitos legales, además de haber presentado información adicional solicitada por la parte trabajadora, valorando la actuación abierta de la empresa en orden a la entrega de documentación, incluso con exceso a mi parecer, con esta frase: “llegándose al extremo de entregar el mismo día 4.9.2012 la carta que el mismo día se recibió de la TVPC”. A mi parecer, era lógico que la empresa aportara esa carta, dado que apoyaba las razones aducidas para presentar el ERE, y no se trataba en modo alguno de una discrecionalidad o magnanimidad por parte empresarial, dado que las causas productivas y económicas se basaban justamente en la reducción impuesta por TVPC a VRP, pendiente de concretar cuando se inició la tramitación del ERE.

C) También se alegó falta de buena fe negocial por la empresa. La Sala repasa primero el marco jurídico, con mención expresa a la [Directiva de 20 de julio de 1998 sobre despidos colectivos](#), acude a la doctrina del TS, y en concreto a su [sentencia de 16 de noviembre de 2012](#) para destacar la importancia que adquiere esta negociación, recoge el parecer de la doctrina laboralista, más exactamente de la profesora Remedios Roqueta, y finalmente efectúa una excelente síntesis sobre todo aquello que han dicho los tribunales sobre el concepto de buena fe y cómo debe aplicarse en un proceso negociador. Tras este largo análisis previo del concepto y contenido del deber de buena fe negocial, la Sala rechaza la tesis de la parte demandante, pues entiende que ha quedado debidamente acreditado que hubo una negociación seria y responsable, con diferentes propuestas sometidos a consideración durante el desarrollo del período de consultas. No acepta la tesis de la parte trabajadora de que la negociación “era un montaje mientras se negociaban otras cosas con la TVPC”, por entender que en cualquier caso la intención de la empresa era reducir el impacto de la medida de reducción del precio del contrato, con la consiguiente incidencia sobre la negociación del ERE, ni cree que hubiera mala fe por la empresa por aportar la carta de TVPC el día 4 de septiembre cuando la negociación del ERE estaba en su recta final, “pues siendo cierta la fecha, ello lógicamente es ajeno a la empresa demandada”. Sobre el texto del

acuerdo alcanzado el 28 de octubre, el documento se aportó posteriormente por la empresa, no pudiendo calificar, insiste la Sala, en ningún caso de mala fe su actuación.

No es esta, ni mucho menos, la tesis de la parte demandante, tal como expone en el [comunicado](#) al que me he referido con anterioridad y que en síntesis viene a decir que la empresa estaba aparentemente negociando con los trabajadores mientras les ocultaba información sobre la marcha de las negociaciones con TVPC y la renovación y prórroga del contrato. Según la letrada del sindicato, “la mala fe de la empresa se demuestra en el hecho de que durante la negociación, Videoreport ocultó información y nunca tuvo intención de disminuir número de despedidos, aspectos que constituyen la discrepancia con la sentencia. La información que se ocultó a los trabajadores fue, precisamente, la renovación del contrato de concesión a Videoreport. Lo más grave, dijo ... , es que o bien la empresa conocía que el contrato ya lo tenía prorrogado o bien lo estaban negociando. De ninguna de esas dos posibles circunstancias se informó a los trabajadores”.

D) La Sala pasa a pronunciarse a continuación sobre la alegación de fraude de ley o abuso de derecho (arts. 6 y 7.2 del [Código Civil](#)) en la conducta empresarial. Nuevamente, con rigurosidad jurídica, repasa el marco doctrinal y los criterios jurisprudenciales, para concluir que no encuentra actuación empresarial fraudulenta o abusiva en su propuesta, durante la negociación del ERE, de reducir salarios en un 12,5 % y dejar de aplicar determinados preceptos del convenio colectivo vigente, por considerar que propuestas tendentes a evitar, o reducir, extinciones contractuales, son buenas y adecuadas en el proceso negociador, y frente a la tesis del “descuelgue ilegal” del convenio aducido por la demandante, responde tajantemente, (¿con un énfasis excesivo?) que “Nada más lejos de la realidad y del derecho; el descuelgue en la negociación de un ERE o despido colectivo es precisamente la alternativa legal para evitar o reducir los despidos, de tal forma que se sacrifican salarios a cambio de los puestos de trabajo”.

E) Prácticamente no hay referencia a la alegación de la demandante de vulneración de derechos fundamentales, dado que la Sala no encuentra que tenga relevancia para el despido enjuiciado, si bien parece deducirse, pero no lo he visto reflejado en hechos probados ni he podido leer la demanda, que pudiera haberse producido el despido de miembros de la representación de la parte trabajadora, algo que parece que se remite a la impugnación vía despido individual.

F) Desestimadas todas las alegaciones formales, la Sala entra en las argumentaciones o motivos de fondo alegados por el sindicato demandante, y nuevamente repasa la normativa aplicable, en este caso el art. 51.1 de la LET sobre el concepto de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y la disposición vigésima que permite los ERES en el sector público y con sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. Analiza a continuación las causas concretas expuestas en la memoria explicativa y los distintos “panoramas económicos” que se abren desde la Orden citada de 15 de mayo de 2012 y hasta la firma del acuerdo de renovación y prórroga de prestación de servicios el 29 de octubre. La Sala acude a la doctrina de la Audiencia Nacional sobre la justificación del despido, sobre la “conexión de funcionalidad”, “criterio valorativo que en su integridad es compartido por esta Sala”, concretada ahora, a partir de la reforma de 2012, en la superación de tres fases: “a/ Acreditar la situación económica negativa o, en su caso,



cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado. b/ Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir. c/ Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad”.

Una vez delimitado el marco teórico, legal y judicial, la Sala estudia las concretas causas argumentadas por la empresa, a las que me referido en el comentario de los hechos probados, en el bien entendido que considera que sólo hay una causa, la reducción del precio de los servicios como contrapartida de aquellos que presta, unida a la disminución de ingresos en varios trimestres, calificándola como “una causa mixta económica-productiva”, y comparto la tesis de la Sala de que muy probablemente no hubiera habido ERE si no se hubiera producido la imposición de la reducción del precio del servicio, ya que hasta ese momento la empresa “tenía una cifra positiva de negocio, con una rentabilidad en torno al 7 % según la pericial de la parte actora”. A partir de todos los datos económicos disponibles, y nuevamente con apoyo en la doctrina de la AN, manifiesta que es evidente que “con unos resultados positivos anuales en los años 2011 y 2012, con beneficios, una disminución de los ingresos como los expuestos no justifican la adopción de una medida tan drástica como la acordada, que resulta desproporcionada considerada sola en sí misma”.

Y es aquí donde cobra sentido la pregunta que me hacía al inicio de esta entrada, ya que la Sala concluye, y coincido con su tesis, que los despidos se acuerdan tras la finalización del período de consultas (10 de septiembre) “en función de una situación que no es la que al final tiene lugar en la empresa” (acuerdo con TVPC el 29 de octubre), afirmación a la que llega, y antes de justificarla, por considerar, como ya he dicho, desproporcionada la extinción de 44 contratos por la pretendida disminución de ingresos, afirmación efectuada por la Sala “porque la verdadera y última razón de los despidos es la supuesta reducción drástica y grave, según la empresa, del precio del contrato, al que se une la reducción de servicios y los graves problemas de Tesorería que harán inviable a la empresa en el 2014”, y recordando que la empresa ha planteado hasta cuatro escenarios distintos para abordar su decisión.

Sí, efectivamente, las circunstancias han cambiado desde que se inició la tramitación del ERE hasta que se produjo el acuerdo entre las dos empresas, pasando de una reducción inicialmente planteada del 20 % del precio a una final que lo sitúa por debajo del 10 %, sin que, afirma con claridad la Sala “ello se haya incorporado al resultado final del despido colectivo”. En efecto, el informe pericial empresarial pone el acento, aun incorporando estos datos en su revisión del informe inicial, que el problema fundamental para la empresa en 2012 es “las tensiones de Tesorería”. La Sala estudia todos los datos recogidos en hechos probados, en concreto los cuatro préstamos contratados y rebate la tesis empresarial con el argumento de que las llamadas “tensiones de tesorería” no pueden tener su origen en la rebaja del precio del contrato, ya que “se iban a producir de todos modos, pues en el 2014 vencen 2 créditos que solos ellos suman casi 5.000.000 € (el Sindicato tramo B y el de los socios)”. Tras un cuidado análisis de tales créditos, y de la actuación empresarial para hacer frente a los mismos, concluye que la empresa debía tener necesariamente previsiones para hacer frente al vencimiento de préstamos contratados desde 2009, con independencia de la reducción del precio del contrato, del que sólo se tiene conocimiento a partir del escrito de TVPC de 9 de julio de 2012, pero de ello no se encuentra ningún dato disponible “ni en la Memoria, ni en la pericial ni en la Addenda”, concluyendo la Sala que la reducción del

precio del contrato no puede ser la causa de la extinción de contratos (y mucho más con los cambios acaecidos desde el 9 de julio al 29 de octubre) por desproporcionada, y que cabría pensar razonablemente (buena presunción, que en cualquier caso debería pasar la prueba de los hechos) “que el empresario que actuará con la diligencia propia de un buen comerciante tendría una previsión para ello, pues de no ser así estaríamos hablando (incluso sin modificación del precio del contrato) de graves tensiones de Tesorería, como recoge la propia Addenda pericial”.

A continuación, y de forma muy didáctica, la Sala sintetiza su argumentación sobre la inexistencia de las causas alegadas por la empresa (recomiendo su lectura con mucha atención), de la que me interesa destacar que a pesar de todos los cambios habidos en el proceso de negociación entre las dos empresas, con indudable impacto positivo sobre la disminución de la reducción del precio de la prestación de servicios, la empresa demandada mantuvo su propuesta inicial. De forma igualmente muy didáctica la Sala recoge toda su argumentación, a modo de síntesis, en el párrafo final, que por su interés y claridad me permito reproducir literalmente a continuación:

“Estima la Sala que el panorama económico final de la empresa es sensiblemente distinto al que está en la base del despido colectivo, de tal forma que ha desaparecido el substrato del mismo al haber variado sensiblemente la decisión de la Comunidad que afectaba al contrato de prestación de servicios, y por tanto al no existir el que llamamos panorama primero que era el que pretendía justificar los ceses no cabe hablar de la existencia de la verdadera causa justificada económica-productiva, pues la disminución mínima de ingresos no justifica los despidos, y la modificación del precio final y los cambios del 29.10.2012 nada tienen que ver con las razones alegadas en la memoria para justificar los despidos al haber sido modificado sensiblemente el panorama económico por esta Addenda de 29.10.2012, por lo que hay que afirmar que no existe causa económica ni productiva que justifique la extinción de contratos que se pretende”.

## **26. Sentencia del TSJ de las Islas Canarias de 31 de julio de 2013.**

1. Es objeto de este comentario la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 31 de julio de 2013](#), de la que fue ponente el magistrado Humberto Guadalupe.

El interés de esta sentencia radica en que se trata de un caso más (y tengo conocimiento de pocos de ellos) de autodemanda empresarial para obtener la declaración judicial del despido colectivo llevado a cabo conforme a derecho, al amparo de la posibilidad ofrecida por el art. 124.3 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#). La parte demandante es el Patronato del Parador de Turismo de la Isla de Fuerteventura, y como parte demandada la representante de los trabajadores y el Cabildo Insular. La demanda fue presentada el 2 de mayo y el juicio se celebró el 25 de junio.

2. El conflicto encuentra su origen en la decisión del Patronato, de 8 de febrero, de iniciar la tramitación de un procedimiento de despido colectivo que afectaría a la totalidad de la plantilla. La razón aducida fue la importante reducción operada en el Presupuesto 2013 del Cabildo como aportación al Patronato, que quedó en 100.000 euros, un 76,24 % menos que el presupuesto de 2012. La tramitación del período de consultas finalizó sin acuerdo, y en los hechos probados de la sentencia se recogen de forma detallada las propuestas de las partes durante la negociación. Igualmente es

destacable el contenido del hecho probado vigésimo séptimo, en el que se afirma que “Durante los años 2008 a 2012 la gestión del Parador ha sido altamente deficitaria, de tal forma que el Cabildo ha tenido que aportar año tras año en torno a un 60% de la totalidad de los derechos económicos, equilibrando así los desfases económicos en la gestión del Hotel (informe de la intervención citado).

3. La petición de la demandante (autodemanda) se concreta la pretensión de que se declare a derecho el despido colectivo que afectó a toda la plantilla. La representación de los trabajadores, que no hizo uso de la posibilidad jurídica ofrecida por el mismo art. 124 LRJS de impugnar la decisión vía interposición de la correspondiente demanda, sí se opone ahora a la petición empresarial (hasta donde mi conocimiento alcanza de las sentencias en las que se ha presentado una autodemanda empresarial es la primera en que no hubo acuerdo previo con la representación de los trabajadores), con alegación de incumplimiento de requisitos formales.

A) El Cabildo alegó falta de legitimación pasiva, al no tratarse de trabajadores del mismo. La Sala rechaza este planteamiento, aunque lo haga al final de la sentencia y después de entrar en el examen de las alegaciones de forma y de fondo de la parte empresarial autodemandante, por entender que, efectivamente, no tiene responsabilidad en los despidos, “pero en todo caso tiene legitimación "ad procesum" pues la parte afectada le imputa responsabilidad, y de prosperar tal planteamiento estaría afectada por el pronunciamiento de la sentencia, lo que obliga a llamarla a la litis sin perjuicio de absolverla a la vista de los razonamientos antes expuestos”.

B) La Sala rechaza la alegación de falta de buena fe negocial por parte empresarial y de incumplimiento de entrega de documentación obligatoria, ya que a su parecer ha quedado debidamente probado que ha existido un auténtico período de consultas y se ha entregado la documentación a que estaba obligada la empresa, poniéndola a disposición de la parte trabajadora para que pudiera desarrollarse correctamente la negociación durante el período de consultas.

Igualmente, se desestima la petición de nulidad por entender la parte trabajadora que la negociación debió llevarse a cabo con el Cabildo por ser el personal despedido trabajadores del mismo, siendo además la cuestión planteada en la demanda y no durante el período de negociación. Ante el planteamiento de una posible única empresa esta tesis es desmontada por la Sala que razona tanto que la parte demandada “no ha hecho prueba alguna de entidad para acreditar que existe la confusión patrimonial y de plantilla que permitirían afirmar la existencia de grupo empresarial patológica”, como que no hay ningún dato que permita afirmar que los trabajadores del Parador lo son también del Cabildo, por lo que “La relación que existe entre Cabildo y Patronato es la que resulta del hecho de ser este un organismo autónomo de aquél que debe fiscalizarlo por imposición de la Ley. No hay más datos que permitan afirmar que los trabajadores del Patronato lo son también del Cabildo, lo que, además, excluye el propio art. 19 de los Estatutos de aquél cuando dispone: "La prestación de servicios laborales en el Patronato no generará derecho alguno para la adquisición de la condición de funcionario del Cabildo ni de personal laboral fijo del mismo..". No hay pues confusión de plantilla, perteneciendo los trabajadores al Patronato al serlo del Parador, donde prestan sus servicios ininterrumpidos desde hace como mínimo 22 años el trabajador con menos antigüedad y 43 años el que tiene más antigüedad”.

C) En cuanto a las alegaciones de fondo, que el Parador “nunca funcionó como Hotel Escuela, pese a ser ese el objeto según los Estatutos”, la Sala considera que este argumento no tiene ninguna relevancia para resolver el litigio, ya que aquello que importa es la existencia o no de causa económica, afirmando de forma crítica hacia la parte demandada que desde 1999 “nadie ha cuestionado el funcionamiento ni la finalidad de dicho Parador, y los primeros que no lo han cuestionado son los trabajadores, ni sus representantes que han conocido desde siempre los problemas económicos del Parador, que resultaba de la baja ocupación del mismo”.

La Sala es del parecer, y aquí aparece nuevamente la importancia de la [normativa sobreestabilidad presupuestaria](#), que como continuación de los problemas económicos de los años anteriores, “en el año 2013, la gestión económica sigue siendo deficitaria, y a ello se añade que el Cabildo, en el marco de la Ley de estabilidad presupuestaria prácticamente suprime su aportación lo que hace inviable la empresa que ya lo era pero que sobrevivía a base de las aportaciones anuales del Cabildo”. Por consiguiente, estima debidamente probada la existencia de la causa económica alegada para proceder a los despidos.

## **27. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 10 de septiembre de 2013.**

La [sentenciadictada el 10 de septiembre por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> Jesús García, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por la CSI-F contra Radio Pública de Canarias SA, Televisión Pública de Canarias SA, y Entre Público Radio Televisión Canaria, y contra la delegada de personal de unos de los centros de trabajo. Según queda recogido en los hechos probados, RTVC gestiona los servicios públicos de radiodifusión y televisión a través de las dos sociedades mercantiles públicas citadas, siendo el capital social íntegramente público y recogido en los presupuestos anuales autonómicos, siendo de destacar que “el 99% de los ingresos percibidos por RTC SA proceden del Gobierno de Canarias”, y que “la empresa carece de ingresos procedentes de actividades publicitarias” (hecho probado quinto). Constaba, en el momento del litigio, de dos centros de trabajos y cada uno contaba con un delegado de personal, perteneciendo el de Santa Cruz de Tenerife a la CSIF y el de Las Palmas de Gran Canaria actualmente a Comisiones Obreras.

Al igual que ocurrirá con conflictos suscitado en otras emisoras públicas de radio y televisión, las medidas estatales sobre estabilidad presupuestaria y su obligada traslación a los ámbitos territoriales autonómicos y locales, llevará al gobierno canario a la adopción de medidas consideradas necesarias para “cumplir con los objetivos de déficit público” establecidos para la Comunidad (economía y relaciones laborales, normas económicas y normas de Derecho del Trabajo se dan la mano, aunque las primera aprietan mucho más que las segundas), y ello se concreta para las empresas demandadas en el litigio analizado por las [Ordenes de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad de 15 de mayo de 2012, por las que se aprueban los programas de viabilidad para el período 2012-2014](#). Su necesaria aplicación llevó al administrador único de Radio Pública canaria (RPC) a iniciar la tramitación de un ERE con afectación a 11 trabajadores de su plantilla (43 trabajadores, siendo el gasto de personal el 80 % del total del presupuesto), con alegación de causas económicas por la situación negativa “producida por la existencia de pérdidas previstas causadas por la reducción de la

aportación dineraria a percibir de la Comunidad Autónoma, que genera una disminución persistente en los niveles de ingreso".

Queda constancia de la negociación con los dos representantes del personal ("a través de videoconferencia) durante siete reuniones en el período comprendido entre los días 2 y 13 de julio, con diferentes propuestas de la parte social para minimizar el alcance de la decisión, pero finalizando el período de consultas sin acuerdo y comunicando la empresa el 16 de julio la decisión de extinguir los contratos de 11 trabajadores con el abono de la indemnización legalmente prevista. Dato importante para la resolución que adoptará la Sala es el recogido en el hecho probado décimo cuarto, en el que se expone que "No consta que la Central Sindical Independiente y de funcionarios tenga afiliados en el centro de Las Palmas de Gran Canaria ni, por ende, el alcance del porcentaje de afiliación". Queda igualmente constancia de que los trabajadores despedidos del centro de trabajo de Las Palmas de Gran Canarias han presentado demandas que han dado origen a los autos seguidos ante el juzgado de los social número 4 de la ciudad.

Los fundamentos jurídicos de la sentencia son ciertamente escuetos, ya que no se va a entrar en el fondo del litigio suscitado, si había causas económicas para proceder a las extinciones contractuales, tesis rechazada por la parte demandante que solicitaba en su demanda la nulidad de la decisión empresarial por razones formales (no aportación de la documentación debida, falta de voluntad negociadora y mala fe negocial) como de fondo (falta de justificación y no razonabilidad de la decisión extintiva). Cabe también reseñar que en la ampliación de la demanda efectuada contra RTVC y TVPC, el 25 de octubre de 2012, la parte actora alegó un nuevo motivo de nulidad de la decisión empresarial, consistente en la vulneración de las reglas sobre toma de acuerdos reguladas en la Ley 8/1984 de 11 de diciembre, de radio teledifusión y Televisión en la comunidad autónoma.

Como digo, la Sala se plantea la cuestión de qué sujetos tienen legitimación activa para instar el conflicto al amparo de lo dispuesto en la normativa sustantiva entonces vigente (RDL 3/2012 de 10 de febrero) y procesal laboral (art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, en relación con el art. 17 .2 de la misma norma), esto es los representantes legales o sindicales, aceptando la presencia de las organizaciones sindicales, y no sólo de sus representantes en la empresa, por aplicación de lo dispuesto en el último precepto citado, que reconoce la legitimación activa a las que tengan "implantación suficiente en el ámbito del conflicto" y que acrediten su vinculación con "el objeto del pleito de que se trate". La Sala concluye, y este el núcleo duro de la sentencia, que el sindicato demandante CSI-F sí tiene relación con el objeto del litigio (es obvio, o así me lo parece, que la defensa de los intereses de los trabajadores afectados por un ERE es un ámbito de actuación preferente de una organización sindical) pero que no tiene "implantación en el ámbito del conflicto", ya que sólo tiene presencia en uno de los dos centros de trabajo, y en aquel en el que no tiene presencia, el de Las Palmas, la delegada de personal pertenece a otro sindicato y los trabajadores "parecen estar afiliados o próximos" al mismo sindicato (presunción extraída por la Sala, a mi parecer de manera extraordinariamente forzada, por el hecho de que el letrado que asesora a la delegada sea el mismo que lleva las demandas presentadas por los trabajadores de dicho centro afectados por el ERE). En apoyo de su argumentación, la Sala trae a colación la [sentencia del TS de 12 de mayo de 2009](#), en la que afirma, a los efectos que ahora me interesa en el comentario, que debe existir un vínculo acreditado "de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada", que "la

implantación suficiente también existe cuando posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto", y que "la mencionada vinculación habrá de establecerse en atención al ámbito de defensa de los intereses del colectivo indicado, para la que el sindicato ciñe su actuación".

No comparto la tesis muy restrictiva del TSJ canario sobre el concepto de implantación en el ámbito del conflicto y que le lleva a desestimar la demanda por falta de legitimación activa del sindicato impugnante. Por el contrario, comparto la tesis defendida por la AN en sus sentencias de 1 y 22 de abril y 12 de junio de 2013, y reproduzco ahora un fragmento del [comentario realizado a esta última](#), dictada en un conflicto que afectó a la empresa Roca Sanitarios SA, y también a [la primera](#), en el litigio suscitado por un ERE de la empresa CELSA ATLÁNTIC SA.

"b) En segundo término, se alega igualmente la falta de legitimación activa del sindicato "Colectivo Obrero y Popular" (COP), pero en este caso la tesis es desestimada. La presencia de representación en un centro de trabajo de los dos afectados es motivo suficiente a juicio de la Sala, con tesis que comparto, para entender que tiene implantación en el ámbito del conflicto, con cita de varias sentencias anteriores de la propia Sala relativas a la importancia de la participación en el período de consultas para poder después accionar en sede judicial, recordando además que dicha negociación afecta a los dos centros de trabajo con independencia de que el sindicato referenciado sólo esté presente en uno de ellos. Obiter dicta, la Sala plantea que la interpretación restrictiva del art. 124.1 de la LRJS planteada por la empresa podría llevar incluso a la falta de representatividad de los sindicatos mayoritarios, más exactamente más representativos a mi parecer, "quienes podrían, en determinados supuestos, no acreditar tampoco presencia en todos los centros afectados, lo que sucederá en múltiples ocasiones, cuando se trate de empresas complejas, en las que coexistan centros con representantes y sin representantes de los trabajadores".

Para la AN, "Consideramos, por el contrario y así lo hemos defendido en SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 22-04-2013, proced. 82/2013, que lo relevante es si el sindicato participó en la negociación del período de consultas, porque resultaría incongruente que quien negoció el despido colectivo, estuviera incapacitado para impugnarlo posteriormente, ya que la propia participación en la negociación acredita por sí sola el requisito de implantación, no pudiendo olvidarse, que el despido, aquí impugnado, afecta a dos centros de trabajo y se negoció globalmente, de manera que, el voto del representante de la COP hubiera influido para ambos centros de trabajo. Por consiguiente, probado que COP acredita tres representantes en el centro de Madrid y que participó en la comisión negociadora, está plenamente legitimado para impugnar el despido colectivo, por lo que desestimamos la excepción propuesta".

Sobre la sentencia de 1 de abril de 2013, demanda interpuesta por el Comité Intercentros de los centros de trabajo de las localidades de Urbina y Vitoria, de Celsa Atlantic contra la citada empresa y varios sindicatos, la Sala afirma lo siguiente: "Sobre las alegaciones formales de la parte demandada, en concreto la falta de legitimación activa del comité intercentros de Álava para interponer la demanda por no ser representativo de los trabajadores en todo el ámbito del conflicto, quebrando a su parecer "el principio de correspondencia exigido por la jurisprudencia", la Sala pasa revista nuevamente a los artículos de la LRJS que regulan la legitimación activa para la interposición. La Sala desestima la tesis empresarial tanto por razones formales (la

ampliación de la demanda a todos los centros de trabajo no fue objetada por la demandada) como por razones de fondo, por entender que dicha tesis impediría la impugnación por parte de sujetos representantes de los trabajadores que sí están legitimados para negociar durante el período de consultas y alcanzar acuerdos en su ámbito negociador, rechazando la exigencia empresarial de impugnación por un sujeto que se corresponda con el ámbito de todo el conflicto (aún cuando valora positivamente que el único sindicato que podía hacerlo, CC OO, se adhiriera a la demanda del comité) en cuanto que sería la propia estrategia empresarial (de la que hay que decir que parece que tiene una lógica y un objetivo bien definido y en defensa de sus intereses) la que determinaría la imposibilidad de impugnar un acuerdo si hubiera criterios diferentes entre las decisiones adoptadas (con acuerdo o sin acuerdo) en los diferentes centros, llegando a calificar de “auténtico despropósito” la tesis de la empresa. Estas son los términos exactos de la sentencia: “impugnada la medida en su conjunto, el litisconsorcio activo de todos los comités es inviable, puesto que la conclusión diferenciada de las negociaciones acredita intereses contradictorios entre ellos, por lo que, si aplicáramos mecánicamente principio de correspondencia, impidiendo la impugnación de la medida por el comité intercentros de los centros de Vitoria y Urbina, la misma quedaría blindada para su control jurisdiccional, lo que sería un auténtico despropósito”. La Sala, como cuestión procesal de no menor importancia, resalta que en las actuaciones consecuencia de la demanda se garantiza el derecho de defensa de todos los afectados, “puesto que se amplió la demanda frente al comité de empresa del centro de Laracha y los sindicatos presentes en el mismo”.

## **VI. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA.**

### **28. Sentencia del TSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012.**

La primera sentencia que debe pronunciarse sobre la petición empresarial de que su ERE se considere ajustado a derecho es la [dictada el 26 de septiembre por el TSJ de Cantabria](#), pronunciamiento positivo, ya que se estima la demanda presentada por la Sociedad para el desarrollo regional de Cantabria (SODERCAN) y se declara “ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por la empresa, previo acuerdo con los legales representantes de los trabajadores, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración”.

Recuérdese que el artículo 124.3 de la LRJS dispone que “cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 o por la Autoridad Laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de esta Ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores, y la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley”. El texto es el resultado de la incorporación de la [enmienda número 626 del grupo parlamentario popular en el Congreso de los Diputados](#) al texto del Proyecto de Ley resultante del RDL 3/2012.

La sentencia tiene particular interés por una cuestión de índole procesal. Se trata de determinar, y lo hace en sentido afirmativo, la admisión como demandados de algunos

trabajadores afectados por el ERE. La Sala entiende que se trata de una demanda formulada por la empresa, tras acuerdo en el período de consultas con la representación de los trabajadores y que la medida no ha sido impugnada por los no firmantes. Con una interpretación ciertamente bastante amplia a mi parecer del artículo 17.1 de la LRJS, y trayendo a colación el art. 13 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), se considera que los trabajadores que han solicitado personarse en la causa “son terceros para los que no está expresamente prevista una intervención principal, pero que sin embargo ostentan un interés legítimo en relación al mismo, en los términos del art. 17.1 LRJS”. Ciertamente, de acogerse esta tesis por otros tribunales, se posibilitará que trabajadores afectados por el ERE puedan personarse y ser reconocidos como terceros en el proceso, algo que a buen seguro se puede producir en todos aquellos supuestos en los que exista acuerdo entre empresa y representación del personal.

La sentencia afirma que los trabajadores personados tienen un interés legítimo, porque la sentencia que se dicta en este proceso va a producir efecto de cosa juzgada en las impugnaciones individuales, “lo que puede provocar una efectiva indefensión material, desde la perspectiva de la eventual falta de contradicción”, pero no resuelve la duda, a mi parecer, de cómo cohonstar la existencia de un proceso de carácter colectivo en el que deben participar sujetos colectivos con la posibilidad de participación de sujetos individuales. Otra cuestión interesante que, sin duda, abordará en algún momento el TS.

Por lo demás, la Sala considera debidamente probado y acreditado tanto el cumplimiento de los requisitos de forma como las razones económicas (disminución importante de la aportación presupuestaria del gobierno cántabro) alegadas por la empresa, aunque se echa en falta alguna referencia a la Directiva de 1998 de la UE. Para la Sala no hay grupo de empresas a efectos laborales, ya que del conjunto de las pruebas prácticas sólo observa elementos indiciarios atenuados de unidad de dirección, “sin que se observe ningún elemento más, como confusión patrimonial o plantilla única de trabajadores”. Sobre la normativa aplicable, y la posibilidad de presentar ERES para el personal al servicio de las AA PP, la Sala realiza un examen de las resoluciones judiciales anteriores a la reforma de 2012, destacando que iban referidas a la AA PP en sentido estricto y que quedaban al margen, por ejemplo, “las sociedades mercantiles de mayoritaria participación pública”, pero que ahora hay que estar a la nueva redacción de la disposición adicional segunda de la reforma laboral, entendiéndose por la Sala que la concreta delimitación del sector público “ha de adecuarse a lo dispuesto en el art. 2.1 y 2 de la ...Ley de Contratos del Sector Público”.

Respecto a la calificación de la decisión extintiva, interesa destacar, con independencia de la aceptación de la tesis de la empresa, que la reforma laboral (se cita el RDL 3/2012, pero la misma definición se encuentra en la Ley 3/2012) “deja subsistente únicamente la acreditación de la causa alegada, pero suprime cualquier referencia a la viabilidad empresarial o a la capacidad para mantener el volumen de empleo, así como a la conexión funcional”, y de la documentación aportada por la empresa la Sala concluye que la situación económica negativa ha quedado acreditada, no considerando de interés para el supuesto planteado que se hayan reducido las pérdidas económicas en el ejercicio económico de 2011 con respecto al de años anteriores.

En fin, donde se comprueba con toda claridad el impacto de la reforma laboral en el sector público, no sólo de la normativa laboral sino de los Reales Decretos-Leyes sobre ajustes económicos en el mismo, es la afirmación de la Sala de que la medida adoptada



por la empresa, además de cooperar a la mejora de la situación económica negativa, “se inserta en el marco de los compromisos adoptados por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, que incluyen un plan de reducción y redimensionamiento del sector público empresarial, en el que se evidencia la necesidad de realizar procesos de reducción de plantillas a fin de lograr una significativa cifra de ahorro y que, en concreto,, para la entidad SODERCAN, contemplaban la necesidad de conseguir un ahorro en costes de personal, de 1.370.000 euros.

## **29. Sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2.013.**

Paso ahora a la anotación de la [sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2013](#), de la que fue ponente la magistrada Elena Pérez.

La Sala desestima el recurso de la empresa, y el interés de la sentencia se centra a mi parecer en el debate sobre la existencia o no de un grupo de empresas a efectos laborales, tesis aceptada por la Sala tras el examen de la jurisprudencia del TS y su aplicación al supuesto de hecho. En el fundamento de derecho tercero se lee lo siguiente: “en atención al inmodificado relato fáctico de la sentencia de instancia, se evidencia que nos encontramos ante una unidad real productiva entre las empresas del grupo que han sido demandadas. Tales datos permiten inferir una apariencia externa de unidad empresarial o económica y no una mera relación mercantil propia y habitual entre empresas para la realización de determinados servicios, pues se ha declarado probada la confusión de plantillas, con prestación de servicios indistinta de los trabajadores, así como la identidad de dirección empresarial.

Como se ha dicho, conforme a la doctrina legal antes recogida, lo cierto es que no es necesaria la concurrencia de todos los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad solidaria frente a las deudas sociales, esto es, no es preciso que se pruebe la confusión de plantillas, la confusión patrimonial, la unidad de caja, la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica y el uso abusivo de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores, sino que bastará la concurrencia de las notas más relevantes, como son, la dirección unitaria del grupo y el trabajo indistinto, simultaneo o sucesivo, para las empresas del mismo, que son precisamente los datos que concurren en el presente supuesto.

Por ello, carecen de relevancia las alegaciones del escrito de recurso, en las que se alude a la insuficiencia de determinados datos, como la coincidencia de administradores y accionistas, o la existencia de publicidad del grupo. Es necesario indicar al respecto que, aunque es cierto que la valoración aislada de tales circunstancias, no permitiría considerar la existencia de un grupo mercantil con efectos laborales, lo cierto es que su consideración junto a los restantes datos indiciarios, como son la existencia de un órgano de administración único; una misma participación social; la parcial coincidencia de domicilios y de objetos sociales, que además resultan complementarios entre sí y sobre todo, el dato de la confusión de plantillas, determinan que deba declararse la existencia de un grupo empresarial con efectos laborales”.

## **VII. TRIBUNAL SUPERIOR DE CASTILLA-LA MANCHA.**

### **30. Sentencia del TSJ de Castilla – La Mancha de 19 de diciembre de 2.012.**

En mi seguimiento de las sentencias sobre expedientes de regulación de empleo en la base de datos del CENDOJ suelo consultar las voces “expedientes de regulación de empleo”, “despidos colectivos” y “conflictos colectivos”, además de hacer un seguimiento más general de las resoluciones de los distintos TSJ, AN y TS cuando dispongo de tiempo para ello, y también he encontrado algunas de ellas en la rúbrica de “despido objetivo”. Debo confesar que no se me ocurriría buscar una sentencia de un ERE en el apartado de “despido disciplinario”, porque justamente no se trata de una extinción por incumplimiento contractual sino por decisión de la empresa por causas de índole económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Pero, parece que también debería hacerlo si hemos de atenernos a la rúbrica de la [sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2012](#) (Recurso 9/2012), de la que fue ponente el magistrado José Montiel González. Así lo comprobarán quienes busquen esta sentencia en la base de datos del TSJ castellano-manchego. Supongo, o quiero pensar, que debe haber algún motivo que los justifique, pero desde luego aquello que está muy claro es que se trata de un conflicto laboral que se suscita en sede judicial con ocasión de una demanda de impugnación de “despido colectivo”, es decir basada en el artículo 51 de la [LET](#) y en la normativa reglamentaria de desarrollo, y de la procesal aplicable ([LRJS](#)), pero en modo alguno en el art. 54 de la LET.

Paso a formular un breve comentario de la sentencia, remitiendo a las personas interesadas a su lectura íntegra.

A) El conflicto versa sobre la demanda interpuesta por el comité de empresa del [Instituto Técnico Agronómico Provincial](#) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO de Castilla-La Mancha contra dicha empresa, integrada en el sector público autonómico, solicitando la nulidad de los despidos efectuados, o subsidiariamente su improcedencia.

En los hechos probados queda debida constancia de la creación del ITAP en 1986 por parte de la [Diputación Provincial de Albacete](#), con suscripción inicial del 70 % de su capital, las funciones encomendadas y los criterios sobre las subvenciones anuales por parte de la Diputación, siendo en el momento de presentación del ERE titular la Diputación del 99 % del capital social de la entidad.

También, lógicamente, se da cuenta del inicio de la tramitación del ERE para extinguir 24 contratos de trabajo, que finalmente quedaron reducidos a 17. El período de consultas se prorrogó durante una semana más del plazo máximo legalmente previsto, según se indica en el hecho probado tercero “por acuerdo entre el ITAP y la representación de los trabajadores”. La negociación se desarrolló por el comité de empresa de la entidad, si bien participó también una representante del sindicato CC OO con voz y sin voto, recibiendo la misma documentación que la empresa entregó a los miembros del Comité.

En los hechos probados también se recoge una amplia referencia al informe de la ITSS, en el que se hace constar que “se ha respetado parcialmente el procedimiento debido a la superación del máximo legal del período de consultas de 30 días naturales”, y una muy detallada explicación del déficit económico del ITAP que ha sido sufragado por subvenciones de la Diputación desde el año 2000, las pérdidas económicas, el índice de endeudamiento, la muy importante disminución de la aportación de la Diputación para el año 2012 (600.000 euros menos que en 2011), y el dato, que será relevante para la

resolución que adoptará la Sala, de que el importe de gastos de personal en 2011 “supone el 95,10 % sobre el total de ingresos y un 123 % sobre los ingresos por actividad propia de la entidad demandada”.

B) Las cuestiones suscitadas son algunas de índole formal y otras de fondo, todas ellas desestimadas por el Tribunal, cuyo fallo es “que debemos declarar y declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva decretada por la empresa demandada Instituto Técnico Agronómico Provincial (ITAP, S.A.)”.

En las primeras, cabe citar la alegación por la empresa de falta de legitimación activa del sindicato demandante, desestimada por un doble motivo: por tener una implantación del 12,07% en la empresa (número de afiliados sobre el total de la plantilla), y porque la propia empresa aceptó su presencia en la comisión negociadora; también, la superación del período máximo de consultas de treinta días naturales, desestimada porque la decisión de la prórroga se adoptó por mutuo acuerdo de las partes (después de que los trabajadores afectados así también lo pidieran), por lo que “en ningún caso puede extenderse tal causa de nulidad al hecho de haberse superado el plazo máximo de duración del período de consultas, mediando acuerdo de ambas partes negociadoras”.

La Sala tampoco considera que la empresa haya faltado al deber de buena fe negocial y que no haya aportado toda la documentación a que legalmente estaba obligada, ya que queda suficientemente probado a su juicio que se aportó toda la información obligatoria, y que hubo diferentes propuestas y contrapropuestas por las partes en el período de consultas, en especial la reducción del número de trabajadores afectados, no siendo obligatorio llegar a un acuerdo en el período de negociación. Algunas dudas sí le suscita a la Sala el cumplimiento de la fijación de los criterios de selección de los trabajadores afectados por el ERE, que califica de “no precisos” en su fase inicial pero que entiende que quedaron mejor concretados durante el período de negociación; falta de precisión, además, expone la Sala, que “no resulta ajena a la peculiar organización y contenido de la entidad demandada, que engloba servicios de muy distinta índole, desde actuaciones de mera explotación de fincas agrícolas a otras de investigación y transferencia de sus resultados a usuarios agrícolas y ganaderos, pasando por la mera gestión administrativa de la entidad...”.

C) Desestimadas las cuestiones formales, la Sala analiza con mucho detalle si concurren las causas económicas alegadas por la empresa, aunque también hiciera mención en la presentación del ERE a otras de índole organizativa y productiva pero luego no desarrolladas en la memoria.

En efecto la Sala desarrolla extensamente su análisis y estudio de la posible concurrencia de la causa económica, para concluir en sentido favorable a la tesis empresarial, tras pasar revista a la normativa aplicable y recuperar aquellos hechos probados a los que me he referido con anterioridad y que ponen de manifiesto la gravedad de la situación económica, concluyendo que de todos los datos disponibles, y probados, muy en especial la importante disminución de la aportación presupuestaria de la Diputación en 2012, “aboca a la entidad a una situación insostenible económicamente, que justifica la decisión adoptada del despido colectivo, en la medida en que los gastos de personal es la partida más gravosa en las cuentas de la entidad”.

Creo que la Sala es consciente de que cabe argumentar que si se ha sufragado el déficit de la empresa durante tantos años por parte de la Diputación podría igualmente hacerse en la actualidad y no abocar a la empresa al ERE, y es aquí donde la Sala sí hace una clara manifestación de que aquello que debe juzgar es sólo si la decisión de la empresa demandada fue conforme a derecho, y que “no compete a la Sala valorar la oportunidad de la decisión de la Diputación al establecer la disminución de la cantidad con la que se subvenciona al ITAP para su mantenimiento, ni puede compelerse a tal entidad, que además no es parte en este proceso, a que mantenga inalterable la necesaria cobertura presupuestaria por vía de subvención de esta entidad, con abstracción de las dificultades económicas o minoración de recursos financieros que pueda afectarle, puesto que aquella tiene potestad legal autónoma para determinar la estrategia en la distribución de su presupuesto y la determinación de qué concretas partidas presupuestarias son prioritarias en su mantenimiento...”.

### **31. Sentencia del TSJ de Castilla – La Mancha de 28 de enero de 2013.**

Estudio a continuación dos sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha. [la primera tiene fecha de 28 de enero](#) y se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por un delegado de personal (así consta en el hecho probado segundo, aún cuando en la introducción de la sentencia se le trate de delegado sindical) contra la empresa Ferrallas Romica SL, que versa sobre el despido a través de un ERE de 23 de los 24 trabajadores que prestaban sus servicios en la misma.

La parte demandante solicitó la nulidad del ERE por no haber cumplido a su parecer la empresa con las obligaciones previstas por la normativa vigente respecto a la documentación que ha de aportarse en el período de consultas y porque no había existido dicho período, y caso de entrar en el fondo también argumentó que no era cierta la situación económica negativa alegada por la empresa. Por la parte demandada, y destaco el dato porque me parece, por decirlo de alguna manera, curioso, su letrado manifestó que la decisión adoptada por la empresa “era ajustada a Derecho, sin más explicaciones”.

En los hechos probado se da debida, y extensa cuenta, de todos los avatares del conflicto, del que me interesa destacar la petición de la autoridad laboral el 22 de octubre de requerir a la empresa el envío del acta final del período de consulta, respondiendo cuatro días más tarde la empresa con un escrito en el que manifestaba que “la conclusión del período de consultas la había decidido ella el 23-10-12, a la vista de que el representante de los trabajadores se había negado de forma implícita, no acudiendo a reunirse con la empresa en fecha señalada, a seguir manteniendo conversaciones con la misma...”. Por cierto, a ese escrito acompañó, como otro dato “curioso”, “copia de dos actas distintas, ambas de 10-10-12, y sin firma del representante de los trabajadores..”. En cuanto al Informe de la Inspección de Trabajo de 19 de diciembre me parece demoledor: según consta recogido en el hecho probado noveno, pone de manifiesto que “en cuanto al periodo de consultas, se constata que sólo existió una reunión el 8-10; que no consta entrega a los representantes de los trabajadores de ninguna documentación justificativa de las causas que les permitiese negociar de buena fe y que, respecto de las causas económicas y de producción, con los datos aportados en el Expediente, falta documentación acreditativa de la situación tanto actual como pasada, lo que puede generar falta de información adecuada a la representación de los trabajadores sobre las causas que han dado lugar a la extinción..”.

Ante la sucinta exposición que acabo de realizar, y con los datos disponible, los lectores y lectoras creo que apostarían por la declaración de nulidad de la decisión empresarial por parte del TSJ,... y tienen razón. La Sala recuerda en primer lugar cuál es la normativa aplicable al litigio en razón de la fecha de inicio, es decir el art. 51 de la [LET](#) y el [RD 801/2011](#) reinterpretado por la [OrdenESS/807/2012](#), y en razón de la misma considera que la empresa incumplió sus obligaciones respecto a la documentación a presentar en el inicio del período de consultas, sin subsanarla debidamente en reuniones posteriores. La Sala realiza un breve, pero interesante, análisis de para qué debe servir el período de consultas, “conforme al artículo 51.2 del ET y 2.3 de la [Directiva 98/59/CE, de 20 de julio](#)”, y también efectúa una acertada referencia a la [Sentencia del TC 107/2000 de 5 de mayo](#), en la que se analiza qué debe entenderse por buena fe negociadora durante el período de consultas, concluyendo que esta implica “la disposición a negociar, no obstaculizar ni tergiversar la realidad, aunque no supone la necesidad de llegar a acuerdos concretos”. Dado que la empresa, según los hechos probados, había incumplido claramente sus obligaciones, se declara la nulidad del ERE y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo.

### **32. Sentencia del TSJ de Castilla – La Mancha de 1 de febrero de 2.013.**

Mucha más enjundia e importancia tiene la [sentencia de 1 de febrero](#), por versar sobre el conflicto suscitado por la presentación de un ERE en una empresa pública, [Gestión Ambiental de Castilla La Mancha SA \(GEACAM\)](#), conflicto del que he encontrado una amplia información, tanto jurídica como económica y social, en las redes sociales.

La demanda se interpone por la [Federación regional de Agroalimentaria de CC OO](#) y por dos representantes sindicales en la empresa, solicitando la declaración de nulidad de la decisión empresarial o, subsidiariamente, la consideración de ser no ajustada a derecho. Es importante mencionar, tal como se recoge en el hecho probado primero, que la empresa tenía 2291 trabajadores, de los que 420 eran de estructura y los restantes realizaban tareas de extinción de incendios forestales, y que los primeros se regían por un convenio (nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos) distinto del que afecta a los segundos (empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios forestales de la Comunidad Autónoma). Queda probado que la representación del personal en el período de consultas se llevó a cabo inicialmente a través de comité intercentros previsto en el segundo convenio reseñado (en el primero no estaba prevista su existencia), estando integrado por 11 representantes del personal de extinción y 2 del personal de estructura. Durante el proceso negociador, se acordó separar el proceso negociador del ERE para cada colectivo, de tal manera que en el que ha dado origen a la sentencia sólo quedó incluido el personal de estructura. En las actas del período de consultas se recoge que “la representación de UGT votó favorablemente al acuerdo al sentirse vinculada al resultado de las asambleas, y en contra el resto de representaciones (CCOO y SATIF), absteniéndose SIBF por carecer de representación en el "colegio de técnicos”.

Detengámonos un momento en el [ERE que afecta al personal de extinción, suscrito el 31 de octubre](#) y que encuentra su origen en el proceso de diálogo abierto entre las partes el 13 de agosto, al margen del ERE del personal de estructura. El acuerdo fue suscrito por todas las organizaciones sindicales a excepción de CCOO quién alegó que se habían producido irregularidades en el período de consultas y que no era conforme a derecho, [interponiendo demanda ante el TSJ, que conoció del conflicto el pasado 5 de marzo](#).

En el acuerdo se recogen tres medidas a las que pueden acceder los trabajadores afectados: acceso directo a un sistema de jubilación, recolocación diferida a empleo estable, y baja indemnizada. A los efectos de mi análisis, y del conflicto que se ha suscitado en sede judicial por CCOO y que deberá resolver el TSJ me interesa prestar atención a la segunda posibilidad; así, los trabajadores que se acogían a esta medida extinguían su vínculo laboral con la empresa, que a su vez asumía el compromiso de suscribir un “preacuerdo de incorporación como fijo discontinuo (con anterioridad eran trabajadores a tiempo completo) a partir del 1 de marzo de 2013 para cada trabajador, reconociendo el nuevo contrato “la antigüedad de origen a todos los efectos, incluso indemnizatorios, el grupo profesional y legal”, pactándose igualmente que a 1 de enero de 2016 “la empresa ofertará a los trabajadores una nueva novación contractual para retornar a la situación de trabajador indefinido a tiempo completo, en cuyo momento el trabajador podrá optar entre aceptar dicha propuesta o mantener su situación de trabajador fijo discontinuo con carácter indefinido”. En cumplimiento del acuerdo, la empresa comunicó el 27 de febrero la contratación de 1740 trabajadores afectados por el ERE y acogidos a la medida explicada.

En la demanda interpuesta por CC OO se planteó la ilegalidad de la extinción sin percibo de indemnización y porque no podía formalizarse un contrato de fijo discontinuo ya que no se trata (la actividad que realiza el personal de extinción) de un trabajo intermitente, mientras que [las partes demandadas defendieron la bondadde la media “como la única salida posible en empresas públicas si se pretendíaevitar los despidos”](#). Muy interesante el debate jurídico y social.

Vuelvo al ERE del personal de estructura y a la sentencia ya dictada el 1 de febrero por el TSJ. Las partes demandantes alegan que la decisión empresarial de extinguir 75 contratos debe declararse nula porque el proceso negociador “se ha producido por el comité intercentros sin facultades para ello”; además, se alegó que se superó el período máximo del período de consultas y que la empresa no aportó la documentación legalmente requerida respecto a los criterios a utilizar para seleccionar a los trabajadores despedidos, y también que no hubo voluntad negociadora por parte de la empresa.

La Sala rechaza las alegaciones sobre la superación del período de consultas y la no aportación de la documentación referenciada. A partir de los hechos probados, se constata el respeto de dicho período y, esta es la parte más interesante de la sentencia sobre esta cuestión, el hecho de que hubiera una reunión una vez finalizado ese plazo, fue porque las diferentes organizaciones sindicales quisieron dejar constancia pública de sus posiciones una vez celebradas las asambleas con el conjunto de los trabajadores. Con buen criterio jurídico a mi entender, la Sala, tras recordar que no hubo reparo alguno de las partes a la celebración de dicha reunión, pone de manifiesto que el hecho de que la misma fuera a los únicos efectos de “dejar constancia de las posiciones de cada representación sindical, deja bien claro que se trataba de una reunión “sin contenido negociador real y efectivo, y sin que de tal posición pudiera derivarse perjuicio alguno para las partes, o alteración de las garantías del proceso negociador”. El cierre del período de consultas ya se había producido, y no puede pedirse la nulidad basándose en una medida que las propias demandantes habían solicitado durante ese período. O si lo prefieren, dicho de otra forma, el mensaje es claro: no vale alegar contra aquello que se ha querido voluntariamente por las partes. Ciertamente, es un punto

interesante de reflexión para el debate sindical sobre el buen uso de los períodos de consulta.

Respecto a la falta de aportación de los criterios de selección, la Sala adopta un criterio no formalista, al reconocer que esos datos no se facilitaron al inicio del período de consultas (21 de junio) y que se dieron más tarde (17 de julio), si bien aparece en el hecho probado cuarto (¡otra vez la importancia de las actas!) que “no consta reparo alguno a la entrega de los criterios...”, y que a su parecer ese retraso no produjo “consecuencias dañosas amparables en este sede” ya que ha quedado probado que esta cuestión no condicionó el proceso negociador y debiendo valorarse, igualmente como dato importante a retener, “el hecho de que los trabajadores afectados no se designaban directamente por la empresa, sino que en gran medida su inclusión en las medidas extintivas dependía de la propia voluntad de los afectados al integrarse las medidas adoptadas en un plan social al que se acogían voluntariamente los trabajadores”. Sigue siendo interesante, en el análisis de las resoluciones judiciales sobre los ERES que vengo haciendo desde la primera sentencia dictada el 23 de mayo por el TSJ de Cataluña, comprobar la aplicación por regla general de criterios no estrictamente formalistas respecto al cumplimiento de los requisitos marcados por la normativa, siempre y cuando las posibles irregularidades formales que se produzcan no afecten a la buena marcha del proceso negociador, buena marcha que a veces requiere incluso, como ha constatado alguna [reciente sentenciade la Audiencia Nacional](#), de una interpretación flexible de las normas si ambas partes han posibilitado que se dé la situación objeto de litigio.

En fin, la Sala rechaza la argumentación del representante de la UGT de que no se produjo “una auténtica negociación”, criticando, suave en la forma y contundente en el fondo, que tras haberse producido un auténtico proceso negociador, debidamente acreditado en los hechos probados, se formule esta alegación en sede jurídica, “afirmación que se muestra más bien como un recurso enfático que como un argumento con base real”, ya que resulta curioso y sorprendente (esto lo digo yo, no el tribunal) que después de aceptar las tesis de la asamblea se cambie de posición poco después.

El argumento jurídico más interesante de la sentencia radica en el supuesto defecto de legitimación del comité intercentros para intervenir en el proceso negociador. Con carácter introductorio al razonamiento muy bien argumentado que le llevará a declarar la nulidad de la decisión empresarial, la Sala formula unas consideraciones generales sobre la legitimación procesal como cuestión de orden público que me parece interesante reproducir: “Es cierto que es la propia parte social la que promovió en su momento tal tipo de representación, pero nos encontramos con una cuestión de legitimación, que implica no solo la titularidad de los derechos e intereses en juego, sino también y no en menor medida, la posibilidad de hacerlos valer en la forma adecuada, mediante la participación efectiva en el proceso negociador, el respeto a la representatividad, y por ende la emisión de opiniones, la formación de las mayorías precisas, y su posible incidencia en la concreción de un acuerdo. Se trata por ello de una cuestión de orden público que no pueden ser disponibles para las partes, en cuanto impliquen o puedan implica perjuicio para los intervinientes o terceros. Ni unos ni otros pueden verse sometidos a decisiones que pudieran tildarse de ajenas y extrañas a su propia voluntad, o en lo que se refiere al derecho laboral colectivo, a la formación de la voluntad por medios que garanticen su autenticidad y seriedad...”.

Que un comité intercentros puede intervenir en el proceso negociador es algo que no suscita duda con arreglo a la normativa vigente, y así se recoge tanto en la normativa anteriormente vigente (RD 801/2011) como en la actual ([RD 1483/2012](#)). Si dicho Comité se crea por convenio, tal como ocurrió en el del personal de extinción, y se le atribuyen esas funciones, se cumplen los requisitos legales que posibilitan su participación como interlocutor debidamente legitimado. Queda probado, además, que intervino por iniciativa de la parte trabajadora, por lo que hasta aquí no encontramos ningún problema jurídico para dudar de su actuación conforme a derecho.

Pero sí puede dudarse cuando se analiza si dicho comité representaba a los trabajadores afectados por el ERE, que no se olvide que fue sólo el personal de estructura de GEACAM tras que el personal de extinción se apartara de este conflicto para negociar un ERE propio. Recuerdo que en el comité había dos representantes del personal de estructura y once del de extinción, y que como el comité se crea por lo dispuesto en el convenio colectivo del personal de extinción, la incorporación de dos personas representantes del personal de estructura se produce, según expone con buen criterio la sentencia, “de manera informal, en virtud de mecanismos y con estabilidad desconocidos”. Obviamente, si la negociación hubiera seguido afectando a todo el personal, cabría pensar que se respetaba la proporcionalidad entre uno y otro colectivo respecto a su presencia en el comité, aunque no cabe olvidar que los intereses de uno y otro colectivo pueden ser muy diversos (no necesariamente ha de ser así, ciertamente) y que las decisiones que adoptara el comité podrían beneficiar más, por lógica elemental, al colectivo mayoritariamente representado. La Sala afirma de manera contundente que “la situación del personal de estructura, y de sus dos representantes en el comité, al integrarse en un único órgano de presentación legal de los trabajadores, que forma su voluntad por mayoría, queda condicionada su capacidad de expresión, y aún más, cegada o anulada su capacidad de decisión, absorbida o confundida en la decisión mayoritaria de un órgano que representa en realidad a un grupo distinto de trabajadores, que no solo puede tener intereses distintos, sino contradictorios, con los que quedan en minoría”.

Es este un razonamiento de la Sala que entiendo pero que recuerdo que se da en todas aquellas negociaciones que afectan a un colectivo amplio de trabajadores en donde uno o más grupos tienen más presencia que otros por razón del número de afectados (y de representantes), y esta es una cuestión que debe abordarse más desde la acertada estrategia negociadora por parte sindical que desde un apriorismo de intereses contradictorios. La negociación en defensa de los intereses globales, y no particulares, de los trabajadores, ha sido una seña de identidad del mundo sindical, y sólo es en aquellos casos en los que no se tiene en consideración cuando se producen fenómenos como los que conocemos en España con los convenios “franja” y, en ocasiones también, los llamados extraestatutarios”. Por consiguiente, el debate que mantengo ahora con la sentencia en este punto no radica en la posibilidad de que aquello que expone puede producirse (como ha ocurrido en este caso concreto), sino de que tenga que ser siempre y necesariamente así.

Y en efecto, esta vez y en este ERE sí se ha producido una disociación entre el interés de la gran mayoría del sujeto legitimado para negociar, el comité intercentros, y el de los trabajadores afectados por el expediente, una vez que el personal de extinción quedó fuera de este conflicto, ... pero sus representantes (recuérdese, 11 sobre 13 en el comité, o dicho más claramente, mayoría absoluta) siguieron negociando un ERE que no les



afectaba a ellos, o por decirlo con las propias palabras del TSJ, la decisión del ERE, el destino de los trabajadores de estructura, “no fue decidido por sus naturales órganos de representación legal sino por otro extraño a tal representación, en la que se habían integrado... dos representantes con sus capacidades completamente condicionadas cuando no anuladas”. La Sala reprocha, en apoyo fáctico de su argumentación jurídica, que las partes demandantes no informaran de cuál fue el ámbito funcional de las asambleas celebradas, ni tampoco de cuáles fueron los trabajadores consultados, una forma educada de criticar a la parte sindical por no aportar datos que pusieran de manifiesto cuál era la valoración de ERE sólo por parte de los sujetos directamente afectados, es decir el personal de estructura.

Tras todo este hilo argumental, sólo cabía esperar una decisión contraria a la conformidad a derecho del proceso negociador llevado a cabo, en el que por cierto hay datos interesantes sobre los presupuestos de la entidad y la minoración producida en la aportación de los presupuestos públicos, y que hubiera sido interesante analizar para ver si se producía una “insuficiencia presupuestaria sobrevenida” que justificara el ERE en una empresa del sector público, pero dado que no se entró en el fondo del litigio este debate no se llevó a cabo. Aquello que sí ha quedado claro a la Sala es que el sujeto negociador no cumplió con los requisitos requeridos por la normativa legal y reglamentaria, ya que se trató una representación por completo extraña al ámbito de trabajadores afectados por las medidas regulativas, por más que en aquella se integraran dos personas con capacidad de decisión inexistente en la práctica”, y por consiguiente. el proceso negociador no se produjo “con las condiciones de efectividad, participación y transparencia exigidas”, con lo que se declara la nulidad de la decisión empresarial. Se trata, probablemente, de una de las primeras resoluciones judiciales en que la nulidad no guarda relación con actuaciones contraria a derecho por parte de la empresa sino por la no válida composición de la comisión negociadora por la parte trabajadora por negociar unos sujetos a los que no les va a afectar directamente el ERE.

### **33. Sentencia del TSJ de Castilla – La Mancha de 16 de abril de 2.013.**

La [sentenciadictada por el TSJ](#) de Castilla-La Mancha el 4 de abril es jurídicamente hablando muy interesante, al margen de los problemas y conflictos de orden político y sindical que haya podido suscitar y de los que se han hecho eco abundantemente los medios de comunicación de la Comunidad Autónoma, aunque a decir verdad en puridad el conflicto radica en las diferentes estrategias políticas y sindicales adoptadas frente a la crisis de la empresa. El propósito de esta entrada es detenerme en los contenidos más relevantes a mi parecer de la misma.

A) La demanda fue interpuesta por varios miembros del Comité intercentros, afiliados a CC OO, y por la federación agroalimentaria de CC AA de Castilla-La Mancha, siendo partes demandadas la empresa y los restantes miembros del Comité, afiliados a diversas organizaciones sindicales y que suscribieron el acuerdo que ha dado origen al conflicto. En los veinte, y muy completos, hechos probados, puede seguirse con todo detalle el conflicto desde sus inicios, del que me interesa poner de manifiesto en especial algunos detalles jurídicos que después tendrán sin duda relevancia en la decisión que adopte el Tribunal.

En primer lugar, el recogido en el hecho probado segundo, en donde se informa de que la dirección general de relaciones laborales de la Consejería de Empleo de la Junta remitió escrito a la empresa en 2 de julio, es decir cuando aún no se había producido la

separación entre personal de estructura y personal de extinción, informándole de que no podía tramitarse como ERE aquello que la empresa calificaba de “extinciones parciales” y que a juicio, bien fundamentado, de la autoridad administrativa, “realmente se trata de conversiones definitivas de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial o fijos discontinuos”, conversión que de acuerdo a la normativa vigente “según lo previsto en el art. 12.4 del [Estatuto de los trabajadores](#) tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer unilateralmente por el empresario o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el art. 41.1 a) del Estatuto...”.

En la tramitación del ERE que afecta sólo al personal de extinción, iniciado el 13 de agosto, la empresa pone sobre la mesa en el período de consultas su voluntad de mantener la plantilla entonces existente, con contratos indefinidos, pero formula una propuesta – que después sería sustancialmente acogida en el acuerdo – de novar los contratos, o por decirlo con las propias palabras de la empresa suscribir con los trabajadores “un contrato de trabajo fijo discontinuo de ocho o nueve meses al año. De esta forma se evitaría tener que extinguir hasta un máximo de 680 de los contratos actualmente en plantilla a las posibilidades presupuestarias de la empresa”. Consta que la autoridad laboral solicitó aclaración de la propuesta formulada por la empresa llamada de “novación a empleo estable”, o más exactamente extinción de la relación laboral y transacción de la indemnización “por la oferta de un puesto de trabajo en la condición de trabajador fijo discontinuo”. También queda debida constancia de la tesis empresarial, ante la petición formulada por la parte trabajadora, de la imposibilidad de aplicar la suspensión de contratos, dada la condición jurídica de GEACAM, ya que “exigiría una modificación por parte del Departamento de Economía de la actual calificación de GEACAM como ente público”.

Por fin, y tras el período de consultas se alcanzó un preacuerdo, siendo con posterioridad suscrito el texto por los representantes de los trabajadores y por la presidenta y secretaria de GEACAM, tras haber ratificado el texto el Consejo de Administración de la entidad. En dicho acuerdo, y ya he dejado de constancia de ello con anterioridad, se prevén tres posibilidades para los trabajadores afectados: acceso directo a un sistema de jubilación, recolocación diferida a un empleo estable, y baja indemnizada. Recomiendo en especial la lectura del acuerdo relativo a la segunda posibilidad citada, de la que sólo reproduzco ahora los dos párrafos que me parecen más significativos: “los trabajadores adscritos a la presente medida, extinguirán su contrato de trabajo a tiempo completo, como medida transaccional por el empleo, accediendo a un contrato de trabajo de carácter fijo discontinuo con efectos de inicio 1 de marzo de 2013. El nuevo contrato reconocerá la antigüedad de origen a todos los efectos, incluso indemnizatorios, el grupo profesional y nivel. En el mismo día que se comunique la extinción al trabajador, se firmará un preacuerdo de incorporación como fijo discontinuo a partir del 1 de marzo de 2013, preacuerdo que incorporará como cláusula adicional el régimen jurídico establecido en esta medida..”.

B) En la demanda interpuesta por CC OO se planteó la ilegalidad de la extinción sin percibo de indemnización y porque no podía formalizarse un contrato de fijo discontinuo ya que no se trata (la actividad que realiza el personal de extinción) de un trabajo intermitente, mientras que las partes demandadas defendieron la bondad de la medida “como la única salida posible en empresas públicas si se pretendía evitar los despidos”. Vayamos por partes y analicemos ahora los fundamentos de derecho.

a) En primer lugar, y muy probablemente porque en un ERE anterior se suscitó la legitimación activa de los sujetos negociadores, en concreto de la parte trabajadora, con los resultados de nulidad de la decisión empresarial, la Sala deja constancia de entrada, siquiera sea a título incidental, de que en este segundo ERE “no ha existido problema ni alegación alguna sobre legitimación activa ni pasiva, que tampoco este Tribunal entiende que existan”.

b) En segundo término, hay un estudio muy detallado por la Sala de la excepción de caducidad alegada por las partes demandadas, rechazada con rotundidad porque el plazo de interposición de la demanda no se inicia a partir de la fecha en que se alcanzó el preacuerdo, “sino a partir del momento en que quien tenía virtualidad jurídica para ello, lo ratificó, dando así plena virtualidad jurídica”; es decir, desde que el texto fue ratificado por el Consejo de Administración de GEACAM y comunicado a la autoridad laboral”. La Sala enfatiza la importancia de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, señaladamente en la primera fase de acceso a la jurisdicción y descarta por consiguiente la interpretación de las demandadas, añadiendo a modo de crítica que combina el contenido jurídico y el social que el cómputo de la caducidad debe tomar en consideración la consolidada doctrina jurisprudencial y constitucional, “más aún cuando las dudas al respecto... pueden venir generadas precisamente por la intervención de quien pretende aprovecharse de ello”, criticando que quienes han suscrito un “preacuerdo” pretendan después demostrar, en defensa de sus intereses, “que tenía ya un carácter cierto e incuestionable”.

c) Una vez desestimada la cuestión formal alegada, la Sala entra en las cuestiones de fondo del conflicto, recordando previamente la aplicación de la normativa reguladora de los ERES en el sector público (art. 51 de la LET, ya que en el momento del inicio del ERE estaba vigente el [RD 801/2011](#) que no regulaba esa situación, posteriormente derogado por el [RD 1483/2012](#)), en cuanto que GEACAM es una empresa perteneciente al sector público, pero “no es propiamente Administración Pública”, por lo que la normativa de aplicación no incluirá algunas obligaciones que sí son predicables de los ERES en las AA PP y que los tribunales han señalado y analizado con mucho detalle en especial en los conflictos suscitados en diversas corporaciones locales.

d) La parte demandante alega que la empresa no cumplió debidamente con la obligación de entregar la documentación legalmente exigible. Hay en el conflicto, y queda claro en el examen de toda la documentación, discrepancias entre dos partes bien diferenciadas del comité intercentros, y la Sala considera que en efecto no se ha entregado toda la documentación exigible, ni los criterios de selección de los trabajadores afectados, pero que el hecho de que este defecto haya afectado sólo a los representantes del sindicato demandante durante el proceso negociador no puede viciar “per se” el ERE, ya que la obligación, añado yo lógicamente, va referida “al órgano de representación de los trabajadores en cuanto tal” y no de forma individual a sus miembros, o lo que es lo mismo, los problemas de funcionamiento interno del comité no constituyen argumento jurídico para poder considerar como no ajustada a derecho la actuación empresarial. Actuación, por otra parte, que tampoco parece muy lúcida respecto al cumplimiento de otros requisitos, como por ejemplo, el de poner en marcha un plan de recolocación externo en cuanto que el ERE afecta a más de 50 trabajadores, aún cuando este incumplimiento debería ser objeto de acción judicial por los trabajadores afectados y no afecta en puridad jurídica a la calificación del ERE como conforme o no a derecho.

e) El núcleo duro de la sentencia se encuentra en la alegación de las partes demandantes de actuación fraudulenta, de fraude de ley, por la partes demandadas, cuestión que el propio Tribunal considera “de mayor envergadura” que las anteriores, avanzando ya su tesis, que será desarrollada jurídicamente con posterioridad, de que existen una serie de circunstancias y determinantes legales “que no avalan la adecuación a la legalidad del acuerdo alcanzado”. La Sala afirma con claridad que en el ERE litigioso no hay propiamente dicho una extinción de relaciones contractuales, aunque así se diga en el texto, sino “una simulación de extinción contractual”, ya que se pacta un nueva contratación a partir de pocos meses después, respetando todos los derechos contractuales de la relación teóricamente extinguida, para concluir que, cuando la situación económica previsiblemente se haya recuperado, los trabajadores con contrato de trabajo extinguido y/o reconvertido, “volverán a la condición de fijos ordinarios a partir de 2016”, al mismo tiempo que se les garantiza el percibo de las prestaciones por desempleo mientras no estén trabajando o, si no tuvieren derecho a ellas o se denegara la prestación por la entidad gestora, la empresa les abonaría en su caso el salario y, atención porque esto me parece realmente determinante a los efectos de valorar si se ha producido o no una extinción contractual, “los trabajadores se mantendrán a disposición de la empresa para llevar a cabo la jornada ordinaria si así se les ordenara”.

Es decir, bajo la apariencia de una extinción, posibilidad permitida por el art. 51 de la LET, hay otra situación jurídica que no es tal, ya que se reconvierte un contrato indefinido a tiempo completo en otro de fijo discontinuo, con las “particularidades” antes citadas, y además se pacta en el acuerdo de extinción que volverá a nacer una ¿nueva? relación jurídica a tiempo completo en 2016. No cabe negar a los redactores del texto, y repito que estoy analizando el conflicto desde la vertiente jurídica, su deseo de buscar soluciones a la difícil situación económica de la empresa, pero es evidente que la “ingeniería jurídica” tiene sus límites legales, y de ello se hace clara manifestación en la sentencia, tesis que comparto, cuando se afirma que “.. las posibilidades de la negociación, y la creatividad negociadora de las partes o de sus asesores, tiene un límite claro en el contenido de la Ley, que no se puede sobrepasar, ni aunque haya sido aceptado por los afectados”.

Más claro, estamos en presencia de una novación temporal de la contratación, con un juego de períodos de trabajo de varios meses hasta finales de 2015, y recuperación del estatus contractual anterior al ERE a partir de 2016. Se podrán hacer todos los juegos de “ingeniería jurídica” que deseen las partes (o sus asesores, como se encargan muy bien de señalar el Tribunal), pero no hay extinción sino una apariencia formal de la misma bajo la que se oculta una suspensión temporal contractual con financiación de los períodos de inactividad a cargo del erario público, algo que debe calificarse de actuación fraudulenta en cuanto que se persigue, ex art. 6.4 del [Código Civil](#), un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, y por decirlo con las propias palabras del Tribunal, “ocultando el carácter voluntario de la novación realmente perseguida con esa simulación de extinción contractual, que no sería una situación legal de desempleo”.

f) Apunta la Sala en el fundamento jurídico quinto una cuestión de mucho calado jurídico y que no ha merecido mayor atención en los análisis y comentarios, casi todos de las partes afectadas y de los medios de comunicación, cual es que, sin entrar en la polémica (aunque hubiera sido muy interesante que lo hubiera hecho, y creo que se hubiera decantado por la no conformidad a derecho) de si la novación contractual

realmente producida era posible sin el consentimiento de cada trabajador individualmente afectado, pone de manifiesto, y así ha ocurrido en la práctica, que a los trabajadores con contrato “extinguido” se les garantiza volver a contratarlos a partir del mes de marzo de este año, con lo que chirrían, o dicho más claramente se incumplen, las obligaciones constitucionales y legales de garantizar el respeto de los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad en el acceso al empleo público, todos ellos incumplidos en el supuesto de convocatoria pública “al estar ya predeterminadas las personas que accederían a tales puestos de trabajo”, una actuación que nuevamente considera el Tribunal que es fraudulenta.

Incluso más, dadas las restricciones presupuestarias, de las que se deja debida constancia jurídica en la Ley de Presupuestos de 2013 de la Comunidad Autónoma, y las muy estrictas limitaciones a la contratación por parte de entidades y empresas públicas (con obligación de informe previo favorable de “la dirección general competente en materia de presupuestos”), si bajo la apariencia de una extinción contractual, no estamos ante tal situación jurídica sino ante un nuevo contrato, en el sector público, no se olvide, formalizado en 2013, con los nuevos presupuestos y sus limitaciones legales, estamos otra vez ante una actuación fraudulenta que vicia de nulidad la decisión empresarial.

g) Último pero no menos importante, en este exhaustivo análisis jurídico que efectúa el Tribunal, no queda acreditada a su juicio, de la documentación aportada por la empresa, la gravedad de la situación económica que permita alegar la existencia de una causa económica para presentar un ERE, con lo que sería inexistente la necesaria proporcionalidad entre la medida adoptada y los efectos sobre los trabajadores afectados. Y es la propia empresa la que está casi expresamente aceptando que no existe tal causa al haber pactado que asumirá el pago de salarios si la entidad gestora de las prestaciones por desempleo no abona estas a los trabajadores durante los períodos de suspensión de la relación contractual de fijos discontinuos. Ni considera suficientemente probada la causa organizativa alegada, referida a los períodos en que hay menor riesgo de incendios, ya que en el acuerdo está reconociendo que puede trabajarse durante todo el año. En conclusión, la Sala declara la existencia de una actuación fraudulenta por el sujeto empresarial que ha adoptado la medida de extinción de los contratos, declarando la nulidad de la medida por entender que dicha posibilidad está permitida, por analogía, por el art. 124.11 de la [LRJS](#), con efectos declarativos de la sentencia.

#### **34. Sentencia del TSJ de Castilla – La Mancha de 16 de julio de 2013.**

La [sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de julio](#), de la que fue ponente la magistrada Luisa M<sup>a</sup> Gómez, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la representación de la parte trabajadora contra la empresa Sada ayudas a domicilio SL, y también el Ayuntamiento de Almansa y el Consorcio Provincial de Servicios Sociales”. En el litigio en cuestión nos encontramos con un supuesto semejante al que hemos analizado en la primera sentencia referenciada del TSJ de Madrid, ya que la empresa demandada alega que nunca se ha producido un despido, y que por ello no debía abonar indemnización alguna a sus ex (según ella) trabajadores, dado que a su parecer se había producido una sucesión de empresa ex art. 44 de la LET, quedando los trabajadores a cargo del Ayuntamiento o del Consorcio.

La Sala entiende que existe falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento y del Consorcio, porque el posible despido, que la Sala afirma que sí existe, se ha llevado a cabo por la empresa demandada, y en el que parece observarse una cierta connivencia entre empresa y trabajadores para que unos terceros, los codemandados, asumen responsabilidades jurídico laborales, argumentando que los representantes de los trabajadores “no podían llegar a acuerdo alguno al respecto en el proceso negociador, en cuanto que sus efectos no eran extensibles a terceros, pero evidentemente... pretenden una declaración judicial que entonces sí, podría hacerse valer frente a tales terceros”. La Sala cree que, a la vista de los hechos probado, sí procede declarar la nulidad del ERE con respecto a la empresa demandad pero no frete a las codemandadas, reiterando su creencia de una actuación que pudiera calificarse de fraude de ley en la actuación de las partes. No es, por consiguiente y en puridad, un ERE viciado por el mal desarrollo del período de consultas, pero sí por las consecuencias derivados del mismo, y por ello lo traigo aquí también para mejor conocimiento de los lectores y lectoras del blog.

### **35. Sentencia del TSJ de Castilla – La Mancha de 17 de octubre de 2.013.**

La [sentenciadel TSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre](#), de la que fue ponente la magistrada Ascensión Olmeda, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por los representantes de los trabajadores de la empresa Vehículos industriales Albacete SAU contra la misma, la administración concursal y cuatro empresas más en cuanto que consideraban que estaban en presencia de un grupo empresarial. El interés del litigio radica en que estaba vigente un ERE de suspensión de contratos cuando la empresa presentó un ERE de extinción de todos los contratos de los trabajadores de la plantilla debido a causas económicas unidas a otras organizativas y productivas.

La Sala, con apoyo en sentencias de otros TSJ y de su interpretación de la normativa aplicable, y hay aquí un amplio campo de debate jurídico que sólo dejo apuntado, que no es causa de nulidad la falta de comunicación a los representantes de los trabajadores “de la decisión empresarial de despido colectivo y de las condiciones del mismo”. Para la Sala, existe realmente un problema a los efectos de determinar desde cuándo opera el cómputo del plazo a efectos de la oportuna reclamación y la evitación de la caducidad, y expone que “Sería, probablemente, deseable se estableciera un requisito de forma escrita para la comunicación de la decisión empresarial para evitar los problemas de prueba y dar seguridad a todos los intervinientes, dado que de la falta de esa comunicación deriva el cómputo de la caducidad del procedimiento para la empresa y de la realidad de la comunicación el cómputo de la caducidad de la acción de impugnación de los representantes y derivadamente la de la empresa que quiera demandar para obtener la declaración de ajustada a derecho de su decisión”.

## **VIII. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN.**

### **36. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2.012.**

La sentencia dictada por el [TSJ de Castilla y León el 29 de noviembre](#), tiene especial interés por tratarse de despidos en una fundación empresarial del sector público autonómico castellano-leonés, desestimando la Sala la demanda presentada por los representantes de los trabajadores (miembros del Comité de Empresa y un delegado de personal) contra la decisión de la Fundación para la Enseñanza de las Artes de extinguir 22 contratos por razones económicas y organizativas. Es una sentencia muy trabajada y

argumentada, con la que se podrá coincidir más o menos en su resolución, pero sin duda la Sala ha dedicado especial atención y cuidado al análisis del supuesto enjuiciado, que hasta donde mi conocimiento alcanza es el primer ERE del que debe conocer tras la reforma laboral.

El TSJ de la comunidad castellano-leonesa realiza un seguimiento minucioso del período de consultas, siendo de especial interés la referencia contenida en el hecho probado octavo, con referencia a la cuarta reunión, ya que consta en el acta de la misma que “ambas partes consideran, en todo caso, que se está produciendo negociación de buena fe”. Con respecto al Informe de la Inspección de Trabajo sólo se recoge su conclusión de que “se acredita que el período consultivo desarrollado cumplió suficientemente, a juicio del actuante, los parámetros establecidos al efecto en el art. 51.2 Estatuto de los trabajadores y 11 del RD 801/2011”.

La sentencia aborda cuestiones formales importantes, planteadas por la parte demandante, y a las que la Sala debe dar debida respuesta. En primer lugar, la falta de competencia del presidente de la Fundación para adoptar la decisión de extinguir los contratos, ya que correspondería según los estatutos al Patronato. La Sala salva la aparente falta de fundamentación (algo más que aparente a mi parecer tras la lectura de los estatutos) por la vía de considerar que las decisiones del presidente pueden ser ratificadas, como así fue, a posteriori por el Patronato, considerando la Sala que esa actuación corrigió cualquier posible hipótesis de irregularidad formal en la primera, sin que quedara probada la existencia de abuso de derecho alguno por parte empresarial, siendo cierto además “que la representación real, y no meramente institucional de la Fundación es otorgada, sin duda alguna, a este último (el Presidente) en virtud de las atribuciones reconocidas en el artículo 16”. Con independencia de las dudas que pudiera haber sobre la actuación abusiva, esta no podría implicar la nulidad de la decisión empresarial, y así lo recuerda la sentencia, ya que esta sólo se dará por incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 51.2 y 51.7 de la LET, que no recogen el abuso de derecho entre las cláusulas.

Hay algo que me parece especialmente digno de destacar tras la lectura de la sentencia, y es la importancia de saber negociar, y decir “aquello que se debe decir”, “protestar cuando se debe protestar” y no más, algo muy fácil ciertamente de poner por escrito en un artículo como el que estoy redactando ahora pero mucho más complicado durante la dinámica negociadora. He tenido la sensación en algunos momentos de la lectura que la Sala le pide a la parte demandante un esfuerzo adicional al que la normativa le obliga para tratar de demostrar sus tesis, y que aquello que no alegó durante el período de consultas no podrá hacerlo durante el trámite de la demanda y posterior celebración del acto de juicio.

Vayamos a ejemplos concretos: con respecto a la falta de facultades legales para negociar de quienes actuaron por la parte empresarial, básicamente el director financiero, la Sala desestima la argumentación acudiendo al acta de la reunión en la que ambas partes se reconocieron como sujetos legitimados para negociar por medio de las personas presentes en la comisión negociadora, enfatizando la Sala que no se realizó objeción alguna “por parte de la representación de los trabajadores, como ahora se indica, en relación con la posible legitimación de la persona que compareció a negociar en nombre de la Fundación y que continuó acudiendo hasta en tres ocasiones más”, recordando que las actuaciones del director financiero fueron convenientemente

convalidadas por ratificación posterior del Patronato, y con un argumento de “costumbre empresarial” que puede ser aceptado a mi parecer a efectos de cualquier proceso negociador pero que no es óbice para que pueda dejar de someterse al cumplimiento de la normativa legal sobre la disponibilidad de facultades para negociar, ya que en tal caso cualquier actuación empresarial sería válida conforme a su costumbre de actuación. Me refiero a la manifestación de la Sala, tras suscitar la posible hipótesis de falta de apoderamiento del negociador de la empresa, que “no es menos cierto que ... ya intervino en anteriores ocasiones en nombre y representación de la Fundación, llevando a cabo actuaciones incardinables en el ámbito de las relaciones laborales, o incluso de negociación con la propia representación legal de los trabajadores que ahora niega su legitimación”. Vuelve la Sala a insistir que la hipotética irregularidad ahora alegada no supondría la nulidad de las actuaciones por no preverlo el art. 51 de la LET.

Respecto a la alegación de falta de buena fe en la negociación, la Sala se remite de manera exhaustiva al contenido de las actas del período de consultas para negar su existencia, aún cuando hubiera modificaciones finales con respecto al presupuesto finalmente aprobado para la Fundación en los presupuestos generales autonómicos para 2012, dado que estos fueron aprobados después de la presentación del ERE. El diccionario de la Real Academia Española de la lengua parece que ocupa un lugar de privilegio en las últimas resoluciones judiciales sobre ERES, y en esta la Sala se detiene en el significado de la palabra negociar, para concluir, algo lógico por otra parte y que no necesita del apoyo de la RAE, que negociar no comporta “la aceptación de la postura contraria sin cortapisas, por entender que esta última es la mejor o más adecuada a los intereses de ambas partes”.

La cuidada argumentación de la Sala para concluir que no hubo mala fe empresarial se cierra con una afirmación importante y como “aviso para navegantes” es decir para futuros negociadores en ERES, que me permito sintetizar diciendo que sí aceptas en las actas que la negociación se realiza de buena fe deberás después atenerte a la consecuencias jurídicas que puedan derivarse de tal manifestación; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia: “No obstante todo lo anterior, no es dable invocar en este momento la mala fe de la empleadora, pues como bien indicaron las partes en el acta de la cuarta reunión, ambas se reconocieron sin reserva alguna la negociación de buena fe, por mucho que las posturas mantenidas por una y otra parte se encontraran distanciadas. De todo ello hemos de concluir que cumplió la Fundación y ajustó su actuación a la legalidad prevista, en cuanto a la buena fe en el periodo consultivo...”.

En fin, otras cuestiones abordadas en la sentencia se refieren a la inexistencia de aportar plan de acompañamiento social, que ha desaparecido tras la reforma laboral y ha quedado sustituido por la obligación de presentar un plan de recolocación cuando el despido afecte a más de cincuenta trabajadores, no siendo necesario a mi parecer, pero parece que eso pueda ser de utilidad a la Sala para reforzar su argumentación, acudir a que “nada indicó la Inspección de Trabajo en su informe referido a su preceptiva aportación...”. Igualmente, se declaran probadas las causas económicas y productivas, aplicando la normativa general a la Fundación, ya que se trata de una entidad de sector público pero no encuadrable dentro del concepto de Administración Pública del artículo 3.2 de la Ley de contratos del sector público y al que es aplicable una normativa específica según lo dispuesto en el Real Decreto 1483/2012, no aplicable en todo caso en el momento de tramitación del ERE, y apoyando la Sala su tesis sobre la existencia de la primera también en la existencia de un aplazamiento, concedido, del pago de



cuotas a la Seguridad Social durante un período de dos meses, “y que no constituye sino un dato más demostrativo de la difícil coyuntura económica de la fundación”. Respecto a la alegación de nulidad de la decisión de inclusión de un representante de los trabajadores en el ERE, la Sala recuerda que se trata de una situación jurídica cuyo cauce de resolución es la demanda individual ante el correspondiente juzgado de lo social, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 124.11 de la LRJS.

### **37. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de enero de 2.013.**

Ha llegado a mis manos, mejor dicho a mi ordenador, una muy interesante sentencia dictada el 23 de enero por la Sala de lo Social del [TSJ de Castilla y León](#) (sede de Valladolid), de la que ha sido ponente el magistrado Rafael López Parada, en la que se pone de manifiesto que la reforma laboral de los ERES puede plantear problemas que no se daban con la normativa anterior, de tal manera que los tribunales se encuentran ante la necesidad de resolver las nuevas cuestiones planteadas sin unificación de doctrina del Tribunal Supremo o sin doctrina judicial anterior de las Salas de lo Social de los TSJ y de la AN <http://bit.ly/119Mb0A>. El litigio no versa directamente sobre un ERE sino sobre el derecho del trabajador despedido a percibir la indemnización en el momento que se extingue el contrato, cuando en el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores se había acordado que el pago se diferiría en el tiempo. Por consiguiente, se trata de un recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 2 de Valladolid. Al tratarse de la problemática del despido objetivo individual será conveniente en primer lugar recordar el marco normativo en el que se inserta el litigio.

El [Real Decreto-Ley3/2012 de 10 de febrero](#) procedió a modificar el artículo 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), regulador de los despidos colectivos. En su apartado 4 dispuso que “comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley. Lo anterior no obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”. También modificó el artículo 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), que trata de los despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, disponiendo su apartado 11 que “cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades...”. En la [tramitación parlamentaria del proyecto de ley](#) resultante de la convalidación parlamentaria del RDL, que culminó con la aprobación de la [Ley 3/2012 de 6 de julio](#), no se produjo ninguna modificación en el apartado 4 del artículo 51 de la LET, ni tampoco en el fragmento transcrito con anterioridad del apartado 11 del artículo 124 de la LRJS.

Por consiguiente, una vez que se ha tomado la decisión por la empresa, con acuerdo o no (y en el caso concreto de la sentencia del TSJ de Castilla y León sí hubo acuerdo), esta puede proceder al despido de los trabajadores afectados mediante el cumplimiento de los requisitos legales previstos en el artículo 53.1 de la LET, que son los siguientes:

“a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa. b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo

inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva. c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”.

En el plano procesal, es de referencia el artículo 122.3 de la LRJS, que al calificar la extinción del contrato dispone que “La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan”.

Una vez situado el marco jurídico en el que va a operar el litigio, procede explicar sucintamente el conflicto, que versa sobre la demanda interpuesta por un trabajador despedido al amparo de un ERE acordado entre la empresa y la representación de los trabajadores, solicitando que se declare la improcedencia del despido por no haber puesto aquella a su disposición la indemnización debida en el momento de la extinción. Es decir se trata de un conflicto que no se hubiera producido con la normativa anteriormente vigente, ya que la autorización administrativa, tal como se expone en el fundamento jurídico quinto de la sentencia, “determinaba en principio la licitud del despido, y no hacía necesaria la puesta a disposición de la indemnización..”. Por consiguiente, ahora sí hay que abonar al trabajador la indemnización debida en los mismos términos que si se tratara de un despido objetivo individual o plural (sin recurrir a ERE), poniendo de manifiesto la sentencia con claridad, y con acierto, que la falta de puesta a disposición simultánea de la indemnización (junto con la comunicación de despido) “aunque no afecta a la legalidad de la decisión empresarial de despido colectivo, sí afecta a la legalidad del concreto despido de cada trabajador, que por dicha causa deviene improcedente”.

El interés especial de la sentencia radica en el muy riguroso análisis de la posibilidad de no abonar dicha indemnización, al amparo del art. 53.1, cuando la empresa no disponga de la posibilidad de hacerlo, es decir no tenga liquidez para realizar el pago, liquidez, y aquí está el primer núcleo duro de la sentencia, que “no puede confundirse con la causa económica alegada en forma de pérdida o de alteraciones de la cuenta de resultados”, acudiendo a la propia doctrina de la Sala, en su [sentencia de 27 de mayo de 2011](#), para defender esta tesis de forma muy bien argumentada, concluyendo que “La prueba de la iliquidez es por ello diferente a la relativa a la causa económica y ha de ir dirigida a demostrar cuál era el saldo de tesorería en las fechas próximas a aquélla en que debió pagarse la indemnización, justificando los movimientos de las cuentas de tesorería y poniendo en su caso en correlación dichos saldos y movimientos con el vencimiento de otras deudas líquidas que hubieran de ser pagadas por la empresa en fechas próximas a

la comunicación del despido, así como el motivo que justificase la prioridad en el pago de estas otras deudas respecto de la indemnización por despido”.

Una vez fijado el requisito de la necesaria falta de liquidez en el momento de la extinción contractual como razón que justifica diferir el pago de la indemnización, que no hay que confundir con la existencia de la causa económica que haya podido provocar el ERE, la Sala ha de entrar a conocer sobre el valor del pacto alcanzado entre empresa y representación del personal sobre el pago diferido de la indemnización y si tal decisión afecta a derechos del trabajador de los que no se puede disponer en sede colectiva, valoración jurídica que deviene fundamental para resolver el conflicto, en cuanto que, dice el fundamento jurídico sexto, “si el pacto colectivo fuese nulo en lo relativo al pago de la indemnización, de ello derivaría la improcedencia del despido, puesto que afecta a uno de los requisitos exigibles para que, como se ha dicho, el despido objetivo resulte procedente”. El segundo núcleo duro de la sentencia se centra en resolver esta cuestión, o más exactamente si se hubiera debido abonar la indemnización legalmente establecida (20 días de salario/año y un máximo de 12 mensualidades), ya que la Sala argumenta, correctamente a mi parecer, que “el pago de toda cantidad que se pueda pactar por encima de la misma podrá diferirse sin que ello afecte al derecho del trabajador resultante del artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores”.

Queda constancia en los hechos probados del pacto referenciado, en el que se acordó que las indemnizaciones se abonarían en determinados plazos, es decir no de forma automática junto con la comunicación de la extinción. Dicho acuerdo no fue impugnado por quienes tenían título jurídico para ello al amparo de los artículos 124 y 148 de la LRJS, entre los que no se encuentra un trabajador individualmente considerado. Dicho trabajador sólo puede impugnar su despido, y salvo que ya se haya tramitado un proceso judicial colectivo que vinculará la decisión del juez o tribunal con respecto al litigio planteado a título individual, el trabajador podrá alegar, al amparo del artículo 24.1 de la Constitución, “cualesquiera causas de ilicitud sobre el acuerdo de despido colectivo o sobre la decisión final de despido colectivo que estime conveniente...”.

Estamos, pues, en presencia de una actuación colectiva, de una decisión adoptada por la representación de los trabajadores que incide sobre derechos individuales, debiendo recordarse ahora por mi parte el amplio haz de funciones y competencias que les atribuye el art. 64 de la LET y también la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de que su actuación puede limitar derechos individuales en el marco de la adopción de medidas que puedan repercutir de forma favorable sobre el conjunto de los trabajadores a los que pueda afectar la decisión. Ahora bien, una vez sentada esta afirmación por mi parte, hay que recordar, y así lo hace la Sala, que existen determinados límites a la limitación, valga la redundancia, de los derechos individuales por decisiones colectivas, siendo uno de esos límites, de acuerdo a las reglas de las fuentes del Derecho del Trabajo fijadas en el artículo 3 de la LET, la imposibilidad de “pactar condiciones por debajo de los mínimos legales de Derecho necesario”, considerando la Sala que entra en ese supuesto el percibo de la indemnización legalmente prevista en caso de despido objetivo y de forma automática junto con la comunicación de la extinción. Aceptado que ese “mínimo” de Derecho necesario puede verse alterado, legalmente, como consecuencia de la falta de liquidez de la empresa para el abono de la indemnización, la Sala acepta en tal caso que pueda diferirse el pago y ser objeto su fijación de acuerdo colectivo, pero como esa falta de liquidez no ha quedado

probada en el litigio enjuiciado (y de ahí la importancia de los hechos probados, no siéndolo que el trabajador afectado hubiera dado su autorización a dicho acuerdo, y sí que la Sala parte “de que no está acreditada la situación de falta de liquidez para el pago de las indemnizaciones por despido...”), ni la decisión empresarial unilateral ni un acuerdo en ERE pueden imponer esperas a los trabajadores acreedores de la indemnización, ya que “tales esperas no justificadas suponen romper la simultaneidad exigida legalmente y determinan la improcedencia del despido”.

La Sala es consciente de que el nuevo marco legal de los ERES concede un rol prioritario al período de consultas para negociar, y acordar en su caso, todas aquellas medidas, que sirvan para atenuar los efectos de la decisión empresarial, entre las que, añadido yo ahora, podría encontrarse el pago aplazado de las indemnizaciones si hubiera justificación suficiente para ello por razones de falta de liquidez. Pero, una vez realizada esta afirmación, hay que estar de acuerdo con la afirmación de la sentencia analizada de que las posibilidades abiertas durante el proceso negociador “no implica derogación algunas de la obligación de respetar los derechos mínimos de los trabajadores individuales reconocidos por la Ley laboral”, concluyendo pues con la declaración de improcedencia del despido por esta causa.

La sentencia también aborda, y de forma muy rigurosa y con un acreditado conocimiento del ámbito económico que no es muy frecuente encontrar en resoluciones judiciales, otro motivo de recurso planteado sobre la inexistencia de la causa económica alegada por la empresa, argumentándose en el recurso, según transcribe el fundamento jurídico séptimo, que no existirían las pérdidas alegadas, “al tener la empresa un resultado positivo antes de aplicar la dotación para amortizaciones, en la medida en que la determinación de tales dotaciones anuales depende de un acto de voluntad de la empresa en cuanto a su distribución temporal”, tesis también aceptada para declarar la improcedencia del despido y con buen apoyo en la propia doctrina de la Sala. De la cuidada argumentación de la sentencia deseo destacar algunas manifestaciones de interés general y trascendente para todo conflicto y no únicamente para el enjuiciado.

Se reconoce que el trabajador puede cuestionar, en su demanda individual, la concurrencia de las causas justificativas del despido y que han sido aceptadas en el acuerdo entre la empresa y la representación del personal, de tal manera, y hay que reconocer aquí que la sentencia abre un amplísimo campo de actuación a las impugnaciones individuales de despidos colectivos, que el acuerdo colectivo “puede ser sometido en su plenitud al control jurisdiccional”. Basa la Sala su tesis en la inexistencia en el artículo 51 de un precepto semejante al del artículo 47 (y también del 41) de la LET, en el que se presume la existencia de la causa si ha habido acuerdo y sólo se permite su impugnación si se hubiera producido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, solución, razona la Sala, “que parece más acorde con el derecho constitucional a la tutela efectiva que la introducida en los artículos 41 y 47 del Estatuto de los trabajadores”. Por consiguiente, la empresa queda obligada a informar al trabajador en la carta de despido de las causas que lo justifican, al igual que tendría que hacerlo en caso de despido objetivo individual. Repárese en la importancia de esta argumentación, ya que no bastará con una comunicación de la extinción en la que se informe al trabajador afectado del acuerdo con la representación del personal, sino que deberá detallarse, a efectos de que el trabajador puede ejercer si lo desea su derecho a la tutela judicial efectiva, cuáles son las causas que lo justifican. Por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “el despido de cada trabajador posterior al periodo de consultas

del artículo 51 del Estatuto no es más que un despido individual del artículo 52.c del Estatuto sobre el que se añade la obligación de previo periodo de negociación y consultas, con las consecuencias previstas legalmente, como expresamente ha previsto el artículo 124.13 de la Ley de la Jurisdicción Social tras la Ley 3/2012”. Sentada la tesis general, y aplicada al caso concreto, a partir de los hechos probados, la Sala entiende que la carta de despido es manifiestamente insuficiente para cumplir con el requisito del artículo 53.1 de la LET, ya que “solamente contiene una referencia sucinta a las causas económicas que justifican el despido”.

Por otra parte, y en cuanto a la argumentación sobre la inexistencia de la causa económica, la complejidad de la argumentación de la Sala me aconseja ser prudente y remitir a una lectura detallada de la misma, quedándome ahora con una afirmación que también considero de especial trascendencia: “El concepto de "pérdidas" del artículo 51 es susceptible de valoración judicial sobre los datos contables probados, debiendo matizarse las mismas cuando se produce por decisiones contables que corresponden a la empresa, como ocurre en el caso de que se generen exclusivamente por la dotación de amortizaciones. El cómputo de las mismas debe quedar justificado en cuanto a su imputación temporal cuando sea determinante de la aparición de las pérdidas”. Por otra parte, hay que destacar que la importancia de la fijación de un periodo determinado (tres trimestres consecutivos) y su relación con el mismo período del año anterior, limita la actuación de los tribunales y así lo destaca la Sala en estos términos: “No es posible, bajo esta nueva legislación, justificar los despidos sobre las disminuciones de los ingresos ordinarios o ventas en otros periodos temporales distintos (mayores o menores), como aquéllos a los que se refiere el ordinal segundo de los hechos probados. Es cierto que la exigencia de comparación por periodos de tres trimestres en los términos legales puede dar lugar a resultados paradójicos, pero la voluntad del legislador ha sido, precisamente, que se objetivase así la comparación de los ingresos ordinarios o ventas, excluyendo en este concreto punto otras posibles comparaciones”.

### **38. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2013.**

Me refiero ahora a la interesante [sentencia dictada el 4 de febrero por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León](#) que resuelve la demanda por impugnación de despido colectivo presentada por representantes legales y sindicales de los trabajadores, y por Comisiones Obreras, contra una asociación ([Asprosub Benavente Virgen de la Vega](#)) cuyos fines (hecho probado primero) “responden a la necesidad de atender el tratamiento, educación y rehabilitación de las personas con discapacidad intelectual, con el propósito de lograr su integración laboral y social”, y que cuenta con un centro especial de empleo y otro centro residencial-ocupacional. En la demanda se solicita la declaración de nulidad de los despidos colectivos efectuados, y de forma subsidiaria (fundamento de derecho segundo) “que se decrete el carácter injustificado e improcedente de la referida decisión extintiva y despido colectivo”, alegándose que no existe causa o causas de extinción, que no se ha tramitado correctamente el período de consultas por falta de entrega de documentación, que ha habido vulneración de derechos fundamentales, y que la decisión adoptada lo ha sido en fraude de ley y con abuso de derecho, por utilizar criterios de selección de los trabajadores afectados “discriminatorios, arbitrarios y no objetivos”.

La sentencia tiene especial interés a mi parecer por tratarse de un ERE presentado por una entidad de carácter benéfico y sin ánimo de lucro. La sentencia es muy extensa

porque en los hechos probados se recogen prácticamente de forma íntegra todas las actas del período de consultas, algo que permite tener una visión muy clara de cómo ha ido evolucionando el ERE desde que fue presentado y cuáles pueden ser los motivos que han llevado a la entidad a dicha presentación, que pueden no ser ( ya avanzo que así lo considera el Tribunal) aquellos alegados, por esconderse u ocultarse bajos los mismos una actuación contraria y vulneradora de derechos constitucionales fundamentales, más concretamente el derecho fundamental de libertad sindical recogido en el artículo 28.1 de la [Constitución](#) (y también del derecho a la indemnidad).

A) Vayamos por partes y detengámonos en los contenidos más destacados a mi parecer de los hechos probados en primer lugar.

a) Queda constancia de que la entidad opera desde el 4 de octubre de 1977, y que en la asamblea general extraordinaria de 15 de julio de 2011 se produjeron cambios en la junta directiva y se acordó su tutela por la Federación de entidades de familias de personas con discapacidad intelectual (FEAPS) de la Comunidad Autónoma, así como también de que en diciembre del mismo año se procedió a la contratación de un nuevo director-gerente.

b) La presentación del ERE se produjo el 5 de octubre de 2012, afectando según la propuesta inicial a 15 trabajadores, con alegación de causas económicas, organizativas y productivas. En el acta de la primera reunión del período de consultas, en las que participaron como parte trabajadora los representantes de los dos sindicatos presentes en la entidad, CSIF y CC OO y los representantes unitarios, cabe destacar, por su incidencia sobre la resolución final del conflicto, que por parte de CC OO se manifestó “que no hay causa alguna y que la selección de los trabajadores es discriminatoria e ilegal en algún caso, y que por la empresa se proceda a la retirada del expediente”.

c) En la segunda reunión, el sindicato citado añadió que rechazaba el ERE por inexistencia de causa y porque no se había aportado la documentación a la que está legalmente obligada la empresa, e insistió en que “la elección de los trabajadores no sigue unos objetivos y es discriminatoria y en algunas casos manifiestamente ilegal como el caso de Jesús Luis y Paula , ya que en ambos tienen prioridad de permanencia”, siendo así que el primero es miembro del comité de empresa y la segunda delegada sindical.

La argumentación empresarial giró sobre la explicación de las razones que habían llevado a presentar el ERE para adecuarse a “la nueva realidad existente”, y respecto más concretamente a las causas económicas se alegó la “falta de rentabilidad de algunas secciones de la empresa que perjudican al conjunto de la entidad pero que obviamente ha de conjugar en la medida de lo posible su mantenimiento y una nueva definición por la función social que cumplen”. Se recogen también las críticas del otro sindicato presente en la mesa negociadora, CSIF.

d) Durante el período de consultas se efectuó una visita por parte de la ITSS a la empresa, de la que consta diligencia en el libro de visitas en la que se recuerda a las partes la obligación de respetar la normativa legal en materia de tramitación del ERE, con mención expresa, que deseo resaltar, a la obligación de que las cuentas provisionales “deben figurar firmadas por los administradores o representantes legales”

y que se deben adjuntar “los estados de flujos de efectivos y los informes de gestión de los últimos ejercicios”.

e) En la tercera reunión del período de consultas, también recogida de forma íntegra en los hechos probados, la empresa insiste en la importancia de las causas productivas y organizativas ya alegadas, pero sorprendentemente, a mi parecer, expone ahora que “la causa económica alegada no existe, y por lo tanto no nos vale desde el punto de vista de Expediente de Regulación de Empleo”. Por otra parte, manifestó su voluntad de buscar o estudiar alternativas a sus propuestas, pero en caso de no alcanzarse acuerdo satisfactorio “continuará adelante con su propuesta”. Por parte de toda la representación de la parte trabajadora se acuerda rechazar el ERE y solicitar su retirada, argumentando que “la propia empresa reconoce que no hay causa económica y el Comité tampoco reconoce que existan causas productiva y organizativas que motiven tal expediente”.

f) De la cuarta reunión cabe reseñar que la empresa acepta la petición de retirada del ERE de los dos trabajadores que tenían prioridad de permanencia según CC OO, cuestionada jurídicamente dicha prioridad por la empresa por no darse, a su juicio, los requisitos legalmente requeridos para otorgarles ese derecho pero que finalmente se les reconoce. CC OO rechaza la argumentación empresarial y manifiesta que sí tenían claramente reconocida esa prioridad, e insiste en la inexistencia de causas, en el no respeto de las formas, y en la vulneración del derecho de libertad sindical por actuar la entidad “con criterios arbitrarios, discriminatorios y reactivos”.

Desde la perspectiva de las causas alegadas por parte empresarial se alega que aunque su objetivo no sea el de obtención de beneficios, como el de una entidad mercantil, “es evidente que tiene que trabajar con criterios de productividad, eficacia y eficiencia en su organización, y por supuesto rentabilidad económica, para en definitiva mantener la viabilidad empresarial”.

g) Parece que este ERE incrementó la carga de trabajo de la ITSS, ya que queda constancia de una segunda visita a la empresa, en la que se realizaron entrevistas con representantes de la dirección y de los trabajadores, en la que por parte de estos últimos, y más concretamente de los representantes de CC OO, se expuso que el ERE afectaba de forma mayoritaria a trabajadores afiliados a dicho sindicato, tesis negada por la parte empresarial que adujo que las razones eran de tipo organizativo y productivo y que ni se había tenido en cuenta la afiliación sindical ni tampoco era conocida por su parte “la afiliación sindical de los afectados”.

En el hecho probado decimosegundo se recoge la relación de los trece trabajadores finalmente afectados por el ERE, varios de CC OO y otros simpatizantes (dicho sea incidentalmente, supongo que este dato quedó probado en el juicio ya que el concepto de “simpatizante” o la referencia a que un afectado “dio su voto a CC OO” sólo puede deducirse a partir de las afirmaciones de las personas afectadas, o bien que quedo probado del conjunto de datos disponibles en el expediente tramitado).

No es baladí la referencia a la afiliación sindical, ya que en posteriores hechos probados se recoge el intento de CC OO de celebrar elecciones sindicales en la empresa en 2009 y los múltiples problemas que ello provocó desde la perspectiva legal, con despidos, dictado de un laudo arbitral e intervención de la ITSS. Igualmente también se recoge un informe de la ITSS de diciembre de 2012 en el que se da cuenta del levantamiento de

dos actas de infracción y un acta de liquidación. También se recoge en el citado Informe que en el curso de las entrevistas realizadas por la ITSS “se hizo patente un clima de fuerte insatisfacción laboral que afectaba a la mayoría de los trabajadores entrevistados y que era atribuido por éstos a la forma de actuar de la dirección. Se constató por el inspector que el deterioro en las relaciones personales alcanzaba al propio Comité de Empresa, donde los representantes de los dos sindicatos expresaban opiniones totalmente divergentes en torno al problema planteado”, así como también que la empresa no había procedido a planificar las acciones preventivas necesarias “para eliminar o reducir las situaciones de riesgo, puestas de manifiesto por la evaluación de riesgos laborales y requeridas por el Inspector actuante”. Tras el ERE, sólo quedaron como afiliados al sindicato CC OO los representantes y dos trabajadores más.

Igualmente, es importante recoger los datos de la contratación de siete personas con posterioridad al ERE, del reconocimiento de categoría profesional superior a 18 trabajadores y con incremento salarial, y la denegación de realización de cursos de formación para algunos de los trabajadores despedidos, que les hubiera permitido, en caso de superación, obtener la titulación suficiente “que legalmente se exigirá a partir del año 2015 para ocupar ciertos puestos de trabajo”.

B) Tras esta extensa exposición de los contenidos más destacados de los hechos probados, y que me ha parecido conveniente realizar ya que en pocas sentencias puedes acceder a la integridad de las actas del período de consultas, llega el momento de acercarse a los fundamentos de derecho y de realizar su análisis.

a) La Sala plantea algunas cuestiones formales antes de entrar en el fondo del litigio , si bien a mi parecer estas pretendidas cuestiones formales también tienen relevancia desde el plano de la resolución del conflicto: en primer lugar, el recordatorio de que se resuelve un conflicto de carácter colectivo y que por ello no procede entrar en las circunstancias personales de cada afectado, pero inmediatamente añadiendo, con muy buen criterio a mi parecer, que sí puede analizarse alguna circunstancia personal como es en este caso concreto la afiliación sindical, al objeto de analizar la posible existencia de vulneración de derechos fundamentales denunciados en la demanda, “pues, de darse en la mayoría de ellos una misma circunstancia (afiliación o circunstancias parejas), se convertiría en valoración colectiva”; en segundo término, también un recordatorio legal de que el ERE viene delimitado por la comunicación inicial de la empresa en cuanto a las causas alegadas, y de ahí que en el periodo de consultas, salvo obviamente la reducción del efecto de la medida presentada, “no sean admisibles alteraciones sustanciales” (algo que, como he expuesto en el examen de los hechos probados, sí se produjo).

b) Dada la alegación de nulidad es obligado para la Sala proceder primero al examen de su existencia o no, y en concreto la petición de nulidad por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical. La Sala, de forma también obligada, acude al marco jurídico regulador de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y la atracción de dicha tutela a la modalidad procesal en la que deba abordarse la protección de tales derechos (en este caso la modalidad de impugnación de despidos colectivos, ex art. 124 [LRJS](#)), y a la doctrina del TC sobre la carga de la prueba y su posible inversión cuando se aportan indicios suficientes de la discriminación, con cita, entre otras, de la [sentencia núm. 66/2002, de 21 de marzo, del TC](#), en la que se argumenta que el trabajador “cumplirá su carga probatoria con una



aportación de hechos a partir de los cuales surja razonablemente un panorama indicativo de la posible restricción en el derecho fundamental”.

Con el apoyo de la normativa legal de referencia, y la doctrina consolidada del TC sobre la inversión de la carga de la prueba, la Sala considera que los indicios de vulneración de la libertad sindical “se nos han proporcionado sobradamente” en el caso enjuiciado: de las 13 extinciones, 7 eran de afiliados a CC OO, y el resto son simpatizantes; dicho sindicato había intentado convocar elecciones en la empresa y presentado varias demandas por vulneración de los derechos de los trabajadores; la contratación de 7 nuevos trabajadores poco después de la extinción consecuencia del ERE, “para trabajar en talleres, lugar donde prestan sus servicios laborales la mayoría de los despedidos”; la denegación de cursos de formación que hubieran permitido acceder a una titulación legalmente requerida para trabajar, habiendo sido cubiertos dichos puestos de trabajo por vía de contratación externa.

En definitiva, para la Sala existen indicios suficientes para trasladar la carga de la prueba de inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la parte demandada, concretados de forma más exacta en esta afirmación recogida en el fundamento de derecho cuarto: “con estos datos se nos muestra una conexión directa entre el modo en que la empresa está haciendo efectivas las extinciones de contratos y la afiliación sindical a una determinada central sindical particularmente, como es CCOO, y de aquellos que la apoyan o simpatizan con ella. Si nos fijamos solo en los afiliados objeto del despido colectivo, las cifras son relevantes, puesto que más de la mitad de los afectados son personas afiliadas a este sindicato, minoritario en la empresa, exactamente un 53,84%. Si tenemos en cuenta a los afiliados y al resto de trabajadores despedidos coadyuvantes a la referida central sindical el porcentaje es mucho más elevado”.

La Sala también se refiere a la posible pluricausalidad del despido, con seguimiento de la doctrina del TC que ciertamente está referida al despido disciplinario pero que se entiende por la Sala que también es aplicable a supuestos como el enjuiciado, en el que el despido responde a causas objetivas.

c) No es ocioso recordar que durante la tramitación del ERE la empresa ha ido variando las causas alegadas para proceder a las extinciones contractuales, tal como queda debidamente reflejado en las actas del período de consultas recogidas en los hechos probados, alegándose inicialmente una causa económica, junto con otras organizativas y productivas, para después argumentar que no tenía razón de ser y finalmente “recuperarla” como justificante de la extinción. De ahí que la Sala, con buen criterio a mi parecer, argumente que es “discutible” que pueda tomarse en consideración, dados los vaivenes de quien la alega, y que se centre, a efectos de determinar su existencia, “únicamente (en) las causas organizativas y productivas”.

Sin embargo, y aunque sea de forma incidental, sí entra la Sala a conocer de la causa económica, en primer lugar para poner de manifiesto que los datos aportados por la empresa no fueron considerados fidedignos por la empresa auditora, y en segundo término que no parece existir tal causa dadas las mejoras organizativas efectuadas en un centro de trabajo, la mejora contractual de varios trabajadores y la contratación de siete nuevos trabajadores. O dicho de otra forma, no parece haber causa económica, aunque no lo proclame de forma expresa la resolución judicial, que afirma que le parece

coherente, con los datos que acabo de exponer, que la empresa “centre la justificación del despido en causas organizativas y productivas”.

Y tampoco puede justificar la empresa la existencia de tales causas por su falta de concreción en todas sus manifestaciones durante el período de consultas y en el acto de juicio. No valen las referencias a las pretendidas obligaciones impuestas por la Administración y por la ITSS de reorganización de los puestos de trabajo, ya que en ningún caso de la documentación obrante en el expediente “se deduce la solicitud de reducir puestos de trabajo, sino la de reforzar algunos servicios de mayor requerimiento o la reorganización de los existentes”, ni tampoco, por ejemplo, a la falta de titulación, que hubiera podido obtenerse con la realización de los cursos de formación, ni tampoco pretender que los requerimientos de la ITSS obligaban a la reducción de personas, porque sólo hacían referencia a las remuneraciones de personal.

En definitiva, la falta de fundamentación de las causas alegadas para el ERE lleva a concluir a la Sala que estamos en presencia de una clara vulneración del derecho de libertad sindical, “y constituye una respuesta o represalia empresarial al ejercicio de este derecho fundamental o bien al de reclamación de derechos laborales (principio de indemnidad)”. De ahí que el despido colectivo de los trece trabajadores sea declarado nulo por vulneración del art. 28.1 de la CE, con obligación de readmisión por parte empresarial.

d) Aquí hubiera podido finalizar la sentencia, pero la rigurosidad jurídica de la Sala le lleva a formular algunas consideraciones sobre otros defectos formales alegados en la demanda (probablemente, este es mi parecer, para dejar sentada doctrina ante conflictos que puedan suscitarse más adelante). En primer lugar, que “no existen legal y reglamentariamente consecuencias para el supuesto de exceso del plazo de 30 días de consulta”, algo que creo que debería matizarse según como se haya producido los acontecimientos, quienes hayan pedido la ampliación del período y quienes hayan alegado, en su caso, la vulneración del período máximo de dicho período en defensa de sus intereses, y en tal sentido ya hay doctrina de la Audiencia Nacional al respecto; en segundo término, sobre la falta de documentación sólo queda acreditada la falta de firma del documento, pero no se discute su contenido; en fin, respecto al “Estado de flujos” su análisis hubiera sido necesario si la empresa hubiera alegado la causa económica, pero tal como he explicado con anterioridad la Sala no aceptó las “idas y vueltas” de la empresa en las causas alegadas y no entró a valorar esta.

### **39. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 17 de abril de 2.013.**

Con respecto a los sujetos legitimados para negociar, y quién debe hacerlo con carácter prioritario, es también de interés la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León el 17 de abril](#). Se trata del litigio suscitado por los sindicatos CC OO y UGT y por los delegados de personal de la empresa “Unión Minera del Norte SA (Grupo Salgueiro)” contra la citada empresa y otras varias (en cuanto que se plantea debate sobre la existencia o no de un grupo de empresas a efectos laborales de todas o parte de las mismas).

El conflicto encuentra su origen en la decisión empresarial, hecha pública el 4 de enero, de presentar un ERE para extinguir 29 contratos de trabajo, más exactamente todos los trabajadores del grupo Salgueiro. Queda debida constancia en los hechos probados, en

primer lugar, de toda la documentación presentada por la empresa para justificar las circunstancias económicas y productivas alegadas; también, de los debates habidos durante las reuniones celebradas en el período de consultas, con propuestas y contrapropuestas por ambas partes, no aceptando la empresa las realizadas por parte trabajadora y planteando a ésta que sólo podía optarse (con diversos matices que fueron expresándose durante las reuniones) entre “reducción de los costes salariales en el entorno de los porcentajes que plantea, o extinción de los contratos de trabajo en los términos planteados por la empresa en el expediente de despido colectivo”. Queda también constancia de que con fechas 18 y 25 de enero la empresa presentó ERES para otros dos centros de trabajo (grupo Santa Cruz y el asturiano de Pilotuerto-Tineo), y, esto es lo más destacable a efectos de mi comentario, que la negociación se llevó a cabo de forma separada para cada centro de trabajo, “sin intervención del Comité Intercentros”.

Además del debate sobre el sujeto que debe negociar por la parte trabajadora, la sentencia aborda otros aspectos de indudable interés, como por ejemplo la posible existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, recogiendo en hechos probados, la prestación de servicios de varios trabajadores para las empresas demandadas sin solución de continuidad, así como también que en varios de los centros de trabajo “existen trabajadores bajo una misma organización, con los mismos encargados, la misma maquinaria y el mismo material, todo ello bajo la dirección del facultativo de UNINSA. Las vacaciones de los centros de trabajo, incluido el grupo Salgueiro, se organizaban por acuerdo del facultativo responsable y de los representantes del personal, sin tener en cuenta la empresa en que laboraba cada uno de los trabajadores, sino atendiendo a las funciones que realizaba cada uno de ellos”.

Llamo también la atención sobre una interesante cuestión de competencia jurisdiccional planteada por la parte demandada, en cuanto que hay un centro de trabajo ubicado en otra Comunidad Autónoma, y que la autoridad administrativa laboral de Castilla y León remitió las actuaciones a la Dirección General de Empleo del MEySS. La cuestión se solventa a mi entender muy correctamente por la Sala al desestimar la excepción de incompetencia y entender que puede conocer de litigio suscitado, en cuanto que aquello que se ha planteado en el conflicto es única y exclusivamente un ERE para un centro de trabajo ubicado en la CC AA de Castilla y León, algo que es muy distinto del hecho de que, al haberse tramitado tres ERES y uno de ellos en otra autonomía, la autoridad laboral haya entendido que debía remitir las actuaciones a la autoridad estatal, con una afirmación jurídica clara y contundente por parte de la Sala que merece reproducirse a continuación, afirmando que el RD1483/2012 “no puede modificar las normas sobre competencias establecidas en la Ley 36/2011..., que son bien claras en el sentido de que si el despido colectivo extiende sus efectos más allá del ámbito de una Comunidad Autónoma la competencia corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente”.

Las demandantes suscitaron la nulidad de la decisión empresarial de extinción de contratos por diversos motivos, entre ellos la no presentación de la documentación debida y la existencia de una actuación abusiva y contraria a derecho por parte empresarial, basadas ambas en la existencia a su parecer de un grupo de empresas y que hubiera requerido, caso de ser cierta esta tesis, la presentación de la documentación que abarque a la totalidad del grupo y no sólo la de la empresa que presentó el ERE. La Sala estudia con atención qué debe entenderse por grupo de empresas a efectos laborales y

recuerda que ya ha dictado una sentencia el 21 de septiembre de 2011 en la que se reconoció su existencia para varias empresas ahora demandadas, por lo que mantiene la misma tesis, mientras que no aprecia dicha existencia para otras por no haber quedado suficientemente acreditados los requisitos requeridos por la jurisprudencia del TS, al no haber podido probar los demandantes “ni la confusión de plantillas, ni el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, ni tampoco que se trate de empresas aparentes”. Por consiguiente, en cuanto que sí queda acreditada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, las causas económicas y productivas alegadas hubieran debido ir referidas a la totalidad de aquel, recordando la Sala lo dispuesto en el art. 4.5 del RD 1483/2012, y al haberlo incumplido la empresa ello provoca la declaración de nulidad por no haberse entregado la documentación prevista en el art. 51.2 de la LET.

¿Y sobre el sujeto legitimado para negociar? En este punto la Sala constata que, al margen de la existencia o no del grupo de empresas (que ciertamente también existe, como acabo de explicar), se produjeron extinciones contractuales que afectaron a tres centros de trabajo de la empresa demandada, y que no ha intervenido el comité intercentros “constituido conforme a las previsiones del artículo 42 del Convenio Colectivo de UMINSA...”. Si las causas económicas y productivas alegadas afectaban, y así queda probado tanto en los hechos probados como en las diversas manifestaciones y documentos de la empresa, a toda ella y no sólo a uno o varios centros de trabajo, el sujeto legitimado para negociar, de acuerdo a la normativa vigente (legal y convencional en este caso de forma conjunta) era el comité intercentros y no la representación unitaria de cada centro de trabajo por separado, por lo que la empresa actuó de forma fraudulenta al trocear la negociación y evitar la actuación del sujeto legitimado para negociar. La consideración jurídica va acompañada de otra de índole más social pero que sin duda tiene también relevancia en el ámbito jurídico, cual es que al negociarse por separado “debilita la defensa de los trabajadores afectados y, por otra, constituye un fraude indudable porque, como señalan los actores, la empresa oculta su verdadera dimisión y la generalidad de las causas extintivas”.

#### **40. Sentencia del TSL de Castilla y León de 24 de abril de 2.013.**

Me refiero a continuación, con mucha brevedad, a una cuestión suscitada en diversas sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León; más concretamente, me refiero a la ampliación del plazo del período de consultas, que la normativa vigente estipula como máximo, y sus efectos sobre la validez del acuerdo alcanzando, reiterando las sentencias las tesis de otras resoluciones judiciales sobre su validez (por todas, la sentencia de la AN de 13 de marzo) si esa ampliación se ha producido por mutuo acuerdo de las partes (y queda debidamente documentada) con el objetivo, justamente, de alcanzar un acuerdo para evitar llegar a juicio, y necesitar de más tiempo del regulado legalmente (30 días, o 15 en empresa de menos de 50 trabajadores).

En la [sentencia del TSJ de Castilla y León de 24 de abril](#) se alega por la parte empresarial recurrente, en recurso de suplicación, que la sentencia de instancia ha vulnerado el art. 51.2 de la LET por haber resuelto que al haber transcurrido el período máximo de 30 días previsto para el período de consultas, la decisión de extinción contractual debe declararse nula. La Sala estima el recurso y hace suya la tesis de la AN de que “dicho plazo no limita que continúe la negociación, cuando ambas partes están

de acuerdo en continuar negociando, ya que su finalidad es que ninguna de las partes pueda compeler a la otra a continuar negociando contra su voluntad más allá del plazo legal”, y que no puede estimarse la existencia de mala fe empresarial “cuando además esta prórroga lo fue a instancia de los propios representantes de los trabajadores y lo fue con ánimo de alcanzar un acuerdo y así consta en las Actas”.

#### **41. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 2 de mayo de 2.013.**

Me refiero a continuación a [la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León \(sede de Valladolid\) de 2 de mayo](#), de la que ha sido ponente la magistrada Susana María Molina Gutiérrez.

Dicha sentencia, que calificaré de “atípica”, tiene particular interés por varias razones: la primera, porque se trata de una demanda en proceso de despido colectivo interpuesta por el administrador concursal de la empresa (no recuerdo que se haya suscitado ninguna otra de ese tenor hasta el momento) contra la representación legal de los trabajadores para que se declarara ajustada a derecho (ex art. 124.3 de la [Leyreguladora de la jurisdicción social](#)) el ERE que había presentado la empresa (antes del nombramiento del administrador concursal); la segunda, porque parte de los miembros del comité de empresa que habían suscrito el ERE ahora impugnado se opusieron al mismo en el acto de juicio; la tercera, consecuencia parcial de la anterior, es que la demanda será desestimada (también es la primera ocasión que una demanda planteada por la representación legal de la empresa es desestimada), por último, y desde luego no menos importante, es la resolución del conflicto por parte del tribunal, en concreto de un ERE iniciado el 29 de octubre de 2012, mediante la utilización del [RD 43/1996 de 10 de enero](#), sin acudir ni al [RD 801/2011 de 10 de junio](#), que derogó al anterior, ni a la [Ley3/2012 de 6 de julio](#), que ya estaba en vigor en el momento en que se inició la tramitación del ERE.

La historia de este conflicto, tal como se recoge en hechos probados, encuentra sus orígenes en la presentación de un ERE el 24 de mayo de 2012, de suspensión de contratos y acordado con la representación de los trabajadores, al que siguieron cuatro más, incluido el que motiva la demanda, siendo el último de suspensión de cuatro contratos y de extinción de los restantes trabajadores de la plantilla, un total de 28. Todos los expedientes se pactaron con los representantes de los trabajadores, siendo importante a los efectos de mi exposición que el quinto se inició el 29 de octubre de 2012, y que un mes más tarde la empresa presentó solicitud de declaración de concurso voluntario, que fue declarado por el juzgado de lo mercantil y con apertura del período de liquidación de la compañía, procediendo también al nombramiento de un administrador concursal mediante auto de 17 de diciembre. Más adelante, y entiendo que también con importancia para la resolución del litigio, un nuevo auto del juzgado acordó el embargo preventivo de los bienes titularidad del administrador único y legal representante de la compañía “ante las irregularidades apreciadas en el actuar de dicho administrador único durante el período inmediatamente anterior a la solicitud”. Dichas irregularidades, muy numerosas, son recogidas con todo detalle en el hecho probado octavo.

Vayamos a los fundamentos de derecho, y destaco en primer lugar que la referencia al art. 124.3 de la LRJS es de aportación propia y no de la Sala, ya que no he encontrado ninguna referencia expresa a la misma en la sentencia, si bien entiendo que cabe incluir al administrador concursal en el supuesto tipificado en dicho precepto. Con respecto a

las alegaciones de dos miembros del comité de empresa (demandados) que se opusieron a la demanda, se planteó un defecto formal en la tramitación de ERE por entender que al haber centros de trabajo en más de una provincia la tramitación correspondía a la autoridad autonómica laboral y no a la provincial.

Es aquí, y voy al eje central de mi comentario, cuando, si me permiten la expresión coloquial, “me pierdo” en la lectura de la sentencia y me pregunto si hay datos desconocidos que puedan justificar la tesis del Tribunal a la que me inmediatamente me refiero. Dado que estamos en un debate de atribución de competencias entre una u otra autoridad administrativa, habrá que acudir a la normativa aplicable para su resolución, y la Sala manifiesta sus dudas respecto a cuál debe ser, por razón de la presentación del ERE el 29 de octubre de 2012, esto es si el RD 1483/2012 de 29 de octubre (publicado en el BOE del 30 y con entrada en vigor el 31), o.... el RD 43/1996 de 19 de enero.

Insisto, la Sala tiene dudas sobre qué norma aplicar de las dos citadas. La Sala acude correctamente a la disposición transitoria única del RD 1483/2012 (“A los procedimientos incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento que se aprueba por el presente real decreto iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, pero con posterioridad al 12 de febrero de 2012, les será de aplicación la normativa vigente en el momento de su inicio”), por lo que es claro y manifiesto que no puede ser de aplicación ese texto,.... “sino el 43/1996”.

Hasta donde mi conocimiento alcanza, el RD 43/1996 fue derogado por el RD 801/2011 de 10 de junio (Disposición derogatoria única: “1. Queda derogado el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos”), por lo que no alcanzo a entender jurídicamente la razón de la utilización de esta norma para resolver el conflicto competencial, por lo que no creo necesario continuar con el análisis que efectúa la sentencia en este punto, salvo para destacar (y las citas también serían válidas si se hubiera acudido a la norma vigente en el momento del inicio del ERE, esto es el RD 801/2011) que la Sala desestima la petición de nulidad acudiendo a la [Ley30/1992](#) y en concreto a su artículo 63, por entender que la infracción del ordenamiento jurídico que se ha producido no ha provocado un perjuicio insalvable o indefensión a los interesados.

Pero, la Sala vuelve sobre sus pasos y se plantea, no la indefensión de los demandados, sino si el procedimiento utilizado ha sido el correcto, dado que, siempre según la Sala, “al tiempo de principiar el empresario el período de consultas con la representación unitaria de la empresa (28 de octubre de 2012) el texto vigente sería el RD 43/1996, y no el RD 1483/2012 en vigor desde el día 30 de octubre de 2012”. Perfecta, sin duda, la referencia cronológica sobre el segundo RD,... pero ¿qué argumento hay para aplicar una norma que ya fue derogada más de un año antes del inicio del ERE? En fin, la consecuencia de la aplicación de la “norma inadecuada” llevará a la Sala a la desestimación de la demanda por motivos formales, tras poner de manifiesto en un párrafo del fundamento de derecho tercero las diferencias, que comparto entre la tramitación de una norma de 1996, con una regulación basada en la autorización de la autoridad administrativa laboral, y la de 2012, en donde la función de la Administración es básicamente la de mediar y auxiliar a las partes.

En los fundamentos de derecho no se cita en ningún momento el RD 801/2011, ni tampoco el RDL 3/2012 o la Ley 3/102 (aplicable esta última por razón del momento de inicio del último ERE).

Concluyo. Quiero pensar que desconozco algún elemento sustancial de litigio, no recogido en hechos probados. Si no fuera así, simplemente hay que decir que el Tribunal aplicó una norma derogada. Dicho está, y como decimos los juristas, salvo mejor parecer.

#### **42. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 2.013.**

Toca ahora referirse a la [sentencia del TSJ de Castilla y León \(Burgos\) de 22 de mayo de 2013](#), de la que ha sido ponente el magistrado Santiago Ezequiel Marqués, en la que se vuelve a plantear la cuestión relativa al cómputo del número de extinciones para deber presentar o no un ERE según lo dispuesto en el art. 51.1 de la LET, y a los efectos del caso que motiva mi comentario interesa el apartado a), “diez trabajadores en empresas que ocupen menos de cien trabajadores”.

Se trata de un recurso de suplicación interpuesto por un trabajador despedido por causas objetivas (art. 52 c LET), cuya demanda fue desestimada por el juzgado de lo social, debiéndose la extinción producida el 20 de julio y con efectos de 4 de agosto, según se recoge en los hechos probados, porque “en el mes de agosto de 2012 la empresa se quedó sin actividad que realizar al haberse acordado por el promotor la paralización de la única obra en la que venía trabajando.. en fecha 15.8.12...”.

El litigio gira, al igual que otros semejantes planteados ante TSJ y con una importante sentencia dictada por el TS el 8 de julio de 2012, sobre qué extinciones deben computarse a efectos de deber presentar la empresa un ERE o bien poder extinguir contratos por la vía del art. 52 c), ya fuere con carácter individual o plural. De la sentencia del TS recuerdo ahora que “la Sala se pronuncia en contra del criterio formalista y utiliza una interpretación integradora de la normativa europea con la española que lleva a garantizar de la mejor manera posible los derechos de los trabajadores afectados por un ERE, no aceptando que la mera referencia, en la comunicación de la extinción del contrato, a que la causa es la finalización de la obra o servicio, y no una de índole económica, organizativa o productiva, sea suficiente para “expulsar” del cómputo numérico a efectos del ERE a tales extinciones”.

En concreto, se debate si la extinción se ha producido por causa legal o no, dado que la parte trabajadora recurrente entiende que no había finalizado la obra referida, y que dándose la misma situación en otros contratos extinguidos en un período de 90 días, tenían que computarse a efectos de un posible ERE, ya que las extinciones se habían producido por “motivos no inherentes a la persona del trabajador” y sin poder entrar en juego la excepción prevista en el art. 49 c) de la LET, esto es, según recoge la sentencia, “aquellos que se hubiesen extinguido lícitamente por conclusión del término pactado o por la terminación de la obra o servicio”, recordando con buen criterio la Sala que el objetivo del art. 51.1 “es evitar que se eludan por el empresario los trámites y garantías... previstos para el despido colectivo”. En la sentencia de instancia se desestimó la demanda por entender que había varios contratos temporales extinguidos “por fin de contrato” que no eran computables a efectos del número de extinciones.

La importancia del supuesto analizado radica en que no ha quedado probado, a juicio de la Sala, que la extinción del trabajador se haya producido por la finalización de la obra en la que estaba prestando sus servicios, y que la actividad empresarial, siempre según hechos probados, sigue desarrollándose, porque la extinción de los contratos temporales no respondió a una finalización real de la obra contratada, quedando acreditado que no consta que en el momento que se produjeron las extinciones “hubieran finalizado las obras en las que venían trabajando... o que se hubieran paralizado las mismas pues la finalización de esta lo fue en fecha posterior”.

Al no haber podido probar la empresa la justificación de las extinciones de contratos temporales, debería computarse como extinciones no inherentes a la persona del trabajador y valer para el cómputo de un posible ERE, y en tal caso el número de extinciones realizadas por la empresa hubiera superado el número fijado en el apartado a) del art. 51.1. En consecuencia, la extinción del contrato del recurrente hubiera debido producirse, en su caso, en el marco de un despido colectivo, y al no haberse operado de esta forma por la empresa procede la estimación del recurso y la declaración de nulidad del despido.

### **43. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de mayo de 2.013.**

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dictó sentencia el 23 de mayo con ocasión de la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el comité de empresa del centro de trabajo “Grupo Santa Cruz del SIL”, de la empresa Unión Minera del Norte SA, en la que se solicitaba la nulidad de la decisión empresarial de extinción de los 65 trabajadores de dicho centro, o subsidiariamente la declaración de ser esa decisión empresarial no ajustada a derecho.

El litigio es esencialmente idéntico (a excepción lógicamente de los trabajadores afectados por tratarse de distinto centro de trabajo) al abordado por la [sentenciadictada el 17 de abril de la misma Sala](#), sentencia a la que se hace expresa referencia en el hecho probado decimotercero y se explica que “ha devenido firme por consentida”, refiriéndose al conflicto planteado por el despido de los trabajadores del grupo Salgueiro de León, por lo que el Tribunal, tal como explica en el fundamento jurídico tercero, “en cuanto al fondo del asunto.., tiene que reproducir el planteamiento y el examen efectuado en (esa) sentencia...”. Por ello, [reitero buena parte de la explicación que efectué en una anterior entrada del blog](#).

Queda debida constancia en los hechos probados que el ERE se inició mediante comunicación de la empresa de 26 de octubre de 2012, con alegación de causas económicas y productivas, así como también de toda la documentación presentada por la empresa para justificar las circunstancias económicas y productivas alegadas; también, de los debates habidos durante las reuniones celebradas en el período de consultas, con propuestas y contrapropuestas por ambas partes, no aceptando la empresa las realizadas por parte trabajadora ni ésta las presentadas por la parte empresarial que incluían importantes reducciones salariales.

Además del debate sobre el sujeto que debe negociar por la parte trabajadora, la sentencia aborda otros aspectos de indudable interés, como la posible existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, recogiendo en hechos probados, la prestación de servicios de varios trabajadores para las empresas demandadas sin solución de continuidad, así como también que en varios de los centros de trabajo “existen



trabajadores bajo una misma organización, con los mismos encargados, la misma maquinaria y el mismo material, todo ello bajo la dirección del facultativo de UNINSA. Las vacaciones de los centros de trabajo, incluido el grupo Santa Cruz, se organizaban por acuerdo del facultativo responsable y de los representantes del personal, sin tener en cuenta la empresa en que laboraba cada uno de los trabajadores, sino atendiendo a las funciones que realizaba cada uno de ellos”.

Llamo también la atención sobre una interesante cuestión de competencia jurisdiccional planteada por la parte demandada, en cuanto que hay un centro de trabajo ubicado en otra Comunidad Autónoma, y que la autoridad administrativa laboral de Castilla y León remitió las actuaciones a la Dirección General de Empleo del MEySS. La cuestión se solventa a mi entender muy correctamente por la Sala al desestimar la excepción de incompetencia y entender que puede conocer de litigio suscitado, en cuanto que aquello que se ha planteado en el conflicto es única y exclusivamente un ERE para un centro de trabajo ubicado en la CC AA de Castilla y León, algo que es muy distinto del hecho de que, al haberse tramitado tres ERES y uno de ellos en otra autonomía, la autoridad laboral haya entendido que debía remitir las actuaciones a la autoridad estatal, con una afirmación jurídica clara y contundente por parte de la Sala que merece reproducirse a continuación, afirmando que el RD1483/2012 “no puede modificar las normas sobre competencias establecidas en la Ley 36/2011..., que son bien claras en el sentido de que si el despido colectivo extiende sus efectos más allá del ámbito de una Comunidad Autónoma la competencia corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente”. La Sala recuerda que la empresa hubiera podido presentar un único ERE para las tres explotaciones mineras, y en tal caso la competencia funcional hubiera sido de la AN al estar ubicado un centro de trabajo en la Comunidad Autónoma de Asturias, pero al no hacerlo la competencia funcional pertenece a la Sala que conoce de este conflicto.

Las demandantes suscitaron la nulidad de la decisión empresarial de extinción de contratos por diversos motivos, entre ellos la no presentación de la documentación debida y la existencia de una actuación abusiva y contraria a derecho por parte empresarial, basadas ambas en la existencia a su parecer de un grupo de empresas y que hubiera requerido, caso de ser cierta esta tesis, la presentación de la documentación que abarque a la totalidad del grupo y no sólo la de la empresa que presentó el ERE. La Sala estudia con atención qué debe entenderse por grupo de empresas a efectos laborales y recuerda que ya ha dictado una sentencia el 21 de septiembre de 2011 en la que se reconoció su existencia para varias empresas ahora demandadas, por lo que mantiene la misma tesis, mientras que no aprecia dicha existencia para otras por no haber quedado suficientemente acreditados los requisitos requeridos por la jurisprudencia del TS, al no haber podido probar los demandantes “ni la confusión de plantillas, ni el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, ni tampoco que se trate de empresas aparentes”. Por consiguiente, en cuanto que sí queda acreditada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, las causas económicas y productivas alegadas hubieran debido ir referidas a la totalidad de aquel, recordando la Sala lo dispuesto en el art. 4.5 del RD 1483/2012, y al haberlo incumplido la empresa ello provoca la declaración de nulidad por no haberse entregado la documentación prevista en el art. 51.2 de la LET.

¿Y sobre el sujeto legitimado para negociar? En este punto la Sala constata que, al margen de la existencia o no del grupo de empresas (que ciertamente también existe,

como acabo de explicar), se produjeron extinciones contractuales que afectaron a tres centros de trabajo de la empresa demandada, y que no ha intervenido el comité intercentros “constituido conforme a las previsiones del artículo 42 del Convenio Colectivo de UMINSA...”. Si las causas económicas y productivas alegadas afectaban, y así queda probado tanto en los hechos probados como en las diversas manifestaciones y documentos de la empresa, a toda ella y no sólo a uno o varios centros de trabajo, el sujeto legitimado para negociar, de acuerdo a la normativa vigente (legal y convencional en este caso de forma conjunta) era el comité intercentros y no la representación unitaria de cada centro de trabajo por separado, por lo que la empresa actuó de forma fraudulenta al trocear la negociación y evitar la actuación del sujeto legitimado para negociar. La consideración jurídica va acompañada de otra de índole más social pero que sin duda tiene también relevancia en el ámbito jurídico, cual es que al negociarse por separado “debilita la defensa de los trabajadores afectados y, por otra, constituye un fraude indudable porque, como señalan los actores, la empresa oculta su verdadera dimisión y la generalidad de las causas extintivas”.

Añado, para concluir, que hay una tercera sentencia de la Sala que se pronuncia en el mismo sentido que las dos anteriores, declarando la nulidad de los despidos de 169 trabajadores del Coto Minero Cantábrico en la mina de Cerredo, y que la dirección de Uminsa presentó a principios de junio ["un nuevo expediente de regulación laboral de extinción para todos los productores de Salgueiro y de Santa Cruz del Sil. Extendió los despidos a más trabajadores de Uminsa en Cerredo, hasta completar un total de 136 nuevos despidos"](#).

#### **44. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2013.**

La [Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha dictado sentencia el 27 de mayo](#) en el conflicto suscitado por la presentación de una demanda en proceso de despido colectivo por parte del Comité de Empresa de “Congelados y Derivados SA”, contra la decisión de la empresa de extinguir 24 contratos de trabajo. El interés más relevante de la sentencia radica, a mi parecer, en cómo aborda la situación jurídica de tres miembros del comité de empresa que fueron incluidos en el mismo. En la demanda, que ya adelanto que es desestimada, se pedía la nulidad de dicha decisión y, de forma subsidiaria, la declaración de no ser ajustada a derecho por no haber quedado acreditada la causa alegada para presentar el ERE. La demanda también se dirige contra la empresa Pescapuerta SA, empresa matriz del grupo Pescapuerta y que desde junio de 2009 es propietaria de la mayoría de acciones de la primera empresa demandada.

2. De los hechos probados interesa dejar constancia del inicio de la tramitación del ERE extintivo el 24 de enero, con la propuesta empresarial de extinción de 24 contratos de un centro de trabajo (la empresa disponía en ese momento de once centros y un total de 167 trabajadores), con alegación de causas económicas y productivas, con la presentación de la correspondiente documentación. El período de consultas finalizó sin acuerdo y constan recogidas distintas propuestas y contrapropuestas de las partes, destacando las manifestaciones de la empresa de la imposibilidad de recolocar a los trabajadores afectados por el cierre de la producción y de las cámaras. También es interesante destacar la manifestación de la empresa de que no podía aportar las cuentas

consolidadas del grupo “debido a las complicaciones que implican las filiales en terceros países”.

Las propuestas empresariales giraron alrededor de la posible mejora de la indemnización, mientras que la parte trabajadora puso el acento en el mantenimiento de los puestos de trabajo. En los hechos probados sexto a noveno se explica la situación económica de CONDESA y las pérdidas económicas experimentadas en los últimos años como consecuencia tanto de la crisis en general como de “las especiales circunstancias por las que atraviesa el sector de la producción, elaboración y venta de productos congelados”, y se expone igualmente, el ahorro económico que según la empresa supone “externalizar tanto la producción como la logística”. Con respecto a los trabajadores afectados, hay una cuidada descripción en el hecho probado undécimo: se trata del “personal afecto a la línea de producción y cámaras que se cierran, en total 20 trabajadores, 2 trabajadores del departamento de venta mayor, seleccionados siguiendo el criterio de mayor coste social en un caso y en el otro de menor productividad, 1 trabajador del departamento de personal (formado por 4 personas) y otro del departamento de venta telefónica, seleccionados estos últimos por el criterio de antigüedad. Entre los trabajadores afectados, ninguno mayor de 55 años, se encuentra el Presidente y otros 2 miembros del Comité, que pertenecían a mantenimiento y la secretaria del mismo, asignada a calidad”.

3. La parte demandante solicita en primer término la nulidad de la decisión extintiva por “inadecuación de procedimiento”, por entender que el umbral del art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) debe aplicarse a todo el grupo Pescapuerta, integrado por 1.870 trabajadores, por lo que no habría sido correcto plantear un ERE por afectar a menos de 30 trabajadores (hasta donde mi memoria alcanza, es la primera ocasión en la que veo una estrategia de nulidad basada en el incumplimiento empresarial de presentar despidos individuales y negar que pueda darse un ERE), tesis rechazada por la Sala por entender que no estamos en presencia de un grupo laboral patológico y que el número de trabajadores afectados en relación con el de la empresa demandada sí hacia obligada la presentación de un ERE, aún cuando la Sala reconoce que Pescapuerta tiene una participación accionarial mayoritaria, “casi única” en la demandada y que se evidencia “un elevado grado de dependencia de la misma”.

La Sala considera que, en cualquier caso, no se ha producido lesión alguna para los trabajadores afectados porque podrán accionar en defensa de sus derechos en vía individual, afirmación técnicamente correcta pero algo sorprendente si se repara, y así lo reconoce la propia Sala, en que la impugnación sólo podrá formularse “en aquellos aspectos legal y reglamentariamente determinados y no afectados por lo resuelto en este proceso, que produce efectos de cosa juzgada sobre los mismos...”. Dado que la sentencia se pronuncia sobre la existencia de las causas, que entiende probadas, resulta difícil pensar qué argumentos quedan a los afectados para la impugnación, salvo lógicamente aquellos referentes a los criterios de selección de los trabajadores afectados.

Sobre la falta de entrega de la documentación a la que está legal y reglamentariamente obligada la empresa, la Sala pasa revista a la [Directiva de 1998 sobre despidos colectivos](#), a la doctrina de la Audiencia Nacional y a lo dispuesto en la LET, concluyendo que la documentación económica presentada se ajusta a derecho, y que las partes, y en concreto la trabajadora, dispuso de la posibilidad de negociar durante el

período de consultas con buen conocimiento de la realidad empresarial. Se formula una manifestación fáctica sobre la imposibilidad empresarial de presentar, como he explicado antes, las cuentas consolidadas del grupo por tener empresas en distintos países y “con diferentes legislaciones en el ámbito societario”, pero no se formula ninguna consideración jurídica sobre el posible impacto de esa medida en la validez de la decisión empresarial, validez que reconoce la Sala por quedar probada a su parecer la causa económica alegada de existencia de pérdidas económicas.

Sobre las diferentes propuestas y contrapropuestas planteadas en sede negociadora, la Sala concluye que la parte empresarial ha cumplido con el deber de buena fe negocial y que el hecho de no alcanzarse un acuerdo puede significar, tal como ha ocurrido en este caso, que la empresa presente una propuesta final que no recoja la o las formuladas durante el proceso negociador. Para la Sala queda debidamente probado el cumplimiento de la buena fe empresarial, y por decirlo con sus propias palabras, “siendo que mantuvo diversas reuniones para negociar un acuerdo con la representación de los trabajadores, en las que, a tenor del contenido de las respectivas actas, mediaron diversas propuestas no solo de mejora económica sino incluso para intentar la recolocación externa, dado que la interna era inviable, y que, por las causas que fueran, por desgracia finalmente no cuajaron, terminando el periodo de consultas sin acuerdo, debiendo tenerse presente asimismo que el deber de negociar no obliga a pactar necesariamente y que si bien durante el periodo de consultas la negociación producida se encamina a la consecución de un acuerdo y se intenta aproximar las posturas, ofreciéndose soluciones o fórmulas con el objeto de fijar una postura final, si ésta no llega a producirse o producida no es aceptada, no queda la empresa vinculada por los ofrecimientos efectuados para conseguir el acuerdo y dado que en el presente supuesto no se alcanzó el acuerdo final no quedaban las partes vinculadas a las propuestas intermedias ofrecidas”.

Respecto a la selección de los trabajadores afectados, la Sala rechaza la petición de nulidad por haberse incluido a tres miembros del Comité de Empresa en el ERE, siendo así que había otros trabajadores que siguen prestando sus servicios en la empresa. Su argumentación es doble; de una parte, aunque de forma muy esquemática y sin fundamentación jurídica, el hecho de que prestan servicios “en labores relacionadas con la línea de producción o cámaras que se cierran”, por lo que creo que hubiera sido necesario un esfuerzo argumental jurídico para justificar la validez de la decisión empresarial, que a mi parecer no se encuentra en la sentencia, y que la diferencia, por poner un ejemplo bien reciente, de la [sentencia dictada por la AN el pasado 12 de junio en el ERE de Rocas Sanitarios](#) y que ha analizado en otra entrada del blog; de otra, la sorprendente afirmación de que la impugnación de esta decisión empresarial, que afecta al núcleo duro del derecho de libertad sindical en relación con el de participación en la empresa y el de negociación colectiva, sólo podrá discutirse en sede de reclamación individual, afirmación muy válida, ex art. 124.11 de la [ley reguladora de la jurisdicción social](#), para los trabajadores que no sean cargos electos, pero que resulta sorprendente leer cuando también se afirma, como consecuencia de la aplicación del art. 124.11 a cualquier supuesto de selección de afectación, que “no cabe abordar, pues, en este procedimiento lo relativo a la afectación al despido colectivo de determinados miembros del Comité...”. La vulneración del derecho de libertad sindical es claro y manifiesto que sí puede abordarse en el proceso de despido colectivo, y así lo ha hecho la sentencia citada de la AN con remisión a la doctrina del TC, supuesto que sería perfectamente extrapolable a mi parecer al caso ahora analizado. Cuestión distinta, en

efecto, es que pueda quedar probada por la empresa la imposibilidad de mantener o reubicar a los miembros del comité de empresa afectados por el ERE, pero ello guarda relación precisamente con el previo análisis y examen de la posible existencia de vulneración de un derecho fundamental, algo que no ha existido en la sentencia ahora comentada.

En fin, la Sala considera debidamente probada, como ya he dicho, la existencia de las pérdidas de CONDESA, así como también los del grupo a los que pertenece. La Sala acepta además que la decisión de externalizar parte de la actividad es positiva para el mantenimiento de la empresa, ya que se produce “un ahorro importante” de costes. Por consiguiente, entra en un terreno de aceptación de la decisión empresarial no tanto sólo por la existencia de pérdidas sino también por la conveniencia, a su parecer, de la decisión adoptada de gestión empresarial, y considera que será positiva en términos de reducción de costes “debido al considerable descenso del número de trabajadores de línea de producción y cámaras y de las ventas especialmente en aquellas secciones”. Es decir, la Sala sí entra en el juicio de razonabilidad de la causa alegada, aunque sea precisamente para justificar la decisión empresarial de externalización. Una cuestión muy interesante y sobre la que habrá que seguir debatiendo.

#### **45. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 28 de mayo de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de Castilla y León de 28 de mayo](#) versa sobre la demanda interpuesta el 17 de abril por la Federación de Servicios Públicos de UGT de dicha autonomía en proceso de despido colectivo, consecuencia de la decisión del Servicio Público autonómico de empleo de extinguir los contratos de trabajo del personal laboral contratado para la ejecución del [plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral](#) aprobado por el gobierno socialista en abril de 2008, y para el que se destinaron partidas presupuestarias estatales distribuidas a las Comunidades Autónomas en virtud de los acuerdos adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales.

A) En los hechos probados queda debida constancia de las vicisitudes de la negociación durante el período de consultas, con planteamiento empresarial de extinción de 114 contratos, así como las comunicaciones previas a los Comités de Empresa de las Consejerías y la posterior al Comité Intercentros en cuanto que este había sido delegado por los comités de empresa como el interlocutor ante la empresa, interlocución además ya prevista en el art. 109 del convenio colectivo aplicable; también, la adopción por el comité intercentros de la decisión de negociar por medio de su comisión permanente. Igualmente, las alegaciones de la parte empleadora de la existencia de insuficiencia presupuestaria sobrevenida, disminución presupuestaria superior a la prevista en la normativa de aplicación (art. 35 3 b del [RD 1483/2012](#)), y resultados negativos en los dos años anteriores de las entidades integradas en el sector público autonómico. La contratación de personal para poner en marcha el Plan se realizó mediante la modalidad contractual de obra o servicio determinado, mantenido durante todo el período de disponibilidad de consignación presupuestaria, y con una cláusula en el contrato en la que se hacía constar de forma expresa que estaba financiado “con transferencias finalistas del Estado. Quedando por tanto extinguido por falta de consignación presupuestaria para su desarrollo”.

Durante el período de consultas, tal como queda recogido en los hechos probados, se formularon diversas propuestas por parte de los integrantes de la representación de la

parte trabajadora, que iban desde la negativa total a su aceptación hasta las de buscar acuerdos que disminuyeran el número de personas afectadas, así como de la parte empresarial en el sentido de plantear también esta última posibilidad. Finalmente, y con el voto en contra de la representación de CGT y UGT, el comité acordó con la empresa la reducción de 54 personas del número de las inicialmente afectadas por las extinciones contractuales. Por su interés, reproduzco los tres puntos más relevantes del acuerdo: “Tres.- Que desde el Servicio Público de Empleo se solicite al órgano competente en materia de Función Pública la incorporación de las plazas objeto de este acuerdo a la relación de puestos de trabajo de dicho organismo. Cuatro.- Respetar la prioridad de permanencia de los representantes legales y sindicales de los trabajadores. Cinco.- Que el criterio de prioridad de permanencia será absolutamente objetivo y se basará en el orden de puntuación obtenido en la prueba de selección específica para orientadores laborales convocada al efecto para la ejecución del programa extraordinario estatal a través del que fueron seleccionados, salvo aquellas personas que aun no resultando finalmente afectadas por el ERE manifiesten su voluntad de renunciar a su prioridad en el plazo de cinco días desde la formalización del acuerdo”.

B) Pasemos al análisis y examen de los fundamentos de derechos.

a) Se plantea en primer lugar por la parte demandada la caducidad de la acción, alegación muy sorprendente a mi entender porque se toma como punto de referencia el acuerdo en la comisión negociadora que estaba condicionado, para su validez, a la emisión de los preceptivos informes administrativos, algo que se produjo poco después y la demanda se ha presentado en los veinte días hábiles posteriores a la adopción definitiva del acuerdo. No deja de ser curioso, ciertamente, que la Administración vaya contra sus propios actos, y tal es la crítica formulada en la sentencia al desestimar su petición.

b) Nuevamente se suscita, y está ocurriendo en muchos de los últimos conflictos laborales por ERES que he tenido oportunidad de estudiar, la cuestión de la nulidad del período de consultas por hipotética superación del plazo máximo de treinta días naturales previsto en el art. 44.3 del [RD 1483/2012](#).

La Sala entiende, como cuestión previa, que no cabe anudar una declaración de nulidad a una superación de dicho período por no estar expresamente prevista en la norma, y en el caso concreto enjuiciado pone de manifiesto las distintas vicisitudes acaecidas hasta llegar al momento en que se inicia la negociación, propiamente dicha, con el comité intercentros, que haría decaer la petición de nulidad por no haberse excedido aquel plazo. No obstante, y en la misma línea de “flexibilidad negocial” que parece haberse abierto camino en las sentencias de la AN y de varios TSJ ante las peticiones de nulidad por este motivo, la Sala plantea a efecto dialécticos que, incluso aceptando como inicio una determinada fecha que supondría una mínima superación del período máximo de consultas, e insistiendo en que no hay prevista una expresa declaración de nulidad, “... cuando esta superación es breve y en un contexto negociador sería contrario a la buena fe anudar una consecuencia negativa a dicha superación”. Destaco incidentalmente que a efectos de conocer si la prórroga de la negociación se ha realizado con acuerdo de las partes, de forma expresa o tácita, cada vez será más importante acudir a las actas de los períodos de consulta y a la muy concreta especificación de la fecha de inicio de los mismos.

c) La sentencia, muy bien estructurada en su fundamentación jurídica por lo que permite seguir con claridad todas las alegaciones formuladas, pasa revista a continuación a la legitimación negociadora, poniendo de manifiesto la corrección jurídica de negociar por parte de la empresa con el comité intercentros en cuanto que sujeto expresamente legitimado por vía negociadora para conocer de conflictos que excedan del ámbito de un centro de trabajo, al igual que también ratifica la corrección jurídica de poner la tramitación del ERE en conocimiento de todos los comités de todos los centros de trabajo en cuanto que son los directos representantes de los trabajadores afectados por el mismo.

Es cierto, y así se recoge en hechos probados, que se formuló una petición por parte por la denominada [“Plataforma de orientadores de Castilla y León”](#) pidiendo al comité intercentros que no firmara el acuerdo y también solicitando a la entidad afectada su presencia en la comisión negociadora y que se tuviera en consideración las decisiones del colectivo directamente afectado. No hay nada que objetar a mi parecer, desde el plano sindical, a la conveniencia de escuchar a quienes iban a verse afectados por el ERE, en el bien entendido que estaban jurídicamente representados en el seno de los distintos comités de empresa, y respecto a la petición de no suscripción de acuerdo alguno sin haberse previamente consultado a ese colectivo, es correcta la argumentación de la Sala respecto a su no cobertura jurídica, recordando que sólo sería posible cuando no hubiera representación legal al efecto, que en este caso concreto sí existe y es el comité intercentros.

d) Sobre la formación de voluntad de dicho comité al objeto de poder adoptar en debida forma su decisión sobre la aceptación del acuerdo, la Sala debe responder a la alegación de la posible insuficiencia de quórum para adoptar la decisión y al mismo tiempo de si la firma del acuerdo tenía tras de sí el número necesario de votos de dicho comité. Se trata, como puede comprobarse, de cuestiones organizativas internas de cómo adoptar decisiones en seno de dicho órgano de participación indirecto de los trabajadores, no habiéndose acreditado ninguna actuación fraudulenta, por lo que ni la empleadora ni la Sala pueden discutir la conformidad a derecho de la decisión. El Tribunal afirma tajantemente que en caso de entrar a valorar cómo se han adoptado las decisiones, sin ninguna mínima acreditación de actuación fraudulenta, “estaríamos posiblemente no a un paso sino directamente infringiendo el derecho de libertad sindical, al inmiscuirse en el funcionamiento y los acuerdos de la representación unitaria. Además, en el supuesto de que la decisión del comité no hubiera sido ajustada a derecho, ello implicaría sólo que la decisión del despido colectivo se hubiera adoptado por la empresa sin acuerdo, “pero ello no supondría anular el expediente”.

e) Hay varias alegaciones por la parte demandante sobre la existencia de discriminación vedada por el ordenamiento jurídico, todas ellas desestimadas por la Sala. En primer lugar, la diferencia (que se dice no justificada) entre los orientadores de empleo y el resto del personal del servicio público de empleo, siendo la diferencia que aquellos fueron contratados (y no se ha debatido en el caso, ni creo que se haya planteado, si sólo realizaban tales funciones o algunas más propias del resto de la plantilla) con contratos de obra o servicio para ejecutar el plan, contratos que devinieron en indefinidos no fijos al mantenerse durante varios años, al haber partida presupuestaria específicamente consignada al efecto, pero que siguen situándose en situación de “inferioridad jurídica” frente al personal fijo de plantilla en virtud de lo dispuesto en la disposición final vigésima de la Ley del Estatuto de los trabajadores y del art. 41 del RD 1483/2012, con

lo que vuelvo a insistir, como he hecho en anteriores ocasiones, en la necesidad de plantearse si la situación de los trabajadores “indefinidos no fijos” ha de permanecer permanentemente diferenciada de la del resto, o si la situación que dio lugar a esa diferenciación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en 1998 ha experimentando cambios que aconsejan reformularla.

En cualquier caso, y en el marco de la normativa y jurisprudencia vigente, la Sala considera que no existe discriminación, “pues en cuanto situación contractual patológica no pueden consolidar la plaza y su destino es la extinción mediante su cobertura con ajusta a los procesos de selección siguiendo los principios constitucionales antes mencionados”.

En cuanto a otras alegaciones formuladas, como es la de los criterios de selección de los afectados, la Sala lo desestima con claridad partiendo de los hechos declarados probados, pues una vez que ya se ha desestimado previamente la existencia de discriminación por razón de la condición jurídica de trabajadores indefinidos no fijos y trabajadores fijos, “lo que habrá de analizarse es la objetividad del criterio de selección y podemos anticipar que el doble criterio de dar preferencia a quienes han realizado una prueba específica para realizar el cometido de orientador laboral, respecto a quienes no la han realizado es un criterio objetivo y razonable como lo es el dar preferencia a los resultados obtenidos en dicha prueba”.

f) Es tratada de manera muy amplia, y con una cuidada argumentación jurídica, la existencia o no de las causas alegadas, quedando probada la existencia de una insuficiencia presupuestaria sobrevenida, las pérdidas en el sector público autonómico, y la disminución de los créditos presupuestarios del organismo por encima del 5 % con respecto a los del año anterior (cobran importancia los certificados de las autoridades administrativas). Ahora bien, la sentencia aporta otras muchas reflexiones interesantes sobre la problemática de los ERES en el ámbito público que no había visto ahora recogidas en sede judicial y de las que me interesa dejar constancia, porque se volverán a plantear sin duda en otros litigios (desgraciadamente, no creo que se detenga la sangría de destrucción de empleo en el sector público y la presentación de ERES para hacerla efectiva jurídicamente), aún cuando la Sala sólo los deje planteados por considerar que tal problemática no afecta al litigio enjuiciado.

Por ejemplo, la crítica a la regulación de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida cuando ocurra en tres trimestres, “que resulta cuando menos chocante cuando los presupuestos por ley son anuales, de manera que los créditos autorizados por la misma se refieren a todo un año natural y no a concretos trimestres”.

Por otra parte, y en un obiter dicta de indudable importancia, el posible carácter ultra vires de la regulación de los requisitos introducidos en el RD 1483/2012 para proceder al despido colectivo en el sector público y que no se encuentran recogidos de forma expresa en la LET, con el añadido de serios problemas interpretativos “por ejemplo en cuanto al ámbito en que ha de tomarse en consideración a efectos presupuestarios, con exclusión del concepto de grupo de empresas e incluso haciendo abstracción de la personalidad jurídica única de la Administración general; o en cuanto a la falta de consideración de la evolución histórica de los ingresos para atender únicamente a las decisiones políticas de atribución de créditos limitativos para el gasto público adoptadas por el autor de los presupuestos; o en cuanto a la naturaleza especial de la norma



presupuestaria anual y la posibilidad de alzar la misma en obstáculo para el cumplimiento de los contratos suscritos previamente por las Administraciones”.

La Sala pone el acento en diferenciar, en materia de presupuestos, entre la insuficiencia presupuestaria de la Administración en general, y en este punto la modificación introducida por la reforma laboral de 2012 y su desarrollo reglamentario es muy importante para alterar el marco jurídico anterior, y la posibilidad aún existente de disposición de ingresos “afectados o finalistas”, como es el caso de las partidas presupuestarias destinadas desde 2008 a la contratación, o mantenimiento, de los orientados de empleo por los servicios públicos autonómicos de empleo, en cuyo caso la insuficiencia presupuestaria predicada en la LET y en el RD 1483/2012 como causa económica suficiente para la extinción de los contratos “solamente podrá justificar los despidos de aquellos trabajadores directamente vinculados a dicho gasto financiado total o sustancialmente con ingresos afectados”, ingresos finalistas tal como queda debidamente acreditado por la normativa laboral de aplicación en relación con el art. 86 de la [Ley general presupuestaria](#). La Sala entiende además, no sólo que se trata de una insuficiencia presupuestaria sino que es sobrevenida y persistente por tratarse de una decisión política plasmada en la normativa presupuestaria, la supresión de la partida económica dedicada a la financiación de las partidas económicas para orientadores de empleo; es decir, “es sobrevenida porque obedece a una decisión del Estado que ha venido manteniendo la financiación de esos puestos de trabajo durante años y en el año 2012 decide que, para el ejercicio siguiente, la misma ya no seguirá manteniéndose y es persistente porque es definitiva y los presupuestos tienen un carácter anual”.

g) Para concluir este comentario sobre los contenidos que me han parecido más relevante de la sentencia, hay otra cuestión que suscita dudas sobre la “bondad política y jurídica” de la decisión de la parte empleadora, cual es el hecho de que, al mismo tiempo que se iniciaban los trámites procedimentales para extinguir los contratos de los orientadores de empleo, se aprobaba una convocatoria de subvenciones económicas para proyectos de empleo a las Diputaciones provinciales, más exactamente, y según se recoge en el hecho probado décimo, [subvenciones directas “a fin de contratar técnicos para la identificación de oportunidades de dinamización económica y de creación de empresas en el ámbito rural, por importe de 1.890.000 euros”](#), o lo que es lo mismo se trataría de funciones que podrían en parte, así lo reconoce la Sala, con las que anteriormente desarrollaban los orientadores de empleo.

La Sala se ampara, ciertamente con base jurídica, en el momento procesal en que se tuvo conocimiento de este hecho, durante el acto del juicio y en trámite de réplica por la parte demandante a las argumentaciones de la entidad empleadora, para no tomarla en consideración, al entender que la parte demandante hubiera debido solicitar con anterioridad o durante el acto del juicio, y no lo hizo, “pruebas complementarias para acreditar que esa convocatoria suponía un punto de inflexión trascendente sobre las subvenciones dadas en años anteriores a contratación de orientadores, agentes de desarrollo local, técnicos y demás”. Nos encontramos, pues, en presencia de un “dato indiciario” que ciertamente hubiera podido hacer cambiar la marcha del litigio si queda probado que la empleadora disponía de recursos económicos para el mantenimiento de los puestos de trabajo de todos los orientadores de empleo, pero no se ha ido más allá por la demandante para poder desmontar la tesis de conformidad a derecho de una decisión empresarial basada “en causa suficiente y acreditada”.

#### **46. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2013.**

1. Es objeto de comentario la [sentencia dictada el 19 de julio por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León](#), de la que ha sido ponente el magistrado Gabriel Coullaut. La sentencia se dicta con ocasión de la demanda interpuesta el 19 de abril por los delegados de personal de la empresa Músicos y Escuelas SL contra la misma y también contra el Ayuntamiento de Valladolid, solicitando la nulidad del ERE presentado y subsidiariamente la consideración de no ajustada a derecho, habiéndose celebrado el juicio el 22 de mayo. La sentencia declara ajustada a derecho la decisión extintiva de la totalidad de los contratos laborales de la plantilla.

2. Supongo que la historia del conflicto, de la que se efectúa una buena síntesis en los hechos probados, no resultará extraña a muchas personas que han trabajado para una corporación local y que posteriormente han pasado a prestar sus servicios a una entidad privada que asume la actividad anteriormente desarrollada por dicha corporación.

En este caso concreto, se trata de una escuela municipal de música, que a partir de 1997 el ayuntamiento decide que dicha prestación no se lleve a cabo de forma directa, de tal manera que a partir del curso 1997-98 y hasta el 2012-2013 (curso en el que la plantilla de la empresa era de 26 trabajadores, de los que 23 eran profesores) la prestación de tales servicios se ha llevado en cabo por la empresa privada demandada, que participó desde aquella fecha en los concursos de adjudicación convocados por el ayuntamiento. Dicha entidad fue precisamente constituida en julio de 1997 por dos socios que habían prestado con anterioridad sus servicios como trabajadores para la escuela municipal, y tenía por finalidad la enseñanza de música, actuaciones musicales y venta de instrumentos musicales, si bien, tal como se recoge en el hecho probado segundo, “prácticamente ha tenido como única finalidad la de licitar en los concursos públicos convocados por el Ayuntamiento de Valladolid para la concesión de la gestión y explotación de la referida Escuela Musical”.

Queda constancia de la disminución progresiva del número de alumnos matriculados desde el curso 2007-2008, y de los litigios entre la empresa y el ayuntamiento sobre las cantidades a abonar por este “en concepto de diferencia entre lo ingresado por cuotas de los alumnos y el precio previsto el pliego de condiciones administrativas” correspondientes a los dos primeros trimestres de este año. La entidad empresarial, ante la situación creada por la importante disminución de alumnos y la caída de ingresos, presentó solicitud de resolución de contrato al amparo del artículo 223 de la [Ley de contratos del sector público](#), cesando en su actividad el 31 de marzo, con entrega de las llaves del local donde desarrollaba su actividad el 1 de abril al ayuntamiento.

La situación económica descrita tuvo su aplicación en el ámbito laboral con la presentación de un ERE para la totalidad de la plantilla el 4 de marzo, siendo las causas alegadas, “como causa productiva el haberse instado la resolución de contrato de concesión administrativa y como causa económica la reducción de la suma abonada por el Ayuntamiento así como también de las aportaciones efectuadas por los alumnos que han disminuido en un 60% en el corriente curso”. El período de consultas, después de la celebración de varias reuniones, finalizó sin acuerdo el 27 de marzo, y el 4 de abril la empresa remitió a todos los afectados la comunicación de la extinción contractual.

En los hechos probados decimocuarto a decimosexto se recogen los datos relativos a la disminución del número de alumnos matriculados (de 607 en 2008 a 267 en 2013), los ingresos anuales por matriculación (de más de 493 millones en 2008 a algo más de 63 millones y medio en 2013), y la evolución de los ingresos y gastos de la empresa durante el mismo período, con la expresa mención, que sin duda tendrá importancia en la resolución del litigio, que los costes salariales y de Seguridad Social del personal suponía “aproximadamente el 95 % de los costes o gastos generales de mantenimiento o funcionamiento de la empresa”.

3. La parte demandante alegó inexistencia de causas que justificaran el ERE, ya que lo único que se había producido a su parecer era un incumplimiento del contrato mercantil entre la empresa y el ayuntamiento; por otra parte, alegó falta de buena fe negocial al tener la empresa decidida desde el inicio la decisión final, por lo que sólo hubo una apariencia formal de negociación, pero en modo alguno real; en fin, que se había producido una sucesión de empresa, ya que la entidad demandada había revertido al ayuntamiento, en virtud de la resolución del contrato, “un conjunto de elementos materiales y personales susceptibles de explotación”.

Por las partes demandadas hubo oposición a la demanda, con alegación por la primera de la existencia de las causas alegadas, y por la Corporación tanto la falta de legitimación pasiva, debido a la inexistencia de relación laboral con los trabajadores afectados por el ERE, como la inexistencia legal de obligación de subrogación, manifestando la Sala que la excepción procesal formal estaba vinculada al fondo de la cuestión, es decir a la obligación o no de asumir la titularidad de la actividad cultural, y de ahí que remitiera su análisis al estudio, precisamente, del fondo de la cuestión.

La Sala pasa revista a las alegaciones de nulidad del ERE, y subsidiariamente su consideración de no ajustado a derecho, en el bien entendido que no se alega por la demandante vulneración del art. 124 de la [ley reguladora de la jurisdicción social](#) sino que el ERE fue tramitado por la entidad privada y no por la corporación local que, siempre según los demandantes, asumió la titularidad de la actividad, cuestión jurídica que lleva a la Sala al análisis y resolución del asunto debatido, esto es si el ayuntamiento tenía obligación de continuar con la actividad que desde el curso 1997-98 había venido desarrollando una empresa privada, “o por el contrario ninguna obligación cabe imponer al Ayuntamiento de dispensar enseñanzas de música y además de que lo haga precisamente mediante gestión directa como lo había hecho hasta 1997”. La Sala examina cuáles son las “competencias mínimas esenciales” que los ayuntamientos deben prestar según el artículo 26 de la [Ley de Bases de Régimen Local](#), entre las que no se incluye la ahora objeto de debate, por lo que expone que no puede obligarse al ayuntamiento a mantener dicha actividad, y tampoco, en el supuesto de que si decidiera mantenerla, a imponerle que lo haga por el sistema de gestión directa.

La tesis de la parte demandante es que estamos en presencia de una sucesión de empresa, no operada por la vía del art. 44 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) por no darse en este caso el marco jurídico que regula dicho precepto, sino que se trataría de la reversión de un servicio público abandonado por el concesionario de la prestación “que retorna a la Administración pública concedente”. No es este el parecer de la Sala tras estudiar la doctrina del Tribunal Supremo y concluir que en el caso enjuiciado no se ha producido una transmisión “de un conjunto de elementos personales y materiales susceptibles de inmediata explotación”, ya que lo único que se produjo fue la recepción

del local, y mobiliario, donde se desarrollaba la actividad. De ahí que al no producirse una sucesión de empresa, y quedando probado que desde 1997 no ha existido ninguna relación laboral entre el personal de la entidad y el ayuntamiento, quepa concluir que el sujeto que debía presentar el ERE, como así fue, era la entidad empresarial, y que el ayuntamiento “aunque consideremos acertado haya sido traído a la litis, no está preocupado por lo que se resuelva en este procedimiento, es decir no está pasivamente legitimado de forma directa por la calificación que pueda hacerse de la decisión extintiva ni por las consecuencias que de ello puedan derivarse por lo que en todo caso debe ser absuelto”.

Entra la Sala a continuación en la alegación de falta de buena fe comercial, y repasa las propuestas recogidas en las actas, alineándose el Tribunal con la tesis defendidas en otras sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y otros TSJ respecto a la validez del mantenimiento del planteamiento inicial, con independencia de lo ocurrido durante el período de consultas, mantenimiento correcto y ajustado a derecho, aunque se trate de una postura “rígida e inflexible” si existe causa para ello, que para la Sala sí la hay ya que el ERE responde “a la crítica situación a que ha llevado a la empresa demandada el impago por el Ayuntamiento del complemento o subsidio a que creía tener derecho, complemento o subsidio imprescindible para poder seguir pagando los salarios...”.

Por último, y sobre la existencia o no de las causas alegadas por la empresa, la Sala repasa en primer lugar qué debe entenderse para cada una de ellas según el art. 51 de la LET, concluyendo en la existencia de pérdidas económicas suficientemente probadas y acreditadas, y persistentes, que validan la decisión empresarial, si bien la Sala deja constancia de que resuelve de acuerdo con los datos existentes y que no entra a valorar una posible resolución judicial en el contencioso que tiene la empresa demandada y el ayuntamiento sobre las cantidades que esta debía abonar a aquella. La Sala parte de un planteamiento poco formalista y entiende que el art. 51.1 no es un precepto “cerrado” en cuanto a los condicionantes que deben darse para poder presentar un ERE, poniendo de manifiesto que se trata de supuestos no exhaustivos, aceptando que “cabe por tanto acreditar la existencia de una efectiva situación económica negativa incompatible con la continuidad de la actividad productiva aunque no concurren precisamente los supuestos o circunstancias que refiere el citado artículo..”. La aceptación de esta causa económica no debe llevarnos a olvidar la tesis de la Sala respecto a la inexistencia de la causa productiva alegada, la disminución del número de alumnos al inicio del curso 2012-2013, ya que esa situación hubiera podido conllevar un ajuste de la plantilla pero no la extinción de todos los contratos, nuevamente reiterando la Sala que resuelve el litigio sin valorar qué decisión adoptará el tribunal contencioso-administrativo en el litigio entre la empresa y el ayuntamiento.

#### **47. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2013.**

1. La [sentenciadictada el 23 de julio por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> del Carmen Escuadra, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por delegados sindicales de UGT, USO y CSIF contra la empresa Grupo Norte, Soluciones de Seguridad SA, siendo también demandado el comité de empresa. La demanda fue presentada el 29 de mayo, y después de diversas vicisitudes procesales el acto de juicio tuvo lugar el 4 de julio, habiéndose acordado una práctica de prueba

documental con posterioridad. La sentencia desestima la demanda y declara ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por la empresa.

2. De los hechos probados interesa dejar constancia del inicio del procedimiento de despido colectivo por parte de la empresa el 1 de abril, con comunicación dirigida a las secciones sindicales de CC OO, USO y CSIF (no hay referencia a la sección sindical de la UGT). Tras el período de consultas, durante el que se celebraron cuatro reuniones, la empresa alcanzó un acuerdo con el comité de empresa. Por consiguiente, entiendo que las secciones sindicales no ejercieron su prioridad de negociación, y que la demanda de los “delegados sindicales” lo fue en su consideración del sector minoritario del comité de empresa

Con anterioridad al inicio de la tramitación del ERE extintivo estaba vigente un ERE de reducción de jornada, cuya vigencia estaba inicialmente prevista hasta el 31 de diciembre de 2013, si bien la empresa dejó de aplicarlo a partir del 29 de abril, es decir una vez que se alcanzó acuerdo en el ERE extintivo. En su planteamiento inicial la empresa propuso la extinción de 66 contratos de vigilantes de seguridad, número que se redujo tras el período consultivo hasta 37, afectando la reducción a trabajadores del centro de trabajo de Valladolid donde prestaban sus servicios la mayor parte (332 a 1 de abril) de los trabajadores de la empresa.

Respecto a los criterios utilizados por la empresa para proceder a la selección de los trabajadores afectados, fueron los siguientes (hecho probado sexto): “La pérdida efectiva de la ubicación laboral por disminución del volumen contratado por los clientes o la supresión de servicios. Antigüedad en la empresa entre el personal adscrito a los diferentes clientes. Mérito y capacidad de los trabajadores”, si bien quedaron excluidos del ERE por acuerdo de las partes los trabajadores mayores de 50 años, el personal con guarda legal, las personas con discapacidad, y el personal acogido al [Plan Dike \(dirigido a la inserción laboral de mujeres víctimas de violencia de género\)](#).

La sentencia tiene particular interés por la amplísima transcripción del informe emitido por la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, y hasta donde mi memoria alcanza es la sentencia que más extensamente ha recogido un informe de la ITSS, siendo así que la mayor parte de las que he leído desde el 23 de mayo de 2012 sólo dejan constancia de la emisión o bien efectúan una sucinta referencia de su contenido, más concretamente de si consideran que se han cumplido o no los requisitos formales y si se ha producido o no dolo, fraude, coacción o abuso de derecho durante el procedimiento y la decisión final. Remito a las personas interesadas en el estudio detenido del caso al hecho probado octavo, ya que se puede obtener bastante más información del conflicto que la que se ha recogido en los restantes hechos probados.

El citado informe procede a un cuidado análisis sobre la posible existencia de grupo de empresa a efectos mercantiles y también a efectos laborales o patológico, así como también a las discrepancias existentes entre dos grupos de miembros del comité de empresa, según hayan sido o no partidarios y firmantes del acuerdo. Muy útil también para un mejor conocimiento del caso es su estudio de las causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa, concluyendo el informe con la manifestación del Inspector actuante de que “exista o no acuerdo válido en la decisión final de la empresa, no se ha advertido la existencia de dolo, fraude, coacción en la obtención del mismo”. Otro dato importante a tener en cuenta, y que a primera vista

hubiera podido conducir el litigio a un resultado distinto del que ha adoptado la Sala, es el hecho de que cheques que se entregaron a los trabajadores cuyos contratos se extinguían tenían fecha de 20 de abril, 20 de mayo y 20 de junio, siendo así que el acuerdo se alcanzó el 29 de abril.

3. En los fundamentos de derecho se responde por parte de la Sala a las alegaciones efectuadas por las partes demandantes, que habían solicitado (tal como se realiza en casi todas, por no decir en todas, las demandas que he tenido oportunidad de conocer) en primer lugar la nulidad del ERE y de forma subsidiaria su consideración de no ser ajustado a derecho.

A) Siendo una de las citadas alegaciones que la decisión extintiva se había efectuado por la empresa “vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas” la Sala pasa al análisis y resolución en primer lugar de esta tesis de las demandantes, basada en la existencia, a su parecer, de indicios racionales de discriminación, que afectaría a tres trabajadores, por haber cambiado de puesto de trabajo a diversos trabajadores para poder así despedir a quien le interesara “sin cumplir los criterios de selección que la empresa utilizaba en casos de que se haya perdido o reducido algún servicio de seguridad, como es el de la antigüedad que figura en nómina de los trabajadores, pero nunca se había realizado de forma arbitraria, como, entienden, ha ocurrido en este caso”. Queda constancia de que por parte de la Secretaria de la Sala se pidió a los demandantes que concretaran cuál era la causa o causas de discriminación alegadas y que estos mantuvieron su tesis inicial e insistiendo, al igual que hicieron en el acto de juicio, que la empresa había actuado de forma fraudulenta por haber trasladado a algunos trabajadores previamente al ERE y así poder seleccionar después a los trabajadores que le interesara extinguir su contrato, “y, por tanto, la discriminación estaría relacionada con la selección de personal afectado por el ERE sin guardar los criterios de preferencia que en algunos casos podía haber tenido lugar si se hubiera acudido a la antigüedad de los afectados”. La prueba documental practicada tras el acto de juicio tampoco incorpora nuevas manifestaciones o alegaciones por la parte demandante, que reiteraron su argumentación del carácter arbitrario de la selección efectuada por la empresa.

Del conjunto de las pruebas practicadas y de las alegaciones de las partes, la Sala concluye que hay que desestimar la petición de nulidad formulada, ya que no ha existido concreción de cuál de las recogidas en la normativa vigente era la que debía tomarse en consideración, y que no se han aportado tampoco indicios de existencia de alguna o algunas de las causas reguladas en la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#). La Sala defiende una mayor libertad empresarial en la selección del personal afectado en una empresa privada que en la Administración, y plantea que puede darse un hipotético supuesto de no respeto de orden de prioridad a la hora de seleccionar los trabajadores afectados, pero que en caso de darse ese supuesto deberá ser planteado por la persona que se considere afectada por la vía procedimiento de despido individual de acuerdo a lo dispuesto en el art. 124.13 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#).

B) Las restantes alegaciones de las demandantes no corren mejor suerte. La Sala considera probada la existencia del período de consultas y no cree que existiera mala fe por parte de la empresa al haber preparado los cheques a entregar a los trabajadores despedidos con anterioridad a que se alcanzara el acuerdo en la comisión negociadora. Se basa en que en el momento en que actuó de este forma la empresa ya se sabía que los

miembros de un sindicato (CC OO) estaban a favor del acuerdo (formando la mayoría del comité) y que el resto de los integrantes de la parte trabajadora habían dejado claro desde la segunda reunión que no iban a aceptar el acuerdo. En efecto, la realidad fue la que explica la sentencia y la que la Sala utiliza para justificar su tesis, pero no convendría olvidar, y el repertorio de sentencias sobre ERES lo deja bien claro, que en un período de consultas puede haber propuestas y contrapropuestas que lleven a movimientos tácticos de las partes y a cambios en sus estrategias negociadoras hasta el último momento, algo que, repito, no se produjo en este caso concreto. No obstante, creo que hubiera sido mucho más correcto formalmente que los primeros cheques entregados hubieran tenido fecha posterior a la firma del acuerdo.

C) Tampoco considera la Sala que se haya producido falta de entrega de la documentación a que está legalmente obligada la empresa, y no estima que la que se entregó a la parte trabajadora y a la ITSS fuera del período formal de consultas, las cuentas auditadas de 2012, haya podido impactar negativamente en la negociación (fundamento de derecho quinto), “existiendo escasa diferencia en los datos económicos antes y después de la auditoría”. Ni tampoco considera que haya habido actuación de fraude o abuso de derecho por parte de la empresa al presentar y aplicar un ERE extintivo cuando estaba vigente uno de reducción de jornada, aceptando la Sala que esa actuación contraria a derecho se hubiera producido si el primer se hubiera adoptado con acuerdo entre las partes negociadoras, pero como no fue así sino fruto de la decisión unilateral de la empresa “la empresa pudo dejarlo sin efecto incluso unilateralmente”.

Igualmente queda probado para la Sala que han cambiado las circunstancias económicas que llevaron a la aprobación del primer ERE en relación con las que después justificaron la presentación del segundo, argumentando la Sala que “si no se pudiera pasar del expediente temporal al extintivo entonces daría lugar a que las empresas fueran directamente al despido o al cierre de la empresa si hay nuevas circunstancias, lo que sería más perjudicial para el mantenimiento del empleo. Dado que en el ERE temporal se pagan cotizaciones, esto supone un gasto superior que el extintivo, por lo que para la situación económica de la empresa es más favorable el último”. También se consideran probada la existencia de las causas aducidas por la empresa.

#### **48. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 13 de octubre de noviembre de 2013.**

Me detengo a continuación en la [sentencia, la dictada el 13 de noviembre por el TSJ de Castilla y León](#), de la que fue ponente el magistrado Rafael López Parada.

La Sala estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora en situación de excedencia voluntaria y que fue despedida en un procedimiento de despido colectivo instado por el Ayuntamiento de León, y declara “declarar nulo por inexistente el despido de la actora, declarando el derecho preferente de ésta, como excedente voluntaria, al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran...”.

La sentencia es especialmente relevante, no sólo porque aborda la inclusión en el ERE de un excedente voluntario que, por consiguiente, no tiene relación contractual con la empresa en el momento en que se produce el despido colectivo, sino muy especialmente a mi parecer, por la reflexión teórica que realiza sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados, según se trate del sector privado o público, y en el primero según

que afecte a toda la empresa o a un sector de la misma, y sigue la línea de la sentencia de 17 de julio, recaída en recurso 1079/2013 y dictada en Sala General, siendo el mismo ponente (y en idénticos términos se pronunciarán en sentencias de 4 de noviembre, de la que fue ponente la magistrada Susana M<sup>a</sup> Molina, dos sentencias de 6 de noviembre, de las que fueron ponentes los magistrados Manuel M Bonito y Emilio Álvarez, y la sentencia de 20 de noviembre, de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> Carmen Escuadra).

En el fundamento de derecho cuarto se afirma lo siguiente: “en cuanto a la precisión exigible a los criterios de selección (tanto a los inicialmente propuestos por la empresa, como a los finalmente fijados), habría que diferenciar tres grados:

a) Una de menor intensidad, en el caso de los despidos fundados en causa económica genérica que afecte a la empresa en general, siendo la empresa puramente privada y exenta del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución . En ese caso la relación de causalidad entre la causa económica y el despido se establece con carácter general respecto del conjunto de la plantilla de la empresa, por lo que no son precisos criterios demasiados específicos para poder controlar tal relación de causalidad, bastando con que se establezcan criterios que permitan controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos;

b) Una de intensidad media, en el caso de los despidos fundados en causa organizativa, productiva o tecnológica, o en una causa económica muy específicamente referida a algún sector de la empresa, siendo la empresa puramente privada y exenta del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución . En ese caso los criterios han de ser lo suficientemente precisos para poder establecer la relación de causalidad entre la causa del despido colectivo y el concreto trabajador afectado, además de permitir controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos;

c) Una de intensidad máxima, en el caso de los despidos colectivos, cualquiera que sea la causa, que afecten a Administraciones o entes públicos incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución, muy especialmente cuando dentro del ámbito potencial de afectación de los despidos se encuentren trabajadores fijos que hayan superado procedimientos de ingreso en las Administraciones Públicas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. En tal caso los criterios han de ser lo suficientemente específicos para poder determinar mediante su aplicación quiénes son los trabajadores afectados y además dichos criterios deben estar fundamentados en circunstancias dirigidas a valorar el mérito y capacidad de los trabajadores”.

#### **49. Sentencia del TSJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 2.013.**

La [Sentencia del TSJ de Castilla y León de 14 de noviembre](#), de la que fue ponente la magistrada Susana M<sup>a</sup> Molina, versa sobre extinciones contractuales de contratos para obra o servicio y su cómputo a efectos de determinación de los umbrales fijados por el art. 51.1 de la LET para que debe instarse un procedimiento de despido colectivo. La sentencia declara la inexistencia de causa que justificara la temporalidad del contrato formalizado para obra o servicio, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, en su interpretación de la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos, afirma en el fundamento jurídico segundo que “...han de computarse para determinar si estamos ante un despido colectivo todas las extinciones de contratos producidas por



razones no inherentes a la persona del trabajador, con exclusión de la terminación regular de contratos temporales. Pero si cualquier despido o terminación contractual formalmente amparada en una causa excluida de cómputo no es en realidad tal, entonces la misma habrá de ser computada, puesto que de otra forma se estaría vulnerando la citada Directiva comunitaria, que establece un derecho de negociación colectiva en el caso de despidos colectivos, con lo que igualmente se estaría vulnerando el derecho de los sindicatos a negociar tales despidos, en contra de los derechos de intervención sindical y negociación colectiva reconocidos en los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución Española ..”.

#### **49-bis. Sentencias del TSJ de Castilla y León de 13 de febrero (dos) y de 19 de febrero de 2014.**

Procede también mencionar tres sentencias dictadas por el TSJ de Castilla y León (sede Burgos), dos de [13 de febrero](#) y una del [día 19](#) de mismo mes, siendo ponente de las [dos primeras](#) el magistrado Santiago Ezequiel Marqués y de la tercera el magistrado Carlos Martínez. Todas ellas resuelven recursos de suplicación, interpuestos en los dos primeros caso por la empresa Bridgestone Hispania SA contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social que declararon la nulidad de despidos producidos en una extinción contractual colectiva por su carácter discriminatorio, mientras que el tercero es interpuesto por la parte trabajadora contra sentencia de instancia desestimatoria de la petición de nulidad del despido por su carácter discriminatorio. Las tres sentencias son favorables a la empresa y entienden que no ha existido discriminación alguna en los criterios de selección de los trabajadores afectados, además de existir las causas económicas y organizativas aducidas en la comunicación escrita en la que se comunicaba la extinción.

### **IX. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.**

#### **50. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012.**

La [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo](#) declara la nulidad de la decisión empresarial, es decir del ERE presentado el 30 de marzo, con alegación, entre otros motivos, de que en la documentación presentada por la parte empresarial “no se especificó la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido”, siendo imposible “negociar y avanzar en las medidas sociales si los representantes desconocen la clasificación profesional de aquellos trabajadores que pueden ser afectados y los criterios de su afectación, imposibilitando con ello proponer medidas que eviten o atenúen las consecuencias del despido colectivo”. Además, es importante destacar que la sentencia citada reconoce la existencia de un grupo de empresa, y al haberse aportado la documentación de una sola se vulnera tanto el artículo 51.2 de la Ley del Estatuto de los trabajadores como el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio.

#### **51. Sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de junio de 2012.**

La sentencia del [TSJ de Cataluña, de 12 de junio y número de recurso 11/2012](#), es estimatoria de la demanda interpuesta, si bien con un voto particular. El interés de la sentencia, radica en especial en que se trata de un consorcio integrado en el sector

público de la Generalitat y al que le afectan las decisiones económicas adoptadas por los poderes públicos autonómicos, en este caso la aprobación de los presupuestos de 2012 y la previa decisión política de proceder a la disolución del “Consorti Casa de les Llungües” con la tramitación del procedimiento jurídico previsto por disolución de la personalidad jurídica del contratante.

La sentencia realiza un exhaustivo análisis del deber de negociar de buena fe por ambas partes, con remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo para enfatizar que “la condición del ente público del empleador y su sumisión a la normativa presupuestaria no le exime del deber de negociar de buena fe”. Con apoyo en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (que me parece que tendrá más importancia en el proceso judicial de lo que pudo pensar el legislador) la sentencia declara probado que no hubo negociación durante el período de consultas y por consiguiente no se dio cumplimiento a lo previsto en la normativa estatal (artículo 51.2 de la LET), de la UE (artículo 2.2 de la Directiva 98/59), y de la OIT (artículo 13 del Convenio nº 158), aceptando que al tratarse de una empresa del sector público no era posible negociar sobre la evitación o reducción del número de despidos, pero que sí se hubiera podido llevar a cabo sobre medidas que atenuaran sus consecuencias, como incremento de las indemnizaciones o medidas de formación y recolocación, dado que la Comisión Liquidadora del Consorcio tenía competencias legales para ello. Me interesa destacar la importancia que la sentencia concede a las actas del período de consultas y a la forma de actuar de la empresa, de la que resalta su mala fe por “negar la posibilidad de negociar indemnizaciones cuando después acaban ofreciéndose a los trabajadores una vez iniciado el litigio, vaciando así de contenido el período de consultas”.

Desde otra perspectiva resulta igualmente interesante su análisis de la posible existencia de sucesión de empresas, planteado por la parte demandante, rechazado tras un cuidadoso análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE sobre la transmisión de empresas en el sector público, concluyendo a partir de toda la documentación del expediente que “no hay reversión del servicio prestado a ninguno de los entes consorciados por el CCL, porque el servicio prestado, como tal, desaparece”.

En cualquier caso, la sentencia sí deja la puerta abierta a la aceptación de los ERES en el sector público catalán por causas organizativas, entendiendo por tales todas aquellas que se ajusten debidamente a la normativa presupuestaria de la Generalitat que prevé la racionalización del sector público no administrativo en los términos previstos en la [Ley 7/2011 de 27 de julio](#).

En cuanto al voto particular, pone el acento en que no hay despidos por causas organizativas sino por desaparición de la personalidad jurídica del contratante, y de que sí han existido consultas y que no está escrito en ninguna norma que las mismas tengan que versar, por ejemplo, sobre la cuantía de la indemnización legal por despido, para concluir que las extinciones fueron procedentes y ajustadas a derecho pero que la indemnización hubiera debido aumentarse a 45 días de salario por año al haber sido esta la última propuesta que formuló la empresa.

## **52. Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de junio.**

La sentencia del [TSJ de Cataluña, de 26 de junio y número de recurso 8/2012](#), siendo ponente M.A. Falguera, desestima todas las alegaciones de la demanda interpuesta por

los representantes de los trabajadores, entendiéndose que no se ha incumplido la obligación de negociar por parte de la empresa (aún cuando el período de consultas finalizó antes del plazo máximo previsto), que no existe un grupo de empresas, con confusión de plantillas, a efectos laborales, y que ha quedado debidamente acreditada la causa económica alegada, así como también la causa productiva basada (traduzco del catalán) “en una reestructuración interna, debida a la delicada situación del grupo, que comporta en definitiva, la desaparición de la actividad instrumental que realizaba...”, basada en la difícil situación económica en que se encuentra el sector sanitario.

El mayor interés de la sentencia radica a mi parecer no en su fallo sino en el análisis teórico que realiza de las obligaciones de las partes, señaladamente de la empresarial, en el período de consultas, y de qué debe entenderse por grupo de empresas a efectos laborales, y estoy casi seguro que buena parte de esa argumentación será utilizada en posteriores sentencias que la Sala de lo Social del TSJ deba dictar ante demandas contras ERES.

En primer lugar, se efectúa un muy cuidado análisis de qué significa el principio de buena fe en la relación individual de trabajo, y de cómo este ha de reforzarse en el seno del derecho colectivo, en el marco de la negociación colectiva—con expresa mención a la inclusión del período de consultas en el procedimiento de ERE—afirmando que “es aún más exigible que en el ámbito estrictamente contractual, en la medida en que su resultado tanto un contrato como, en su caso, una posible norma y que no concurre con tanta intensidad la nota de la dependencia”, y sosteniendo que si se hubiera producido el incumplimiento de la buena fe contractual ello “debería efectivamente comportar la nulidad de la decisión empresarial”. Dicho esto, la sentencia manifiesta (y aquí es obligado por mi parte el recuerdo a uno de los maestros del Derecho del Trabajo, D. Manuel Alonso Olea) que la obligación de negociar de buena fe no significa obligación de alcanzar un acuerdo, y que en el caso concreto enjuiciado la empresa demandada ha formulado varias propuestas en el período de consultas, de lo que la Sala deduce que las mismas “pueden ser, lógicamente, del desagrado de los representantes de los trabajadores, pero en ningún caso se puede extraer la existencia del mínimo indicio de mala fe para no llegar a alcanzar un acuerdo”.

Sobre la interesante cuestión jurídica del no agotamiento del período de consultas la Sala recuerda el importante cambio operado en el artículo 51.2 de la LET, de tal manera que el plazo marcado (de 30 o 15 días, según la empresa tenga 50 o menos trabajadores) es un período máximo y no mínimo, “por lo que no existe ninguna infracción normativa si las partes consideran que no es posible un acuerdo antes de finalizar dicho plazo”, y la Sala considera que la parte trabajadora no se opuso a la decisión empresarial (nuevamente cobran importancia las actas del período de consultas para fundamentar la decisión judicial).

En segundo término, la sentencia analiza cuidadosamente la posible existencia (que sí se da a juicio de la parte demandante) de un grupo de empresas a efectos laborales, con una revisión de la doctrina jurisprudencial del TS sobre aquellos indicios que pueden llevar a concluir en su existencia, como son un funcionamiento unitario, la confusión de plantillas, creación de empresas aparentes, confusión de patrimonios y apariencia externa de unidad. Con remisión a la primera sentencia dictada por la Sala tras la reforma laboral, de 23 de mayo (primera también en toda España) se pone de manifiesto, y lo destaco por su importancia formal y consecuencias de fondo, que la

existencia de un grupo de empresas “patológico” debería comportar la declaración de nulidad de los despidos, “ya que en este supuesto la consecuencia sería la existencia de una empresa única, que lógicamente comportaría que los interlocutores del período de consultas no hubieran sido los adecuados”.

Tras ese estudio, la Sala concluye que sí estamos en presencia de un grupo de empresas mercantil pero no con efectos laborales ya que no ha quedado probada la existencia de indicios en tal sentido y como los ha definido el TS, y por consiguiente concluye que no se da el supuesto que hubiera significado la nulidad de los despidos, cual es el de “la concurrencia de una empresa única, formalmente y artificiosa con apariencia exterior de varias mercantiles diferenciadas”. En especial, destaca el análisis de la posible confusión de plantillas y el llamado traspaso del personal entre empresas del mismo grupo, para concluir, tras el análisis normativo y jurisprudencial, que el “simple traspaso de personal entre empresas del grupo—reiteramos, sin concurrencia de prácticas ilícitas acreditadas – es una práctica que se adecúa a la legalidad, sin que se pueda desprender de ella la existencia de una confusión de plantillas”.

### **53. Sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2.012.**

La resolución del [TSJ de Cataluña, de 15 de octubre](#), resuelve la demanda interpuesta por los representantes de los trabajadores, miembros de una comisión “ad hoc” nombrada al efecto, contra dos empresas (Quimipres S.L y Les Pedres de Mina S.L), en razón del ERE de extinción de los contratos de los ocho trabajadores de la empresa. La sentencia no considera probada la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, por lo que acepta la excepción alegada de falta de legitimación activa por la segunda demandada. La Sala considera que “no existe confusión de patrimonio, ni de plantilla, ni tampoco apariencia externa de ambas empresas que funcionen como una única empresa”, aunque no se me ocurre qué importancia puede tener aquí la referencia a que los trabajadores de la empresa Quimipres SL no han trabajado para Les Pedres de Mina, ya que en el hecho probado decimosegundo se dice textualmente que esta “no tiene trabajadores, pues las gestiones contables y administrativas las lleva un despacho...”. El Tribunal recoge un amplio elenco de referencias normativas y judiciales para el examen de los grupos de empresas, y acude finalmente a la jurisprudencia del TS y sus criterios para defender cuándo existe el grupo (funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo, común, simultánea o sucesiva, a favor de varias empresas; creación de empresas sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección).

Para el TSJ no existe tampoco vulneración de derechos fundamentales, en concreto la garantía de indemnidad, porque la extinción se produzca después de que los trabajadores presentaran demandas ante el juzgado de lo social por impago de salarios y por falta de ocupación efectiva, con el único argumento de la veracidad de dicha situación, así como también de la existencia de una deuda con la Agencia Tributaria. En el fundamento jurídico decimooctavo se hace referencia a un posterior razonamiento en la sentencia para justificar la desestimación de la demanda en este punto, que con toda sinceridad no he sabido encontrar hasta llegar al número vigésimo primero en el que se afirma que “en consecuencia, de conformidad con las precedentes consideraciones, no se produce la vulneración de los derechos fundamentales por vulneración de la garantía

de indemnidad”. Cabe indicar aquí que cuatro trabajadores desistieron de las demandas presentadas, pero los restantes continuaron con su tramitación.

Por último, para la Sala queda suficientemente probada la existencia de causa económica con la documentación aportada por la empresa, y no acepta la tesis de la parte demandante sobre la disponibilidad económica de Les Pedres de Mina, ya que no ha considerado probado la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales. En conclusión, se trata de una sentencia en la que hubiera sido deseable, obviamente a mi parecer, una mayor justificación de los razonamientos, en especial el relativo a la no vulneración de la garantía de indemnidad, que han llevado a la Sala a la desestimación de la demanda.

#### **54. Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2012.**

Tuve conocimiento del contenido de la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña el 19 de diciembre de 2012 (Caso INCASOL), más exactamente de sus fundamentos de derecho, por la publicación de los mismos en el [número de enero de la revista Jurisdicción Social de Jueces para la Democracia](#), dirigida por el incansable magistrado Miquel Àngel Falguera i Baró. La citada sentencia <http://bit.ly/XWitL4> desestima la demanda interpuesta por la representación unitaria de los trabajadores contra la extinción colectiva de 170 contratos de trabajo.

Pero, retrocedamos en el tiempo antes de acercarnos a la realidad actual. Quién esté interesado en conocer los avatares por los que ha pasado dicha empresa, desde la perspectiva de las relaciones laborales y el impacto de los recortes en los presupuestos públicos adoptados por el gobierno de la Generalitat de Cataluña en 2011, debe ineludiblemente leer la [sentencia dictada el 13 de diciembre de 2011 por el Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona](#) en el supuesto de demanda por despido objetivo interpuesta por 19 trabajadores, en la que se declaran “nulos los despidos de los demandantes acordados por éste con efectos de 22-3-2011 y condeno al mismo a readmitirlos inmediatamente en las mismas condiciones que regían con anterioridad...”. Sin duda, hay una diferencia sustancial entre la sentencia del JS y la que dictará un año más tarde el TSJ de Cataluña: la reforma laboral de 2012, primero con el [RDL 3/2012](#) y después con la [Ley 3/2012](#), que permite la extinción de contratos laborales en las Administraciones Públicas por la vía de ERES, con regulación de las causas y formalidades para que puedan llevarse a cabo, de forma general en la normativa legal citada y desarrollada posteriormente con detalle en el [Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre](#), aun cuando esta última norma no había sido dictada cuando se produjeron los despidos. Hay que agradecerle al magistrado Faustino Rodríguez García, que dictó la sentencia del JS, su esfuerzo argumental para llegar a la conclusión de que la actuación empresarial, que se sujetaba a instrucciones de los órganos de gobierno de la Generalitat sobre reducción de partidas presupuestarias y del número de personas que prestaban servicios, no era conforme a derecho con la normativa entonces vigente, argumentación que queda muy bien reflejada en este [resumen de la sentencia](#): “La finalidad de una entidad de derecho público perteneciente a una Administración no es concurrir en el mercado como si de un competidor más se tratara, es decir con la finalidad de obtener beneficios y rentabilidad económica, sino que su finalidad está orientada a satisfacer intereses generales de la sociedad. En consecuencia, los resultados de su actividad no se pueden medir exclusivamente con parámetros de beneficios o pérdidas, sino en relación con su actividad y funciones y, de acuerdo con su presupuesto, en términos de superávit o déficit presupuestario. Estas diferencias ponen de manifiesto la distinta consideración

que debe merecer, por una parte, el resultado de la cuenta de explotación de una empresa privada como consecuencia de su actividad productiva orientada a conseguir un beneficio, pero con el riesgo contrario de poder incurrir en pérdidas y, por otra, el equilibrio presupuestario como consecuencia de la gestión de su actividad y funciones orientadas a satisfacer intereses generales de carácter social, de acuerdo con su presupuesto, con la posibilidad no obstante de incurrir en superávit o en déficit, debiendo ser integrado en el primer caso en el propio tesoro público y en el segundo ser cubierto mediante dotaciones presupuestarias, en el caso de las entidades o Administraciones Públicas, lo que justifica que no puedan tener la misma posibilidad de actuación legal respecto a las medidas que afecten a la reducción de plantilla éstas que aquéllas”.

También deseo destacar de la sentencia, porque si bien dictada en un litigio anterior a la reforma sus argumentos son perfectamente válidos cuando se discuta en un juicio por ERE tras aquella sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados, la crítica jurídica a cómo se había procedido a dicha selección por la empresa y a la falta de información adecuada a la representación del personal, poniendo de manifiesto en el fundamento de derecho VI que la selección y evaluación del personal afectado por los despidos objetivos “a pesar de ser obligadas de acuerdo con la normativa citada, no las llevó a cabo, ni aplicó por tanto los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues la única razón manifestada al respecto en el juicio por su Director en la prueba de su interrogatorio para justificar por qué fueron precisamente los demandantes y no otros los despedidos fue el criterio de la " *prescindibilidad* ", a todas luces ambiguo, infundado e inconsistente para justificar que la decisión extintiva recayera -se insiste- precisamente sobre ellos”. Por consiguiente “C) Constatada que la actuación extintiva del INCASÒL adoleció de tales carencias respecto a la selección de los trabajadores sobre los que recayó, es decir sobre los demandantes, siendo que la plantilla del mismo se eleva a varios cientos de empleados...., cabe tacharla de arbitraria, y como tal, en virtud de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que " *se garantiza* " en el art. 9.3 de la CE y del principio general de nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas que se contiene en el art. 6.3 del Código Civil, debe ser considerada nula”.

El juicio de los 173 trabajadores despedidos por “causas económicas y productivas” se celebró el 22 de noviembre, y la sentencia del TSJ de 19 de diciembre desestima la demanda con argumentos que en más de una ocasión son radicalmente distintos a los de la sentencia del juzgado de lo social, algo que no debe sorprender desde la perspectiva formal del cambio normativo operado, pero que sí llama la atención respecto de cómo se valora la actividad social de dicha empresa pública. A continuación comento aquellos aspectos de la sentencia que más han llamado mi atención y remito, como siempre es obligado hacerlo, a la lectura íntegra de sus fundamentos jurídicos.

A) La parte demandante propuso a la Sala que presentara cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda del RDL 3/2012, disposición que se mantiene en la Ley 3/2012, argumentando, según se recoge en el FJ tercero, que “es contraria a la propia finalidad del Real Decreto a tenor de la exposición de motivos de la misma”. La Sala analiza con detalle dicho precepto y su relación con el artículo 86.1 de la [Constitución](#), más exactamente con la existencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad que justifican un RDL, para llegar a la conclusión de que dicho precepto es conforme a derecho pues responde a “las exigencias en la constricción del

gasto” en una muy difícil situación económica que habilita al gobierno para adoptar las medidas adecuadas para repararla. Estoy de acuerdo con la tesis de la Sala, que no es sino la del Tribunal Constitucional, pero mucho menos, porque habría que demostrarlo fehacientemente y no sólo con una manifestación de voluntad, de que “es evidente” (me pregunto ¿para quién?) que “toda reducción del gasto, aún cuando sea el gasto de personal, produce una minoración del déficit que es objetivo fundamental impuesto constitucionalmente”.

Incidentalmente, la Sala deja constancia de que la reforma laboral y su aplicación al sector público no sólo se basa en la disposición adicional sino también en el reformado artículo 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), aun cuando reconoce, y coincide con su apreciación, con independencia de la crítica que puede hacerse al precepto, que la disposición “ha venido a clarificar y posibilitar sin dudas una situación anterior ambivalente en la doctrina y la jurisprudencia..”. Todo ello, apunto, a la espera de cómo resuelva el TC el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma laboral.

B) Respecto a la falta de legitimación activa alegada por el Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, también parte demandada, la Sala se remite a la sentencia del JS (que, por cierto, califica de pronunciamiento judicial “sin relación con el caso de autos”) que ya estimó la petición, critica que la parte demandante haya desistido de su petición frente a la Generalitat de Catalunya, califica de “craso error” separar ambos entes “cuando es meridiano que la Generalitat de Catalunya actúa con personalidad jurídica única... y que el Departament de Territori i Sostenibilitat no es más que un órgano ejecutivo que forma parte del gobierno de la Generalitat...”, y aprovecha la oportunidad para darle un pequeño toque de atención a la parte demandante por haber mantenido su petición un año más tarde de que fuera desestimada en el JS, debido, dice “al quizá excesivo celo procesal desarrollado por la parte actora”. Puede ser cierto, en efecto, que hubiera un “excesivo celo procesal”, pero si la parte demandante entendió lo mismo que la Sala, es decir, que la sentencia del JS no tenía “relación con el caso de autos”, pudo razonablemente pensar que debía presentar nuevamente dicha alegación. Remito a la lectura detallada del FJ de la sentencia del JS, ahora reproducido en el de la Sala, y su muy cuidado análisis jurídico sobre el concepto de grupo de empresas, con un detallado estudio y aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para llegar a la conclusión de que la dependencia administrativa y política del INCASÒL con el Departament de Territori i Sostenibilitat no puede llevar en modo alguno a la afirmación de la existencia de un grupo de empresas por no darse los requisitos que ha fijado la jurisprudencia del TS.

C) La sentencia se detiene a continuación, al igual que lo hizo la del JS, en el estudio de la naturaleza jurídica, el objeto y las funciones del INCASÒL, entidad de derecho público de la Generalitat y que actúa con sujeción al derecho privado. El fundamento jurídico quinto es un buen resumen de cuál es la normativa aplicable al INCASÒL, presupuesto para sostener que le es de aplicación la normativa laboral ordinaria, el [Estatuto Básico del Empleado Público](#) y, de forma supletoria, cuando se haya adoptado el acuerdo de incorporar el [conveniocolectivo del personal laboral autonómico](#), dado que su artículo 2 excluye la aplicación al personal de entidades de derecho público sometidas al derecho privado, en coherencia con la [Ley 1/1997 de 31 de octubre, de la función pública de Catalunya](#).

D) En el análisis por la Sala de los defectos formales alegados, tanto “la capacidad del solicitante de la medida como la de haber sido acordada aquella por órgano manifiestamente incompetente”, la Sala rechaza la argumentación en un muy escueto FJ séptimo, con mención a los artículos 13 a 20 de la [Ley 26/2010, de 3 de agosto, reguladora del procedimiento administrativo de Cataluña](#), preceptos de cuyo contenido extrae la Sala que la celebración del Consejo de Administración del INCASOL de 23 de mayo, en el que se acordó la incoación del procedimiento de despido colectivo, fue conforme a derecho. ¿No hubiera sido conveniente, una mayor motivación de la fundamentación y no sólo la mera referencia a las disposiciones legales citadas? Dejo aquí planteada la duda.

Hay otras alegaciones formales en la demanda que son desestimadas por la Sala en el FJ octavo, previa afirmación general de que “los actores persiguen, en general, obtener la nulidad de la decisión extintiva en base a la concurrencia de defectos formales graves que deslegitimen la decisión de la empresa de extinguir los contratos de los trabajadores afectados por este expediente”. Nuevamente la Sala remite a los preceptos legales de la Ley 4/2000 y la regulación sobre la actuación, y toma de decisiones, del Consejo de Administración, así como del Director de la empresa, entendiéndose que todas las decisiones se han adoptado conforme a derecho, con el añadido de la manifestación concreta respecto a la no obligatoriedad de recabar informe de la comisión técnica de la función pública sobre las indemnizaciones abonadas a los trabajadores despedidos, “pues la indemnización ofrecida por la empresa no superaba la legalmente prevista en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 243/2004, de 30 de Marzo, sobre determinados aspectos de la contratación laboral por la Generalitat de Catalunya”.

En el FJ noveno, que se inicia con la clara y contundente afirmación de que “no mayor éxito ha de obtener la petición de nulidad...”, la Sala debe resolver sobre la argumentación de la parte demandante de la obligación de aportar por la empresa que presenta el ERE la documentación económica “de las empresas en que tiene participación”, tesis rechazada porque correspondía a la demandante probar, y no lo ha hecho, que estamos en presencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles, y además los informes de auditoría y la declaración testifical fueron en la misma dirección. Critica igualmente la Sala la petición de la parte demandante de declaración de nulidad del ERE “por no haber aportado con la solicitud inicial el Plan recolocación” requerido por la normativa vigente en el momento del juicio, dado que ha quedado acreditado (hecho probado vigésimo) que el Plan “consta unido a las actuaciones y ofrecido a los representantes de los trabajadores en el período de consultas”.

E) El núcleo duro y más relevante de la sentencia a mi parecer es el debate sobre la existencia o no de causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa demandada, con un planteamiento por la Sala que, reitero, difiere radicalmente del recogido en la sentencia del JS, diferencias que guardan relación con el distinto marco jurídico existente desde el 12 de febrero de 2012 para extinguir contratos de trabajo en el sector público en general y en las Administraciones Públicas en particular. Conuerdo con la Sala cuando sitúa a INCASÒL en el artículo 3.1 de la [ley de contratos del sector público](#).

La Sala realiza un estudio teórico de los cambios operados en la normativa para poner de manifiesto que con anterioridad a la reforma había dudas fundadas sobre la



aplicación de despidos por causas objetivas en el ámbito de la Administración Pública en general, si bien incorpora diferentes resoluciones judiciales que sí los aceptaban con determinados límites, en cuanto que cuando una AA PP actúa sometida al Derecho del Trabajo “queda sometido a él en su integridad, sin perjuicio de la modalización que quepa establecer...”, y dado también que la inamovilidad en la función pública, tanto antes como después de la reforma, “sólo se predica de los funcionarios públicos”.

Es aquí cuando la sentencia “da un salto cualitativo” en su argumentación que hubiera debido motivar mucho más a mi parecer para llegar a la tesis defendida, porque de la misma forma que se puede aceptar la tesis defendida, también sería válida la contraria porque no hay que “presumir” el olvido del legislador, personas por cierto a las que se les presumen unos conocimientos (y en cualquier caso, a sus asesores). También creo que sobran algunas manifestaciones grandilocuentes de la Sala para defender su tesis, porque además entra en un terreno en que puede discutirse, en la forma y en fondo, qué debe entenderse por “sobredimensionamiento de las plantillas” y de qué forma debe abordarse una hipotética solución a ese incremento de personal. Aquí está, para que cada lector y lectora juzgue con propiedad, el párrafo al que se refieren mis críticas anteriores: “Ahora bien, lo que queda fuera de toda duda, es que, en atención a la actual coyuntura económica, con el fin de corregir las estructuras de las administraciones públicas y sus empresas - sobredimensionadas en términos de plantilla- éstas están ahora legitimadas de manera diáfana para recurrir a la extinción de los contratos de trabajo del personal laboral a su servicio ex artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores por causas económicas, organizativas y productivas, sin perjuicio de adoptar todas aquellas medidas de ajuste que también han de contribuir a la aplicación de ésta según se dejó dicho más arriba. Creemos con un sector de la doctrina que, aun cuando no se incorpora al texto de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto Ley 3/2012 la definición de las causas productivas, lo que pudiera llevar a la conclusión de que resultan inaplicables en el sector público, ello debe tratarse de un olvido del legislador dado que la rotulación de dicha Disposición Adicional la incorpora expresamente y queda explicitada posteriormente en la nueva Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores que la incluye expresamente”.

F) Es en el FJ decimosegundo cuando la Sala analiza si concurren en puridad las causas alegadas por la empresa, y cuál puede ser el control o conocimiento judicial que se haga de las mismas. La Sala se remite a la “doctrina” (concepto, que dicho sea de paso, también merecería de mayor concreción, porque hay muy diferentes doctrinas en el ámbito laboral, y mucho más después de la reforma de 2012) para alegar que basta con justificar la disminución de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos, y que se suprime “la necesidad de justificación de la razonabilidad de la medida extintiva para preservar o favorecer su (de la empresa) posición en el mercado”, y acude por su parte al tan comentado, analizado y valorado de forma muy distinta por las “distintas doctrinas”, preámbulo del RDL 3/2012, inalterado en la Ley 3/2012, con su ya famosa frase de que “Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”. Visto cómo se ha desarrollado la reforma laboral en materia de ERES, parece que la claridad era para el legislador, porque su concepto de cómo deben actuar los tribunales no ha sido el que han entendido que debe ser, con arreglo a la Constitución, buena parte de los TSJ y de la propia Audiencia Nacional.

La Sala acepta, con matices, que no se entre en la razonabilidad de la medida, pero sí entiende, desde el plano formal con buen criterio a mi parecer, que la decisión empresarial ha de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, entre ellos el de no discriminación (en los criterios de selección), y no ser adoptada (recuérdese la normativa legal y reglamentaria) vulnerando la buena fe contractual o actuando en fraude de ley o abuso de derecho. De los hechos probados deduce la Sala que la empresa ha actuado con respeto al ordenamiento jurídico, “tanto en el proceso de negociación con los representantes de los trabajadores como en el proceso de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo”, y acepta la tesis de “un sector doctrinal”, que a su parecer queda plasmada en la sentencia de la AN de 21 de noviembre sobre la conexión de funcionalidad “entre la extinción acordada y la superación de la situación negativa económica o presupuestaria que impida la consecución en la prestación del servicio público”, reproduciendo literalmente una buena parte de su contenido.

A partir de ahí, y entrando en el caso concreto enjuiciado, la Sala considerada acreditada la situación de “pérdidas económicas importantes y continuadas por los tres últimos ejercicios”, así como la previsión de pérdidas para 2012. La Sala considera probada la difícil y preocupante situación del sector de la construcción, y que ello afecta a la necesidad de reducir una plantilla que se califica de “sobredimensionada”, sin que por la parte demandante considere que haya aportado pruebas que desvirtúen tales hechos y afirmaciones. Comparto con la Sala la manifestación de la difícil situación del mercado de la construcción e inmobiliario, aun cuando la razón de ser del ERE debe guardar la relación, y así lo argumenta la Sala, con la existencia de pérdidas del INCASÒL, por lo que la afirmación de la Sala de que “se trata de una situación notoria (la de la construcción) que excusa cualquier referencia a la situación del mercado inmobiliario”, debe entenderse a mi parecer como una mera constatación de una realidad que, para su aplicación, deberá encajar, y así lo entiende la Sala, en un caso concreto en el que se presente un ERE. Por cierto, y aunque la sentencia del JS resuelva sobre un litigio anterior a la reforma, no deja de ser sorprendente la muy distinta valoración jurídica que las dos sentencias efectúan de las deudas contraídas con el INCASÒL por diferentes departamentos y organismos de la Generalitat, algo que fue valorado como relevante por el JS al analizar la situación económica, y muchos menos, o casi nada, por la Sala al afirmar que “La cantidad adeudada, de ser satisfecha por los entes públicos deudores iría, como ingreso en tesorería, a rebajar el pasivo de la entidad INCASÒL, su endeudamiento y, en consecuencia, a disminuir el importe de los intereses y de las cargas financieras pero ello no enjugaría las pérdidas económicas de la empresa”.

Por último, y como consecuencia de los razonamientos anteriores, la Sala considera acreditada la existencia de causas económicas, organizativas y productivas, y la conexión de funcionalidad entre la medida adoptada por la empresa que califica de “dura” y el objetivo perseguido de satisfacer intereses generales en materia de suelo y vivienda, en el marco del contexto de la crisis, por la empresa. Coincidiendo con el objetivo apuntado, sí me sorprende la referencia a que pueda ser necesaria una estructura deficitaria en parte para llevar a cabo la tarea social expuesta del INCASÒL siempre que “no sea en términos tan escandalosos como el que ahora examinamos”, cuando un año antes el planteamiento judicial era muy diferente, con una amplia exposición general al final del FJ sobre la necesidad del buen uso de los recursos públicos, algo en lo que estoy completamente de acuerdo y que debe predicarse de

cualquier actuación en el ámbito público, donde probablemente, y esta es mi afirmación final, pueden adoptarse muchas y variadas medidas que no consistan, pura y simplemente, en la reducción de personal, reducción que puede afectar gravemente a la calidad del servicio, algo a lo que también está obligada toda Administración Pública.

### **55. Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2013.**

La sentencia dictada por el TSJ de Cataluña el 4 de febrero, <http://bit.ly/14DUUfV>, de la que ha sido ponente el magistrado Luís José Escudero, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la representación unitaria (comité de empresa) solicitando, según consta en el único antecedente de hecho, que “se dicte sentencia conforme a derecho”. Se trata de un ERE presentado el 2 de agosto de 2012, con propuesta de extinción de 40 contratos por causas económicas, organizativas y productivas. Consta en hechos probados que se celebraron varias reuniones, con aportación de parte de la empresa de sucesiva documentación, añadida a la inicial, a medida que la parte trabajadora la solicitaba.

La demanda solicita (ahora se concreta más la fórmula genérica del antecedente de hecho) la nulidad del ERE por existir un grupo de empresas del que forma parte la demandada, y no haberse aportado la documentación correspondiente al grupo, y en segundo término que se declare no ajustado a derecho, aún cuando la manifestación recogida en hechos probados de que la demandante formula esa solicitud “sin fundamento en hecho alguno” ya deja deducir con claridad la desestimación de la petición.

Dada la alegación de la existencia de un grupo, la Sala repasa la normativa laboral vigente (art. 51 2 de la LET y art. 6.4 del RD 801/2011), así como también la mercantil que es de aplicación a los efectos de determinar su existencia (art. 42 del Código de Comercio, art. 18 de la Ley de sociedades de capital, y art. 4 de la Ley del mercado de valores), concluyendo a partir de los hechos probados que no ha quedado probado en modo alguno la existencia del grupo, ni a efectos mercantiles ni laborales, y añade, “ad cautelam” que incluso si se hubiera probado (a efectos mercantiles), la alegación de causas organizativas y productivas, suficientemente probadas (cambios en la demanda de productos y servicios, y “disminución clarísima de la demanda”, que es calificada por la Sala de muy importante, llevaría a la aceptación de la validez del ERE

### **56. Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2013.**

A través de los [medios de comunicación](#) y de la [página web de las Comisiones Obreras de Catalunya](#) tuve conocimiento de la sentencia dictada el día 21 de mayo por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el conflicto planteado por el Comité de Empresa de [Ferrobérica SLU](#). <http://bit.ly/164vmIx>

Mi propósito es destacar algunos contenidos relevantes de la citada sentencia, nº 23/2013, de la que ha sido ponente el magistrado Carlos Hugo Preciado Doménech, y empiezo por el final, es decir por el fallo, que declara la nulidad del despido colectivo acordado por la empresa Ferrobérica SLU, con declaración igualmente de responsabilidad solidaria de las empresas codemandadas, y el derecho de los trabajadores afectados por la extinciones contractuales a la reincorporación a su puesto de trabajo. También, la sentencia aprecia “falta de legitimación activa y la inadecuación de procedimiento respecto a la pretensión de declarar el despido colectivo no ajustado a

derecho por no haber abonado la empresa las indemnizaciones en los despidos individuales sin acreditar la falta de liquidez”.

A) La sentencia, con una explicación muy didáctica y que permite seguir con facilidad toda la tramitación del conflicto y las diversas cuestiones jurídicas suscitadas por las partes, se dicta como consecuencia de la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el Comité de Empresa, dirigida también contra varias empresas y una persona física como codemandadas, pidiendo la declaración de nulidad de la decisión extintiva, y con carácter subsidiario que se declarara no ajustada a derecho la decisión, y dado que se trata de una extinción por causas objetivas y se han planteado, tal como se explica detalladamente en los hechos probados, problemas de la principal demandada para abonar las indemnizaciones debidas, se pide por la parte actora “la condena conjunta y solidaria a todos los codemandados a abonar a los trabajadores la indemnización legal que corresponda”.

B) En los hechos probados se expone en primer lugar la legitimación activa y pasiva de las partes demandantes y demandadas, no suscitando ninguna duda la primera, en cuanto que se trata de la representación unitaria del personal (art. 124.1 [Ley reguladora de la jurisdicción social](#)), y poniendo de manifiesto la sentencia, ya lo adelanto, que la segunda concurre tanto para todas las empresas codemandadas como también para la persona física. Se presta atención a la posible existencia de un grupo laboral de empresas y a todas las relaciones económicas existentes entre todas las sociedades.

Se recoge con detalle todo lo relativo a un despido colectivo anterior al que ahora es objeto de litigio jurídico, así como a un acuerdo que incluía otras medidas de flexibilidad interna como la suspensión de contratos de trabajo. Es justamente durante el período en el que estaban acordadas las primera extinciones, del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2012, que la empresa presenta un nuevo ERE (el 12 de diciembre), en el que plantea nuevos despidos y reducción salarial para la plantilla que permanezca en la empresa, siendo importante destacar que de las 80 extinciones aprobadas en el primer ERE sólo se habían hecho efectivas hasta la fecha de presentación del segundo un total de 34, alegándose por la empresa la imposibilidad de hacer frente al pago de las indemnizaciones “por no disponer de tesorería suficiente...” y negarse “las entidades financieras a financiar el coste de la reestructuración”. La causa económica alegada por la empresa para el segundo ERE es la disminución sustancial de los ingresos con respecto a las previsiones efectuadas seis meses antes.

En los hechos probados se deja debida constancia de la tramitación del período de consultas entre la parte empresarial y la representación del personal, de las diferentes peticiones de documentación adicional por la segunda y las respuestas de la primera, finalizando sin acuerdo y con la decisión empresarial de extinguir 94 contratos el 30 de abril, “comprometiéndose a no proceder a los despidos hasta que no se pagaran las indemnizaciones de los trabajadores”. A los efectos de destacar algunas referencias contenidas en los hechos probados que después tendrán importancia en la resolución jurídica del litigio, cabe destacar la petición de la parte trabajadora a la empresa de presentación de cuentas consolidadas del grupo y la manifestación de que dos de las empresas codemandadas también debían entregar las cuentas, a los que la principal empresa demandada, Ferrobérica, responde que “no tiene obligación de consolidar

cuentas con ninguna otra sociedad y que.... y .... nada tienen que ver con la actividad de Ferrobérica”.

C) El estudio de los fundamentos de derecho de la sentencia nos lleva en primer lugar a la valoración de la prueba, destacando la referencia en el FD primero a la existencia de confusión de plantillas entre las empresas codemandadas, adquirida a través de la prueba testifical de un trabajador con 41 años de antigüedad en la empresa, de las vidas laborales y del interrogatorio de la persona física codemandada, que a juicio de la Sala son suficientes al amparo de lo dispuesto en los arts. 92 de la LRJS y 376 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), “amén de que no se ha aportado prueba en contra alguna de contrario con suficiente solvencia para poner en duda lo manifestado por la parte actora”.

a) El examen de las cuestiones litigiosas planteadas por la parte actora lleva a la Sala en primer lugar a responder a la posible no validez de la decisión empresarial por no abonar las indemnizaciones a las que legalmente está obligada por el art. 53.1 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), sin haber alegado la falta de liquidez que lo impediría (recuérdese que sobre esta cuestión, pero desde el plano de la reclamación individual hay dos interesantes sentencias de los TSJ de Castilla y León y el País Vasco).

Con acertado criterio jurídico a mi parecer, la Sala desestima la petición dado que se trata de una cuestión que deberá resolverse, en su caso, por la vía de demandas individuales de los trabajadores cuyo contrato se extinga sin poner la empresa a su disposición la indemnización debida, siendo obligado acudir al art. 124.13 de la LRJS en relación con los arts. 120 a 123 de la misma Ley. No estamos, pues, en presencia de un hipotético conflicto en el que la representación del personal ostente legitimación activa, ni tampoco la ley procesal contempla como causa de nulidad el incumplimiento por parte empresarial de la puesta a disposición de la indemnización.

b) La Sala se detiene con mucha atención, y sin duda es el contenido nuclear de la sentencia, en la determinación de la legitimación pasiva tanto de las empresas codemandadas como de la persona física, y el concepto de grupo de empresas a efectos mercantiles y laborales, y lo hace porque una de las peticiones formuladas por la parte actora en la demanda es la declaración de nulidad porque no se ha seguido la tramitación debida en el ERE porque existe un grupo de empresas con obligación de presentar cuentas consolidadas y también un grupo laboral, por lo que “al no entregarse las cuentas consolidadas ni la contabilidad de ... y ... existiría vicio de nulidad”. La Sala razona con acierto que las peticiones formuladas por la parte actora (no sólo la citada sino también otras expuestas en la demanda) requieren de la delimitación previa de quien tiene legitimación pasiva, es decir “quien sea el empresario real”, ya que “.. en buena medida predetermina los pronunciamientos de nulidad o desajuste a derecho que se pretenden por la actora”.

A partir de aquí la sentencia analiza las posiciones defendidas por ambas partes, radicalmente opuestas, ya que la demandante entiende que existe tanto un grupo de empresas a efectos mercantiles, con la consiguiente obligación de consolidar cuentas de acuerdo a lo dispuesto en el art. 42 del [Código de Comercio](#) y del art. 4.5 del [Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre](#), como un grupo a efectos laborales entre las empresas codemandadas, y además plantea que la persona física codemandada es también responsable solidaria, ya que “es el único, real y auténtico empresario, que

domina el conjunto de sociedades, y que ha realizado una serie de movimientos de tesorería... que delatarían una caja única, así como que dichos movimientos habrían supuesto la descapitalización de Ferrobérica...”. Por las partes demandadas se alega justamente lo contrario, negando tanto la existencia de grupo mercantil como de laboral, y la inexistencia de responsabilidad solidaria de la persona física, con inexistencia de requisitos que la jurisprudencia ha establecido para apreciar la concurrencia del segundo y con una actividad empresarial por parte de dos empresas codemandadas que se sitúan fuera de la actividad propia de la principal y que conllevaría la inaplicación del art. 4.5 del RD 1483/2012.

La Sala, a partir de todos los datos recogidos en los hechos probados, concluye que sí existe un grupo tanto a efectos mercantiles como laborales, y que existe igualmente responsabilidad solidaria de la persona física codemandada, con un cuidado análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de “grupo de empresas a efectos laborales” y una mención específica a la primera sentencia dictada por el TS, el 20 de marzo, en materia de ERES aplicando la reforma laboral de 2012. Datos que avalan la existencia del grupo son que existía una dirección unitaria, en cuanto que la persona física codemandada era el administrador único de la totalidad de sociedades mercantiles españolas, y que respecto de las tres extranjeras que aparecen en la demanda “firma las cuentas anuales como apoderado y es socio único...”; así mismo, la confusión de plantillas que queda acreditada por el trasvase de trabajadores entre las distintas empresas, y también la confusión patrimonial o unidad de caja, poniendo de manifiesto que dos de las mercantiles demandadas carecían de actividad real conocida, y que una de ellas “tiene la propiedad de la casa y el chalet que son de uso familiar” de la persona física codemandada.

Respecto a la responsabilidad solidaria de dicha persona física se constata por la Sala que es “el auténtico y real empresario”, tras un cuidado estudio de la teoría jurisprudencial del “levantamiento del velo” y los necesarios indicios para proceder a ello, que son entre otros “la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona física y *su sociedad*”, concluyendo tras el estudio de los créditos participativos concedidos por Ferrobérica a dos empresas codemandadas, “dos meras sociedades de tenencia de bienes que no realizan actividad empresarial alguna”, que en realidad tras los mismos se ocultaba una remuneración a la persona física “o beneficios desviados formalmente a través de créditos”, y que además, los créditos concedidos por Ferrobérica a esta persona física, socio y administrador de la misma, avalan la tesis de que realmente existía “una clara confusión de patrimonios e infracapitalización de Ferrobérica..”.

c) Una vez fijada la legitimación pasiva de las demandadas, es cuando la Sala entra en el examen de otras causas de nulidad alegadas en la demanda, siendo en primer lugar analizada la de fraude de ley y abuso de derecho, por el hecho de que teniendo la posibilidad la empresa de extinguir 80 contratos según el primer ERE aprobado, sólo haga uso de dicha posibilidad de extinción para 34 trabajadores y desista de dicho ERE para presentar uno nuevo, y además teniendo asimismo la posibilidad de suspender contratos por un período de 250 días naturales. Nuevamente las tesis de las dos partes son radicalmente contrarias, ya que la demandante entiende que el fraude de ley existe porque aquello que realmente pretende la empresa es reducir el coste de las indemnizaciones a abonar si se aprueba el nuevo ERE, mientras que la demandada principal alega las nuevas circunstancias económicas para justificar la necesidad de

proceder al segundo ERE, en síntesis sus múltiples dificultades para poder proceder al pago de las indemnizaciones debidas, y de ahí que crea oportuno dejar decaer el primer ERE para presentar un segundo en el que plantea nuevas propuestas, tanto de extinción de contratos como medidas de flexibilidad interna más adecuadas a la nueva situación.

La Sala entiende contraria a derecho la actuación empresarial poniendo el acento en la existencia de un acuerdo negocial que vincula a las partes con arreglo a la teoría general de las obligaciones contractuales y cuya alteración, ex art 1256 del [Código Civil](#), no puede dejarse a la libre voluntad de una sola de las partes. Bien es cierto que la empresa que la empresa alega la existencia de un importante deterioro de sus cuentas que llevarían a la necesidad de este nuevo ERE, pero la Sala, en una sentencia que como pueden comprobar utiliza un cuidada argumentación de naturaleza mercantil y civil además de la propiamente laboral, otorga preferencia al cumplimiento de los pactos, “pacta sunt servanda” frente a la alteración sobrevenida de las condiciones contractuales, “rebus sic stantibus”, en cuanto que el “importante deterioro”, unos 100.000 euros en seis meses, no podría considerarse como algo “imprevisible o extraordinario” a la luz de los datos disponibles seis meses antes y la previsión de la evolución económica en ese período, trayendo a colación la Sala, en defensa de su argumentación, la jurisprudencia del TS sobre dicha cláusula, para cuya aplicación por los tribunales se requiere “alteración completamente extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato, desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de los contratantes, y todo ello debido a circunstancias sobrevenidas y radicalmente imprevisibles”.

Es este el contenido de la sentencia que puede ser más sometido a debate, dado que es la valoración de los hechos concretos del caso los que llevan a la Sala a defender la tesis de inaplicación, siendo así que será necesario entrar en los avatares de cada situación concreta en cada litigio concreto para valorar la posibilidad de presentar un nuevo ERE cuando aún no ha finalizado la vigencia del anterior, posibilidad que ya se ha planteado ante otros TSJ y la Audiencia Nacional, y es que es valorada de forma extraordinariamente restrictiva, recordando la Sala con buen criterio a mi parecer la doctrina del TS, en [sentencia de 9 de febrero de 2010](#), de que el acuerdo negocial de extinción de contratos no es en puridad un convenio colectivo, pero sí es un producto de la negociación colectiva, “un acuerdo extintivo que... debe suponer una aplicación más que restrictiva de dicha cláusula (Rebus Sic Stantibus), puesto que el principio y regla general es que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, pues tiene fuerza de ley entre las partes contratantes”.

La existencia de un fraude de ley conlleva la nulidad del despido, aun cuando no se recoja de forma expresa en el art. 124.11 de la LRJS tras la modificación operada por la [Ley 3/2012](#), siendo así que sí se recogía en el art. 124.9 de la citada Ley tras la modificación por el [Real Decreto-Ley 3/2012](#). Ciertamente, sería poco coherente con la teoría general de los contratos negar que la existencia de un fraude de ley, o bien un abuso de derecho o coacción, no significara la nulidad de la decisión empresarial, y creo que es desde este planteamiento como debería argumentarse la decisión, a mi parecer correcta, adoptada por la Sala, siendo más débil el argumento de que las diferencias entre la redacción de los preceptos antes citados en el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 deba interpretarse “como un olvido del legislador”, y no quiero decir con ello que no existiera el olvido (las reformas laborales motorizadas o de Formula 1 tienen muchos errores y

olvidos, y lo estamos viendo en numerosas ocasiones), pero creo que la argumentación podría ser más sólida por otra vía.

d) Último, pero no menos importante: la Sala debe pronunciarse sobre la alegación de nulidad por incumplimiento del deber de aportación de la documentación a que está obligada la empresa en el período de consultas, y la falta de buena fe negocial, argumentándose la primera porque hubiera sido obligatorio disponer de la información económica del grupo a efectos laborales, y la segunda porque el fraude existente en la conducta empresarial, al que me he referido en el apartado anterior, vicia completamente la negociación.

Dada la existencia, a juicio de la Sala, de un grupo de empresas tanto a efectos mercantiles como laborales, se concluye con una nueva vulneración de la normativa por la parte principal demandada, poniendo especial énfasis aquella en la vulneración de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con cita de varias sentencias de los TSJ, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la [Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998](#) sobre despidos colectivos, además de las también obligadas referencias al art. 51 de la LET, art. 4.5 del RD 1483/2012 y art. 42 del Cco, en cuanto que la no disposición de la información correcta “impediría así de forma esencial una negociación colectiva encaminada a evitar o reducir los efectos del despido..”, concluyendo la Sala que los representantes han de disponer de la información necesaria para poder negociar de forma constructiva y formular sus propuestas, y la situación económica de un grupo es distinta de la de cada una de las empresas que lo integran, “por cuanto que el ámbito de la causa económica en caso de grupo mercantil, conforme al art. 4.5 RD 1483/2012, es el ámbito del grupo, de lo contrario carecería de sentido la obligación de aportar las cuentas consolidadas del grupo”.

Por fin, sobre la ejecución de la sentencia, cabe decir a mi parecer que los trabajadores deben solicitar su reincorporación a la empresa para la que prestaban sus servicios, y que la responsabilidad solidaria implica que todas las empresas codemandadas arrastrarán las consecuencias de un hipotético incumplimiento de dicha obligación. Me imagino, no obstante, que surgirá nuevamente el debate sobre la naturaleza declarativa o ejecutiva de las sentencias dictadas por los TSJ y la AN, con las indudables consecuencias según que sea directamente ejecutable o que requiera de una acción individual posterior en sede judicial para reclamar su derecho a la readmisión, siendo así que el mantenimiento de la tesis del carácter declarativo implicaría, no privar pero sí limitar el alcance efectivo de la resolución judicial.

## **57. Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de junio de 2013.**

1. [La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dictado el 3 de junio una nueva sentencia](#) en materia de expedientes de regulación de empleo, de la que ha sido ponente el magistrado Miquel Àngel Falguera, con ocasión de la demanda interpuesta el 31 de enero y ampliada el 12 de marzo, por tres representantes de los trabajadores (comisión ad hoc) solicitando la declaración de nulidad del ERE o subsidiariamente su condición de no ajustado a derecho. El acto de juicio tuvo lugar el 7 de abril.



2. Queda constancia en hechos probados de la comunicación de la empresa, dedicada a instalaciones eléctricas, colocación de redes y trabajos de fontanería, a todos sus trabajadores de la voluntad de presentar un ERE de extinción de todos los contratos, y la designación por estos de una comisión negociadora ad hoc, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 41.4 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#) (en la redacción, obviamente, anterior a la reforma operada por el [Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto](#) que entró en vigor el día 4).

Consta el inicio y desarrollo del período de consultas, la comunicación a la autoridad laboral del inicio de la tramitación, y la documentación aportada por la empresa para justificar su inviabilidad económica. Se reproducen los contenidos de las actas del período de consulta, con diversas propuestas y contrapropuestas por las partes, pero sin llegar a un acuerdo. Con posterioridad, la empresa procedió a comunicar la extinción de sus contratos a los 17 trabajadores de la plantilla, al tiempo que manifestaba la imposibilidad de abonar el 60 % de la indemnización legalmente debida “por falta de liquidez”. Igualmente, queda acreditado que la empresa tenía pendiente de pago diversas cantidades, y que ello había provocado varias demandas de extinción contractual al amparo del art. 50 de la LET. En cuanto a los despidos por el ERE, se indica en la sentencia que 15 trabajadores han interpuesto demandas individuales contra los mismos.

3. Destaco de los fundamentos de derechos algunas aportaciones jurídicas que me parecen de especial interés.

A) En primer lugar, sobre la validez de la documentación presentada en fotocopias y la negativa de su validez por la empresa, la Sala acude a lo dispuesto en el art. 326 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) sobre la fuerza probatoria de los documentos privados (“1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. 2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”), y concluye que la parte demandante no ha realizado esfuerzo alguno para aportar facturas originales o la prueba testifical que permitiera reconocer la veracidad de tales documentos, hechos que le impiden tener las pruebas basadas en tales documentos como acreditadas.

B) Por otra parte, la reiteración de la tesis (nuevamente antes del RDL 11/2013) de la naturaleza “declarativa y no de condena” de la sentencia dictada en proceso de despido colectivo (art. 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#)) lleva a la Sala a no tomar en consideración determinadas alegaciones respecto a las antigüedades, el salario efectivamente percibido, e incluso la existencia o no de una relación jurídica laboral, ya que todo ello deberá ser objeto, en su caso, de conocimiento y valoración en los litigios individuales.

C) Tiene particular interés la sentencia por lo que respecta al análisis de los argumentos de la demanda sobre la presunta falta de notificación a los representantes de los

trabajadores de la extinción de los contratos, siendo consciente la Sala de que dicho incumplimiento lleva aparejada, ex art. 51.2 de la LET, la nulidad de la decisión empresarial y así ha sido reconocido por sentencias de otros TSJ. Sin embargo, las circunstancias de tratarse de una pequeña empresa con contacto directo entre la dirección y la plantilla, de la elección ad hoc de los representantes, del conocimiento por aquellos de la voluntad empresarial de cerrar la empresa, de la finalización del período de consultas sin acuerdo, y en fin del hecho que los trabajadores (según hechos probados) seguían acudiendo a la empresa aun cuando no hubieran trabajado y sólo a la espera de que les entregaran las cartas de despido, llevarán a la Sala a una interpretación finalista y no meramente formalista de los requisitos a cumplir por la empresa para extinguir los contratos, entendiéndose que la no comunicación expresa a los representantes ad hoc no es una infracción formal de tanta entidad como para declarar la nulidad de la decisión empresarial, apoyando su tesis en la dicción literal del art. 124.11 de la LRJS en relación con el art. 51.4 de la LET.

Por consiguiente, la Sala introduce una diferencia de trato, que para su validez debe ser bien justificada en cada caso concreto (según mi parecer) entre los requisitos aplicables a las pequeñas empresas (pero me pregunto dónde ponemos el listón en cuanto al número de trabajadores, y cómo influirá la organización productiva de la empresa, con uno o más centros de trabajo) y aquellos que deben ser obligatoriamente respetados en casos de ERES en empresa de mediana o gran dimensión. Por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “La previsió legal respecte la comunicació als representants dels treballadors pot tenir efectes significatius en quant la qualificació de l'acomiadament en una gran o mitjana empresa, quan es produeix la rescissió de part de la plantilla. Així, com s'afirma en els pronunciaments esmentats, és clar que si falla la negociació del període de consultes i l'empresa decideix extinguir els contractes, la manca de notificació al comitè d'empresa -o en el seu cas, als delegats sindicals- de quines són les persones afectades pot comportar una evident afectació negativa del dret de representació, atès que els dits representants han d'exercir el control de quines són les persones que marxen de l'empresa, el compliment dels criteris d'adscripció o les condicions extintives. Ara bé, en casos com el present en els què des del primer moment la voluntat de l'empresa és l'extinció contractual de tota la plantilla, no existeix representació estable i les persones assalariades coneixen la seva situació i estant esperant la missiva extintiva, la dita omissió -tot i que pot constituir un incompliment no té òbviament entitat suficient per tal de comportar la declaració de nul litat, màxim quan conforme l' art. 124.11 LRJS no estableix aquesta qualificació en forma expressa en referència a l' art. 51.4 TRLET”.

D) No existe tampoco para la Sala infracción por parte empresarial del deber de buena fe negocial, remitiéndose en primer lugar a su doctrina sentada al inicio de la tramitación procesal laboral de los ERES por la [sentencia de 26 de junio de 2012](#), con una amplia cita de la misma. Tal como dije en el comentario efectuado en su día de esta sentencia, “El mayor interés de la sentencia radica a mi parecer no en su fallo sino en el análisis teórico que realiza de las obligaciones de las partes, señaladamente de la empresarial, en el período de consultas, y de qué debe entenderse por grupo de empresas a efectos laborales, y estoy casi seguro que buena parte de esa argumentación será utilizada en posteriores sentencias que la Sala de lo Social del TSJ deba dictar ante demandas contras ERES”. Me permito reproducir un párrafo del comentario que efectué en su momento: “En primer lugar, se efectúa un muy cuidado análisis de qué significa el principio de buena fe en la relación individual de trabajo, y de cómo este ha de

reforzarse en el seno del derecho colectivo, en el marco de la negociación colectiva— con expresa mención a la inclusión del período de consultas en el procedimiento de ERE—afirmando que “es aún más exigible que en el ámbito estrictamente contractual, en la medida en que su resultado tanto un contrato como, en su caso, una posible norma y que no concurre con tanta intensidad la nota de la dependencia”, y sosteniendo que si se hubiera producido el incumplimiento de la buena fe contractual ello “debería efectivamente comportar la nulidad de la decisión empresarial”. Dicho esto, la sentencia manifiesta (y aquí es obligado por mi parte el recuerdo a uno de los maestros del Derecho del Trabajo, D. Manuel Alonso Olea) que la obligación de negociar de buena fe no significa obligación de alcanzar un acuerdo, y que en el caso concreto enjuiciado la empresa demandada ha formulado varias propuestas en el período de consultas, de lo que la Sala deduce que las mismas “pueden ser, lógicamente, del desagrado de los representantes de los trabajadores, pero en ningún caso se puede extraer la existencia del mínimo indicio de mala fe para no llegar a alcanzar un acuerdo”.

Si pasamos del análisis teórico a los hechos concretos del litigio enjuiciado, siempre quedó de manifiesto cuál era la voluntad empresarial y con aportación de la documentación prevista para los despidos por causas económicas, siendo interesante destacar la crítica realizada por la Sala a la parte trabajadora, asistida de letrado, en cuanto a la falta de alegación de la “insuficiencia de la documentación legalmente prevista”, o dicho de otra forma, nuevamente un TSJ se manifiesta sobre la importancia de saber dirigir muy bien el período de consultas y vincular las demandas con aquello que ocurrió, y quedó probado, durante el mismo, y mucho más, añadido yo ahora, si la parte demandante disponía de asesoramiento. Sobre la no aceptación de propuestas de la parte trabajadora, y recuerdo que hay sentencias de la Audiencia Nacional que se pronuncian en el mismo sentido que ahora lo hará la Sala, el TSJ de Cataluña entiende como correcta la decisión de la empresa ante el nulo margen de que disponía (nuevamente la importancia del período de consultas aparece como relevante para la resolución del litigio).

E) La Sala debe abordar otra cuestión formal, cuya aplicación literal en los términos de la norma sustantiva (art. 51 LET) puede llevar aparejada la nulidad de la decisión empresarial aunque así no lo dispusiera expresamente el art. 124 de la LRJS (modificado “por seguridad jurídica” por el RDL 11/2013); se trata de la comunicación a los trabajadores de las extinciones de sus contratos antes del transcurso de treinta días de la comunicación a la autoridad administrativa laboral del inicio del ERE, y la Sala conoce muy bien que hay sentencias que se pronuncian en esos términos, incluso una propia de 18 de julio de 2012 (“como elemento adicional”), pero concluye que no puede aplicar la formalidad en términos muy formalistas (valga el juego de palabras) porque ello sólo sería posible a su parecer si hubiera habido una actuación empresarial vulneradora de la buena fe o que provocara indefensión a los trabajadores, pero ello no se produjo y además quedó probado que ambas partes acordaron que el ERE se tramitaría con la mayor rapidez posible para poder percibir, en su caso, las indemnizaciones y salir de una situación en la que la empresa les debía importantes cantidades salariales.

Como puede observarse, nuevamente la Sala se pronuncia por dar valor a una decisión que pudiera discutirse en sus términos literales, poniendo el acento en la falta de efectos negativos sobre las personas afectadas y en la voluntad de las partes (que habrá que examinar, añadido yo ahora, en cada caso concreto para ver si se ajusta a la legalidad) de

dar por finalizado cuanto antes el conflicto. Con cita, nuevamente, de las propias palabras de la Sala, “difficilment hom pot pretendre que una situació acordada per ambdues parts pugui tenir efectes en la qualificació de l'acomiadament, en relació a una exigència legal respecte la qual la Llei processal no en contempla els sol licitats efectes de nul litat”.

F) Sobre los argumentos de fondo para solicitar que el ERE se declare no ajustado a derecho, la Sala, al analizar la “causalidad substantiva” de la decisión empresarial, entiende acreditada la existencia, de causas económicas, Tras pasar revista a la jurisprudencia del TS (anterior a la reforma) sobre qué debe entenderse por causa económica negativa, concluye que la situación de la empresa “era insostenible” y que, además, nunca fue negada o combatida por la representación social, y todo ello unido a la situación de concurso en que se encuentra la empresa y la existencia de numerosas deudas salariales anteriores a la presentación del ERE.

No pierde oportunidad la Sala, y el ponente ha sido y sigue siendo especialmente crítico sobre la reforma de 2012, para criticar el deseo del legislador de convertir a los jueces en meros notarios de la causa alegada, afirmando con rotundidad que los jueces y tribunales no pueden limitarse al análisis de la “causalidad formal” sino que deben hacerlo también de la “causalidad substantiva”, y que en este caso concreto, en atención a todos los hechos probados, sí concurre la justificación del despido de toda la plantilla.

## **58. Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de junio de 2013.**

1. La [sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de junio](#), de la que fue ponente el magistrado Luís Revilla, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta el 21 de febrero, en proceso de despido colectivo, por la representación de personal de la empresa MOMAYCA SA contra esta y otras personas jurídicas y físicas codemandadas, con petición de condena solidaria para una de las personas jurídicas codemandadas. Después de varias vicisitudes, recogidas en los antecedentes de hecho, el acto de juicio tuvo lugar el 17 de mayo. Los trabajadores afectados por el ERE también han presentado demandas individuales por despido.

El interés de la sentencia radica en el examen por la Sala de la existencia o no de una cesión ilegal de mano de obra, apareciendo como empresario de los trabajadores quien no ostenta realmente la condición de tal, y sus efectos sobre la declaración de nulidad del despido colectivo efectuado por el empresario formal. A los efectos de la explicación interesa destacar de los hechos probados que la empresa codemandada para la que se pide responsabilidad solidaria (DELPHI PACKARD ESPAÑA SAU) era el único cliente de la empresa demandada, y que aquella determinaba y fijaba el contenido del trabajo de esta y cómo debían prestar su servicio sus trabajadores. Por su interés para conocer como operaba esta dependencia reproduzco dos párrafos del fundamento jurídico quinto: “Así DELPHI realiza diariamente la planificación de la producción, sobre la naturaleza y número de piezas, que deben completar los trabajadores de MOMAYCA (Se denominaban pedidos). Participa la planificación vía e-mail y por conducto telefónico al Sr. Augusto que como ya se ha dicho es el encargado de la dirección y control de la actividad productiva en el centro de trabajo y, además, desplaza diariamente a este a un trabajador encargado, el testigo Sr. Laureano, que controla que la planificación se complete con corrección. Además desplaza al centro de trabajo a tercer trabajador, últimamente el testigo SRA. Violeta, en dos ocasiones cada

jornada, que es el encargado de controlar la calidad del proceso productivo, de los métodos de trabajo y de su optimización, así como que las piezas elaboradas cumplen con la indicación técnica de DELPHI. Este, para el supuesto de detectar anomalía en alguno de estos ámbitos, tiene facultad para paralizar, corregir o reordenar el proceso”.

A) Queda constancia de la aprobación administrativa, con anterioridad a la reforma de 2012, de dos ERES de reducción de la jornada laboral, finalizando la vigencia del segundo el 31 de diciembre de 2012, ERES que, así se recoge en el hecho probado noveno, “fueron coordinados con los que se autorizaron para DELPHI”. La retirada de la carga de trabajo por la codemandada, unida a la retirada del centro de trabajo de la demandada de todo el material de trabajo facilitado por aquella, llevó al cese efectivo de actividad laboral en diciembre de 2012 y a la posterior presentación del ERE el 11 de enero, con propuesta de extinción de toda la plantilla, doce trabajadores, por causas económicas que conllevaban el cese de la actividad.

En la documentación económica entregada a la representación del personal para el período de consultas, así como a la autoridad administrativa laboral, se recoge la caída de la facturación desde 2010, la inexistencia de cartera de pedidos por ser DELPHI la única cliente de la empresa con anterioridad, el incremento notable de los gastos de personal en relación con la facturación, que pasaron de un 52,90 % en 2010 a un 102,18 % en 2012, y las pérdidas sufridas en los ejercicios de 2011 y 2012. La empresa justificaba el ERE, con todos los datos aportados en el hecho de que su única cliente en 2011 y 2012 “había bajado varias veces los precios sin causa justificada y en el segundo semestre del año 2012 había bajado el número de piezas encargadas y había manifestado que para 2013, la manipulación de piezas sería menor” (hecho probado decimosegundo). El dato de tratarse del único cliente de la demandada se manifiesta con toda claridad en el hecho probado decimoséptimo cuando se afirma que “Consta igualmente que ni antes ni después de la ruptura de la relación mercantil con DELPHI prestó servicios para terceras empresas clientes y que ha cesado en toda actividad industrial”.

Se celebraron cuatro reuniones durante el período de consultas, con petición de documentación complementaria por la parte trabajadora y aportación por la empresa de algunos documentos solicitados. La finalización de la negociación sin acuerdo llevó a la empresa a extinguir los contratos mediante escrito de 28 de enero y efectos de 13 de febrero, sin poner a su disposición la indemnización legalmente prevista por la situación de crisis económica de la empresa.

En otros hechos probados se recoge sucintamente el informe de la ITSS, en el que se critica la falta de entrega de documentación importante por la empresa relativa a los costes del alquiler de local y de la maquinaria de la empresa, por lo que ello implica “una dificultad para negociar de buena fe durante el período de consulta”. También, datos de otras empresas codemandadas, de los que cabe destacar que trabajadores de la empresa demandada afectados por el ERE pasaron a prestar servicios, vía empresa de trabajo temporal, para una de ellas poco después de la decisión empresarial de extinguir los contratos

B) En los fundamentos de derecho se deja constancia en primer término de las alegaciones de la demandante para solicitar la declaración de nulidad del ERE, basadas en la inexistencia de buena fe comercial por falta de entrega de la documentación

necesaria para llevar a cabo correctamente el período de consultas, la actuación fraudulenta de la empresa, en concierto con las codemandadas, para aparentar la existencia de una causa económica realmente inexistente, y el incumplimiento de requisitos formales respecto a la comunicación del despido a la representación legal de los trabajadores, no habiendo además abonado la indemnización legalmente debida en caso de despido objetivo a los trabajadores. La Sala toma nota de todas las peticiones, pero plantea de entrada, y así lo va a resolver con buen criterio a mi parecer, que el hecho de haberse alegado una cesión ilegal de trabajadores entre empresas, así como una sucesión empresarial y responsabilidad personal de socios y administradores, impone en primer lugar “estudio y solución ... sobre estos extremos en cuanto la respuesta determinará el ámbito de formal, material y personal de la exigencia constitutiva para la adopción de la decisión extintiva y cuál ha de ser la extensión consolidada de la circunstancia económica y productiva a estudiar”.

Desde este planteamiento previo, la Sala estudia con exhaustividad las irregularidades denunciadas de vulneración del art. 43 de la LET, para determinar quién era el empresario formal y si coincidía o no con el empresario real, con un cuidado análisis de la jurisprudencia al respecto y más en concreto del estudio de la licitud jurídica de la descentralización productiva, aceptada por la normativa y los tribunales pero no de forma incondicional, ya que no puede llevarse a cabo en fraude de ley (art. 6.4 [Código Civil](#)) y “tener dimensión de lícita acumulación de fuerza productiva y no de simple teatralización para cercenar legítimos derechos y expectativas de los trabajadores adscritos al proceso productivo”.

Tras el estudio teórico, hay que pasar a su aplicación al caso concreto enjuiciado, partiendo de los elementos facticos, de las pruebas aportadas y de las alegaciones de las partes, y aquí la Sala concluye, tras un amplio repaso de todos los hechos probados, que uno era el empresario formal (MOMAYCA) y otro el empresario real (DELPHI), ya que falta en la primera “una posición empresarial real dotada de sus propios medios materiales y humanos, organizados para la producción de bienes o servicios de forma autónoma e independiente”. Recomiendo la lectura detallada del fundamento jurídico cuarto, en el que se concluye con la manifestación de la creación de una “apariencia de contrata” entre MOMAYCA y DELPHI, que no era tal dado que la primera no tenía vida autónoma de la segunda, actuando de esta manera con vulneración del art. 1 de la LET, “amparándose la empresa DELPHI en el formal concierto con tercera empresa de contrato mercantil, para privar a los trabajadores, finalmente despedidos, de sus derechos laborales en relación con el verdadero y solvente empresario”.

La existencia de este fraude legal, y por consiguiente de la existencia de un prestamismo laboral prohibido por la LET lleva a la Sala a tener que estudiar y pronunciarse sobre la conformidad a derecho del ERE en relación con “la totalidad de las empresas implicadas en el fraude porque el despido ha de proyectarse también en relación a la empleadora real que, como se ha dicho, no es otra que DELPHI”. La respuesta será, lógicamente, la declaración de nulidad del ERE por incumplimiento de los requisitos legales, es decir de la documentación que la empresa (real) queda obligada a presentar según el art. 51.2 LET, ya que no se dispuso en ningún momento de la información que hubiera podido permitir un auténtico, y no meramente formal y ficticio, período de consultas.

Cuestión distinta hubiera sido, a juicio de la Sala, que el empresario formal fuera también el empresario real y que la situación fáctica producida, la pérdida del único cliente, se hubiera producido como consecuencia de decisiones ordinarias que se adoptan en el tráfico mercantil, ya que en tal supuesto los datos aportados en la presentación del ERE hubieran justificado su razonabilidad, hubieran sido “suficiente” por utilizar la terminología de la sentencia, pero es obvio que estas manifestaciones sólo pueden considerarse en abstracto, y a modo de obiter dicta, como reflexión general que no afecta a las irregularidades producidas en el presente conflicto, irregularidades valoradas con dureza por la Sala en cuanto que argumenta que en este despido colectivo “se aprecia la falta de observancia de cualquier trámite real...”.

Por último, respecto al resto de personas físicas y jurídicas codemandadas, la Sala aprecia falta de rigurosidad en la demanda, en la que se afirma que se mezclan diversos alegatos “en totum revolutum”, y tras proceder al estudio de la excepción de falta de legitimación activa ad causam para ser llamados al proceso en condición de codemandado, concluye que la demandante no ha podido probar en modo alguno “la responsabilidad y condena solidaria que pretende”, por lo que procede a la desestimación de la petición, no sin antes formular una interesante reflexión sobre una codemandada de la que se predicaba su condición de empresa sucesora de la actividad productiva de la demandada, respondiendo el tribunal que es la empresa DELPHI la que mantiene la condición de empleador real también para los trabajadores de esta última empresa, que sin duda podrá ser objeto de otro litigio si llegara a plantearse una situación como la que ha sido conocida en la sentencia cuyo análisis concluyo.

#### **59. Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de julio de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de julio](#), de la que fue ponente la magistrada Macarena Martínez, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la representación de los trabajadores contra Cambrils Audiovisual entidad pública empresarial y el Ayuntamiento de dicha localidad, solicitando la declaración de nulidad de la decisión empresarial de extinguir los contratos de los trabajadores de la plantilla como consecuencia de la decisión del pleno del Ayuntamiento de cerrar la emisora, debido a decisiones previas tales como la disolución del Consorcio de la Televisión Digital local pública del Canp y la decisión del Ayuntamiento de dejar de aportar para la radio municipal la cantidad de 435.00 euros que venía dedicando, “atendida la situación económica actual”.

La Sala, que parte muy correctamente a mi parecer de la consideración de la emisora como formando parte del sector público pero sin ser Administración Pública, y de ahí que deban aplicarse los arts. 51 y 52 de la LET, se centra básicamente en el período de consultas y su tramitación, ante la petición de nulidad de la demanda por entender que no se ajustó a la normativa. La Sala estima la demanda por considerar inexistencia de buena fe negocial por parte de la empresa tanto por no haberse movido de su planteamiento inicial como por no haber aportado la documentación necesaria para que el período de consultas cumpliera con su función de facilitar la obtención de un acuerdo.

Reproduzco dos párrafos de la sentencia que son a mi parecer los que aportan mayor claridad a la cuidada argumentación de la Sala: “En suma, la postura de Cambrils Audiovisual EPEL se mantuvo prácticamente invariable durante la totalidad del proceso negociador, con excepción del ofrecimiento de indemnizaciones que mejoraban la

legalmente establecida, lo que no se materializó hasta la tercera reunión. A ello ha de añadirse que el ofrecimiento relativo a la recolocación externa de alguno de los trabajadores no pudo mantenerse en las sucesivas reuniones. Y en relación a la propuesta relativa a la hipótesis de reapertura de los medios de comunicación, no puede considerarse real, por condicionarse a futuras condiciones no concretadas, y hacerse depender de la actuación de tercero, en este caso, el Ayuntamiento de Cambrils. Por último, respecto a la reapertura inmediata de la radio, la postura de aquella entidad resultó inamovible.

Por todo ello, estimamos que la actuación de la entidad codemandada vulneró la buena fe contractual, al efectuarse la única de las propuestas reales (concreción de indemnizaciones a los trabajadores) en la tercera de las reuniones celebradas, cuando quedaba un día para finalizar el período de consultas, sin que a ello se acompañase la documentación económica solicitada por los trabajadores, en aras a efectuar contrapropuestas, conforme a lo expuesto en el anterior fundamento de esta resolución. A ello ha de unirse la ausencia de aportación de las certificaciones del Interventor del Ayuntamiento de Cambrils, pese a alegarse como causa económica del despido la insuficiencia presupuestaria, y a datar aquéllas de fecha anterior a la finalización del período de consultas”.

#### **60. Sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2013.**

Una nota sobre la [Sentenciadictada por el TSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2013](#), de la que fue ponente el magistrado Carlos Hugo Preciado. En esta sentencia se realiza un cuidado análisis de cómo debe justificarse el despido colectivo por la empresa y los pasos que debe seguir para que su decisión se ajuste a derecho, que son los siguientes: acreditar la causa, determinar la “conexión de funcionalidad (es decir, “en qué modo las causas ETOP inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir”, siendo necesario por ello demostrar que aquellos contratos de trabajo cuya extinción se pretende llevar a cabo “han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva”), y que exista una “proporcionalidad”, o dicho en otros términos que la decisión empresarial sea adecuada en cuanto a las medidas adoptadas para hacer frente a la necesidad que se pretende abordar y resolver con los despidos, lo que significa en definitiva que “hay que razonar la medida de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación de razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios”.

#### **61. Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2013.**

Me acerco a la [sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2013](#), de la que fue ponente la magistrada Macarena Sierra.

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa en un supuesto de inclusión en un ERE de una trabajadora con discapacidad, siendo así que en el acuerdo que puso fin al período de consultas se pactó la no inclusión de las personas con discapacidad, alegando la empresa que desconocía dicha situación física de la trabajadora. Destaco esta tesis recogida en el fundamento de derecho tercero: “coincidimos con el magistrado de instancia al estimar que el mero hecho de la fusión empresarial, por sí misma, no comporta la concurrencia de las causas organizativas y productivas esgrimidas, por cuanto es necesario que se acredite la incidencia de las



mismas sobre el volumen de empleo empresarial. Del mismo modo, estimamos que no concurre una presunción iuris tantum de existencia de causa legal para la medida extintiva, a modo de elemento inversor de la carga probatoria, por haber sido suscrito un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa en el período de consultas; sin perjuicio de que no pueda soslayarse que tal acuerdo constituye un elemento cualificado a ponderar al dirimir sobre la concurrencia de la causa, en aquellos casos en que la finalización del acuerdo se efectúe con reconocimiento de la misma y, como ocurre en el que nos ocupa, no haya sido alegado fraude o vicio de la voluntad en su suscripción”.

## **X. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.**

### **62. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de diciembre de 2.012.**

1. La [sentencia de 14 de diciembre de 2012](#), del TSJ de la Comunidad Valenciana, de la que fue ponente el magistrado Antonio Vicente Cots, versa sobre las demandas presentadas por la C.S. de CC OO del País Valenciano y por la Federación de Industria de la UGT del País Valenciano contra una empresa, en las que se solicitó la declaración de nulidad de la decisión de extinguir los contratos de trabajo de 90 trabajadores, y de manera subsidiaria la declaración de no ajustada a derecho de dicha decisión.

Queda constancia en los hechos probados del inicio de la tramitación del ERE por parte de la empresa el 6 de julio, con la propuesta de extinción de 96 contratos de trabajo de una plantilla integrada por 254 trabajadores, con alegación de causas económicas, productivas y organizativas, así como también la celebración de nueve reuniones durante el período de consultas y la finalización sin acuerdo. Especialmente interesante es el hecho probado cuarto, en el que la Sala efectúa un resumen de aquello que considera más importante del contenido de las actas de las reuniones del período de consultas, con mención a las propuestas y contrapropuestas de las partes, la aceptación por parte de la empresa durante la negociación de una propuesta de reducción del número de contratos a extinguir a cambio de contrapartidas salariales, a lo que el comité de empresa responde con otra contrapropuesta, y las explicaciones dadas por los representantes de la empresa a las diversas peticiones formuladas por la parte trabajadora. Queda constancia igualmente en los hechos probados que la situación negativa de la empresa, acreditada por la documentación presentada, “se consolida como crisis estructural y no como simple coyuntura adversa”, y que inicialmente fueron incluidos en el ERE algunos miembros del Comité de Empresa porque estaban asignados a líneas de producción que iban a desaparecer tras el ERE, si bien finalmente la empresa retiró a dichos representantes de la decisión de extinción.

El interés de la sentencia radica a mi parecer en las numerosas referencias que se contienen en los fundamentos de derecho al “contenido de las Actas” del período de consultas, y que pone de manifiesto una vez más que los debates, negociación, presentación de propuestas y contrapropuestas en dicho período, está teniendo una importancia de primer orden para resolver los conflictos que llegan a los tribunales (incluso en caso de no modificación de la propuesta inicial de la empresa, ya que en tal caso sólo se acepta su validez cuando esta acredita debidamente la gravedad de la situación económica empresarial que le impide formular otras propuestas alternativas o aceptar una o varias de la parte trabajadora).

La Sala no acepta, en primer lugar, determinadas alegaciones de las demandantes porque no fueron expuestas en la demanda y se presentaron por primera vez en el acto del juicio, y a continuación expone que “atendido el contenido de las actas” no puede deducirse que la empresa ejerciera presión sobre la representación de la parte trabajadora para la firma del ERE por no haberse pagado aún la nómina del mes de julio y anunciar que se pagaría con atraso, ya que dicha situación venía también acompañada de la apertura del período de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo (junto a la presentación del ERE). Obsérvese, dicho sea incidentalmente, que ya se han suscitado varios conflictos en los que las empresas presentan conjuntamente un ERE, extintivo o de suspensión, y una modificación sustancial de condiciones de trabajo, y que en este caso concreto no se entró a valorar sobre su conformidad a derecho, que si se ha aceptado por la Audiencia Nacional.

Según la Sala, a partir de los hechos probados se constata que la empresa presentó toda la documentación a que estaba obligada por la LET, la normativa reglamentaria entonces vigentes ([RD 801/2011](#)) y la [LRJS](#), por lo que no procede aceptar la tesis de la parte demandante de incumplimiento de los requisitos formales, no siendo preceptiva la aportación del Plan de Negocio 2012-2015 elaborado por la empresa para la planificación de su futuro, en el bien entendido que sí se presentó, según las Actas, una primera versión de ese documento en las reuniones del período de consultas. La Sala entiende que debe ser de aplicación lo dispuesto en el art. 51 de la [LET](#), aún cuando también se refiere a los requisitos previstos en el RD 801/2011 para afirmar que, en el supuesto de que se considerara de aplicación, también se han respetado por la empresa.

¿Ha existido proceso negociador? ¿Ha habido fraude de ley por parte de la empresa al haber extinguido 90 contratos, cuando durante el período de negociación había llegado a proponer sólo 69? La Sala responde a las dos preguntas en sentido favorable a las tesis empresariales, y nuevamente “atendido el contenido de las actas de las reuniones”. En especial, con respecto al hecho de haber extinguido un número de contratos superior al planteado en un momento determinado de la negociación, la Sala recuerda que esta es un juego de propuestas y contrapropuestas que finalmente llevarán a un acuerdo entre las partes, o que en caso de desacuerdo dejan libertad a la parte empresarial para adoptar la decisión que estime más adecuada a sus intereses, obviamente dentro del respeto a la normativa vigente. Para la Sala, y cito textualmente del fundamento de derecho cuarto, “el deber de negociar no obliga a pactar necesariamente, y si bien durante el periodo de consultas la negociación producida se encamina a la consecución de un acuerdo y se intenta aproximar las posturas, ofreciéndose soluciones o fórmulas con el objeto de fijar una postura final, si ésta no llega a producirse o producida no es aceptada, no queda la empresa vinculada por los ofrecimientos efectuados para conseguir el acuerdo y dado que en el presente supuesto no se alcanzó el acuerdo final no quedaban las partes vinculadas a las propuestas intermedias ofrecidas y por lo tanto no quedó consolidada la reducción del número de extinciones de puestos de trabajo formuladas a lo largo del proceso”.

Hay una cuestión ciertamente interesante en el litigio planteado, que versa sobre la alegación de discriminación hacia trabajadoras que habían cambiado de puesto de trabajo tras un parto o por reducción solicitada de jornada de trabajo, habiendo sido asignadas a líneas manuales de producción que se han visto afectadas por las extinciones. La Sala acude a las reglas de la LRJS y a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la traslación de la carga de la prueba a la parte demandada si la

demandante aporta indicios suficientes de la existencia de dicha discriminación, algo que no se ha dado en este conflicto según la Sala, dado que el cambio de puesto de trabajo se produjo en su momento para atender, justamente, las peticiones de las trabajadoras y poder adecuarlas a su situación personal, manifestando la Sala que esa decisión empresarial “no fue cuestionada en su momento por las trabajadoras afectadas, ni consta hayan cuestionado tal adscripción como vulnerador de derechos fundamentales o discriminatorios, por lo que la alegación de la parte actora debe decaer”.

Por último, la sentencia pasa revista a la fundamentación de la causa económica alegada por la empresa, que considera suficientemente probada por los datos aportados en el expediente, y tratándose de un grupo de empresas se ha aportado la documentación que permite acreditar la situación negativa tanto del grupo como de la empresa, concurriendo el requisito requerido por el art. 51.1 de la LET, con independencia de cuál sea el volumen de negocios de las mercantiles o los préstamos concedidos (argumentos de las partes demandantes), ya que para la Sala “lo determinante son los resultados negativos con un nivel de pérdidas muy elevado en el Grupo y en la mercantil demandada”. Probada la existencia de la causa económica, el ERE es conforme a derecho y por tanto se desestima la demanda formulada, si bien la Sala quiere dejar constancia de que no han quedado debidamente acreditadas las otras causas, organizativas y productivas, alegadas por la empresa, debiendo destacarse su aseveración de que los datos aportados en la Memoria e informe técnico “carecen de la objetividad necesaria al tratarse de medios elaborados por la propia parte interesada”.

### **63. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de diciembre de 2012.**

La [sentenciadictada el 28 de diciembre de 2012](#), por el TSJ de la Comunidad Valenciana, de la que fue ponente la magistrada Isabel Moreno, tiene especial interés por poner de manifiesto el cúmulo de defectos formales en los que incurrió la empresa demandada durante la tramitación del ERE y que llevaron al Tribunal a declarar la nulidad del despido colectivo, atendiendo así la petición principal formulada en la demanda por el delegado de personal de la empresa.

En efecto, queda constancia en los hechos probados de que la empresa inició la tramitación del ERE el 9 de julio y que la documentación económica aportada se presentó sin auditar, y que hubo peticiones por la parte trabajadora de entrega de documentación adicional por entender que la empresa estaba obligada a ello, con respuesta de que “era suficiente la documentación presentada”. Con respecto a las actas, en la primera el actor firma (no así su abogado) añadiendo que “Esta acta es falsa”, y en la segunda se critica por la parte trabajadora que no se dispone de la información sobre las causas alegadas por la empresa. En cualquier caso, la empresa finaliza el período con la decisión de extinción de contratos de 13 trabajadores.

En los hechos probados también queda debida constancia de la existencia de varias empresas con estrecha relación con la principal demandada, que no disponían de trabajadores, y que quedará acreditado, en fundamentos de derecho, que actuaban con el objetivo de eludir la responsabilidad jurídica de la principal. Más interesante aún, por decirlo de alguna manera y para poner de manifiesto el flagrante incumplimiento por parte empresarial de las obligaciones legales, es la referencia contenida en el hecho probado cuarto al informe de la ITSS tras haber escuchado a las dos partes, en el que se

pone de manifiesto que “Tras varias citaciones, el representante de la empresa no aportó la documentación requerida por la Inspectora que explique la partida de 630.443,22 € que se refleja como pérdida en la contabilidad de la empresa que la deja sin fondos propios y justifica su disolución, haciendo constar la Inspectora la falta de buena fe en la negociación del periodo de consultas, la desproporción de la medida extintiva y el incumplimiento empresarial consistente en la falta de solicitud del informe a que se refiere el art. 65.4 a) del Estatuto de los Trabajadores”.

En los fundamentos de derecho, la Sala concreta en primer lugar cuál es la normativa aplicable al litigio, esto es el art. 51 de la LET y el RD 801/2011, con mención a una sentencia anterior de la Sala en la que cuestionó la aplicación de la [Orden ESS/487/2012](#), cuya obligatoriedad “es ciertamente dudosa cuando no claramente ilegal, porque no deja de ser una interpretación ministerial que pretende dotar de vigor a una norma, en principio inaplicable a un supuesto en el que se ha producido un cambio de competencia y procedimiento y que expresamente prevé la posterior redacción de un Reglamento, ámbito que una Orden no puede cubrir”. Sobre la admisión de una prueba pericial propuesta por la parte actora, que es aceptada por la Sala con concesión de un plazo muy breve, 10 minutos, antes de la práctica de la prueba, por entender que el documento contenía datos suficientemente conocidos por la parte demandada, es importante la referencia al artículo 32.2 del Código de Comercio, que excluye de la protección del derecho empresarial al secreto contable los supuestos de ERES; derecho empresarial, que además debe cohonestarse con el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva y “el propio interés judicial de ordenación del litigio, que debe vigilar que el proceso no se hinche con pruebas irrelevantes que entorpezcan el avance del juicio en aras a la celeridad procesal y que debe reconducir el mismo evitando dilaciones innecesarias”.

La parte demandante alegó la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, algo rechazado por una de las demandadas. La Sala parte de los hechos probados para poner de manifiesto que existe ese grupo y que, bajo la apariencia de empresas diferentes, se están operando verdaderamente como empresario real único, si bien se rechaza la extensión de la condición de empresario, y la subsiguiente responsabilidad jurídica, a las personas físicas demandadas, ya que a juicio de la Sala en ninguna de ellas concurre la condición de tal y sí la de administradores y arrendatarios de la sociedad. En el fragmento del fundamento de derecho segundo que transcribo a continuación queda exhaustivamente explicada la existencia del complejo entramado empresarial en términos laborales con arreglo a la jurisprudencia del TS: “De los datos que arrojan los hechos probados no cabe sino concluir que estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales, ante una realidad única, centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de la empresa Fazmotor que en su actividad de concesionario de coches carece de patrimonio y cuyos ingresos son objeto de descapitalización en favor de las otras empresas patrimoniales y sin trabajadores mediante la cesión de créditos sin contraprestación o el pago de arrendamientos sobrevalorados, con lo que aparecen claramente las notas que caracterizan estos grupos como son la caja única y la confusión de patrimonios, y si a ello se añade la unidad de dirección, y que el trabajador Dionisio lleva la contabilidad de las tres empresas cuyos socios coinciden o están unidos por relación de parentesco, no hay duda de que todas constituyen un único empresario real de los trabajadores afectados por el despido colectivo que ahora nos ocupa...”.

Pasemos ahora a examinar la alegación de la parte demandante sobre el incumplimiento de la parte empresarial de aportar la documentación debida y de no negociar durante el período de consultas. La Sala concede especial importancia a la [Directiva comunitaria de 1998 sobre despidos colectivos](#), así como también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita de sentencias en la que se enfatiza la importancia de que los representantes de los trabajadores dispongan de la información adecuada para la defensa de los intereses colectivos, y también que las consultas deben iniciarse “cuando el empresario tenga intención de efectuar despidos colectivos”, que cuando se trata de un grupo empresarial adquiere especial relevancia al objeto de evitar “que decisiones estratégicas dentro del grupo impidan la efectividad del derecho de información y consultas”.

Sobre la importancia de disponer de la información adecuada para poder negociar con conocimiento de la situación, la Sala se remite a la [doctrina sentada por la AN en su sentencia de 25 de julio](#), que también se refiere ampliamente a la Directiva y que pone de manifiesto que la obligación de negociar es de medio y no de resultado, “pero para que pueda considerarse realizada legalmente, los representantes de los trabajadores deben tener en su poder toda la documentación establecida legal o reglamentariamente”. Dicha información, por lo que respecta a la documentación a presentar debe referirse a las empresas del grupo cuando haya una situación de unidad empresarial, con cita de la [sentencia del TS de 23 de enero de 2007](#), en la que se afirma que tal sería la obligación empresarial “ya que se considera que el verdadero empleador del empresario no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrita, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de la unidad empresarial”.

Tras recordar el contenido de la normativa aplicable respecto a la documentación a presentar la Sala es clara y contundente, a partir de los hechos probados, en su crítica a la falta de entrega de parte de la misma, “pese a ser reiteradamente requerida”, por lo que la representación de los trabajadores no ha estado en las condiciones adecuadas para negociar con la parte empresarial durante el período de consultas; o dicho en otros términos, se acepta la tesis de la parte demandante de inexistencia real de negociación, y que el hecho de no disponer de la información económica adecuada ha impedido, no sólo que este período de consultas cumpliera su función de acercar las posiciones de las partes, sino también que se pudiera entrar a analizar si la decisión de la empresa era proporcionada o no a los objetivos perseguidos, además de razonable. Por consiguiente, se declara la nulidad de la decisión empresarial, y no se acepta una sorprendente, a mi parecer, petición de la demandante, consistente en acordar la Sala la extinción de los contratos afectados por el conflicto, ya que la Sala sólo puede, y lo recuerda con buen criterio, “analizar la legalidad del procedimiento colectivo”.

#### **64. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2.013.**

Realizo el comentario de la [sentencia dictada el pasado 12 de marzo por el TSJ de la Comunidad Valenciana](#). Como digo habitualmente, efectuaré el comentario de aquellos contenidos más destacados de la sentencia a mi parecer, y remito a todas las personas interesadas a su lectura íntegra.

A) Es interesante, no sólo por su contenido sino también por sus consecuencias jurídicas, la sentencia dictada por el TSJ con ocasión de la demanda interpuesta por la representación de los trabajadores (delegados de personal) contra el [ERE presentado por](#)

[la Agencia Valenciana de Movilidad](#), un organismo de Derecho Público que ha desaparecido, en virtud del redimensionamiento del sector público de la Comunidad Valenciana, el pasado 1 de enero, pasando sus funciones comerciales a ser desempeñadas por la entidad pública “Entidad de infraestructuras de la Generalitat Valenciana” y las de carácter administrativo por la Conselleria de Infraestructuras, territorio y medio ambiente. Lógica consecuencia de este cambio organizativo, es que la demanda también se dirige contra la entidad y Conselleria citadas, en la que se pide la declaración de nulidad de las extinciones contractuales y, subsidiariamente, la declaración de no ajustada a derecho.

El ERE fue presentado por la AVM con anterioridad a su desaparición jurídica, en concreto el 22 de noviembre, al objeto de extinguir 31 contratos (la empresa contaba con una plantilla de 39 trabajadores), dada la necesidad de operar las extinciones contractuales antes de dicha desaparición. Queda constancia en los hechos probados de la documentación presentada por la empresa con ocasión del inicio del período de consultas, con detallada referencia de las causas económicas y organizativas alegadas, destacando de la documentación de las segundas el Decreto que procedió a reestructurar y racionalizar el sector público empresarial autonómico, y de la primera (obligada por el art. 35 del RD 1483/2012) la certificación del responsable del órgano contable de la AVM “donde consta la concurrencia de las causas de insuficiencia presupuestaria”. El art. 16 del Decreto-Ley de 19 de octubre procede justamente a la supresión de la AGM, obligando la disposición adicional primera a adoptar las medidas laborales adecuadas para “redimensionar” las plantillas, debiendo acudir para su justificación a “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de los artículos 39, 40, 41, 51, 52 c) y 82.3 y de las disposiciones adicionales vigésima y vigésima primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores...”.

Es decir, se trata de un ERE que encuentra su razón de ser en una decisión política previa por la que se acuerda la supresión de este organismo de Derecho Público, si bien se acuerda el mantenimiento de ocho trabajadores de su plantilla que desarrollan tareas de carácter comercial y que se incorporan a la entidad pública “Entidad de infraestructuras de la Generalitat Valenciana. La documentación presentada también aporta los criterios “tenidos en cuenta a la hora de determinar la afectación por la extinción”, es decir cuáles son las razones y motivos que llevan a seleccionar a ocho trabajadores para su mantenimiento del empleo: desempeño de funciones de naturaleza comercial, condición de personal laboral fijo de la AVM, mayor cualificación profesional, mayor antigüedad en el área comercial, mayor antigüedad en la empresa, mayor edad, mayor experiencia profesional, mayores cargas familiares y mayor grado de discapacidad “en su caso”.

Igualmente, queda debida constancia en los hechos probados del desarrollo del período de consultas desde el día 26 de noviembre, destacando a mi parecer en dicho período la argumentación de la parte trabajadora de encontrarnos ante una sucesión de empresa, ex art. 44 de la LET, por lo que la totalidad de la plantilla debía ser incorporada bien a la Conselleria bien a la nueva entidad pública según sus tareas fueran comerciales o administrativas, respondiendo negativamente la representación de la parte empresarial por entender que no era factible dicha posibilidad, “puesto que la relación del personal al servicio de la Generalitat es funcional, mientras que la que ligaba a la AVM con los trabajadores es de naturaleza laboral”. La parte trabajadora formuló diversas propuestas para reducir el número de despidos, proponiendo bajas voluntarias

incentivadas con una indemnización superior a la legalmente prevista en la LET. La parte empresarial se mantuvo en su tesis de la necesidad de las extinciones contractuales, con alguna propuesta de mejora económica por disponer de una cuantía de 108.000 euros para ello, propuesta no aceptada por la parte trabajadora. Finalmente, el 27 de diciembre se comunicó la decisión empresarial de extinguir 31 contratos, procediéndose a la comunicación individualizada al día siguiente.

Por la importancia para la resolución del supuesto enjuiciado es necesario referirse al hecho probado octavo, en la que pasa revista a otro ERE de una empresa adscrita a la misma Conselleria, “Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana”, en la que la empresa propuso inicialmente la extinción de 450 contratos y tras el período de consultas se redujo a 310, la mayor parte vía mecanismos voluntarios de extinción y con percibo de una indemnización superior a la legalmente establecida.

B) En los fundamentos de derecho la Sala se plantea cuál es la normativa de aplicación, la LET y el RD 1483/2012, y se refiere a la exclusión que efectúa la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos de aquellos que afecten “b) a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)”, si bien no conviene olvidar que el art. 5 de dicha norma europea dispone que “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores.”. La Sala entiende que la Directiva resulta aplicable como norma interna por cuanto que “los principios que inspiran la misma, y su interpretación” se encuentran transpuestos al ordenamiento jurídico interno por el artículo 51 de la LET, aplicable al caso objeto de atención (al igual que el RD 1483/2012) en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional vigésima de la LET según redacción de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En cuanto a la normativa procesal aplicable, es obligada la referencia al art. 124 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

La parte demandante solicitó la declaración de nulidad de la decisión empresarial por diversos motivos: por haber existido arbitrariedad en la selección de los trabajadores afectados (y no afectados) por el ERE; por omisión de la entrega de la documentación que acredite la situación de déficit presupuestario “en el ejercicio anterior de la administración en la que se integra la AVM”; por falta de buena fe comercial durante el desarrollo del período de consultas; en fin, por inexistencia de las causas económicas y organizativas alegadas por la empresa, ya que en puridad jurídica, siempre según la parte trabajadora, estaríamos ante un supuesto de sucesión de empresa, tal como he explicado con anterioridad.

a) La Sala pasa revista en primer lugar a la alegación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, rechazada por la parte trabajadora la distinción entre trabajos comerciales y administrativos ya que “en la empresa existía una verdadera polivalencia funcional”. La Sala no acepta esta tesis a partir de los hechos probados, y considera acreditada la existencia de dicha diferenciación de tareas, sin perjuicio de poder volver a entrar en su análisis, en concreto respecto al número de trabajadores afectados, al valorar si concurre la causa alegada (algo que no se producirá como expongo al final de mi comentario). La Sala recuerda igualmente, al amparo de lo dispuesto en el art.

124.11 de la LRJS que la aplicación de las reglas sobre prioridad de permanencia de un trabajador en la empresa no corresponde resolverla en sede de proceso por despido colectivo, sino que “únicamente puede discutirse en el eventual proceso que siga a consecuencia de la interposición de la demanda por un concreto trabajador despedido impugnando su cese”.

b) Con respecto a la queja de falta de documentación, la parte trabajadora alega que debió aportarse la correspondiente a la Conselleria de Infraestructuras a la que se encuentra adscrita la AVM, cuando la documentación que se presentó fue la de la Generalitat.

Por primera vez, hasta donde mi conocimiento alcanza (conocimiento limitado ciertamente por el CENDOJ y las redes sociales) una sentencia analiza con detalle el art. 35.3 del RD 1483/2012 y el concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida (del que he manifestado mis dudas sobre su conformidad a derecho y el posible *ultra vires* en que haya podido incurrir con respecto a lo previsto en la disposición adicional vigésima de la LET). La amplitud del precepto referenciado, que considera insuficiencia presupuestaria sobrevenida la circunstancia de que en el ejercicio anterior “la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario”, lleva a la Sala, que no se cuestiona la legalidad de este precepto, a la denegación de la tesis de la parte trabajadora y de contrario la aceptación de la tesis empresarial de que, al estar la empresa integrada en la administración autonómica, es “tal Administración en su conjunto respecto de la que debía aportarse la certificación del responsable del órgano contable u oficina presupuestaria acreditativa de la situación de déficit”.

Repárese en la importancia de esta interpretación, que permite a cualquier empresa integrada en una Administración (estatal o autonómica) acogerse a un ERE si hay un déficit presupuestario en el conjunto de dicha Administración, aunque no lo hubiere por ejemplo en el departamento o consejería al que estuviere adscrita. La Sala acude también a la Ley 30/1992 para poner de manifiesto que las AA PP actúan con personalidad jurídica única, y por ello no puede aceptarse que la Conselleria a la que está adscrita la AVM “sea una administración con personalidad jurídica diferenciada de la Generalitat Valenciana, sino que es un departamento integrado en la misma”. Incidentalmente, aunque en refuerzo de la tesis denegatoria, la Sala recuerda que no consta que la documentación ahora alegada por la parte trabajadora como causa posible de nulidad (más exactamente su falta) “fuera reclamada por la representación de los trabajadores en el período de consultas”.

c) Más enjundia tiene la alegación de falta de buena fe negocial por parte empresarial, es decir el incumplimiento del art. 51.2 de la LET, tesis que será aceptada por la Sala y que llevará a declarar la nulidad de la decisión de extinción de 31 contratos, condenando a la Conselleria y la Entidad de Infraestructuras a reincorporar a los trabajadores a sus puestos de trabajo “en atención a la naturaleza administrativa o comercial de las funciones desempeñadas por los afectados”.

La sentencia recuerda el contenido de dicho precepto, su adecuación-desarrollo de la Directiva 98/59/CE, y trae a colación la sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de diciembre y la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2005 (asunto C-188/2003), para poner de manifiesto que nos encontramos en presencia de una auténtica obligación para



ambas partes, debiendo las dos buscar acercamientos en sus posiciones y negociar de buena fe y sin posiciones cerradas de antemano a acoger total o parcialmente las propuestas de la otra parte.

Es decir, no se trata de “cumplir una formalidad”, sino que la Sala afirma con una contundencia manifiesta que “es precisa la adopción de una conducta activa y positiva, en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento debido”. En apoyo de su tesis, la Sala se remite a la sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de junio, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 14 de marzo de 2006 y 3 de junio de 1994) en la que se manifiesta que la condición de ente público del empleador y su sumisión a la normativa presupuestaria “no exime del deber de negociar de buena fe”, y que la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que las demás empleadoras (tesis ya acogida en la sentencia 205/1987 de 21 de diciembre del Tribunal Constitucional), para acabar remitiéndose a la doctrina de la propia Sala y sus criterios semejantes a los ahora defendidos en la presente resolución.

De la teoría general al litigio concreto, y siempre con referencia a lo dicho y recogido en las actas del período de consultas, cuya importancia no me cansaré de resaltar. Queda constancia de la actitud cerrada de la empresa, de su inexistencia de voluntad negociadora respecto a la extinción, y al número, de contratos, rechazándose por la Sala la tesis empresarial de la imposibilidad jurídica de incorporación de los trabajadores despedidos a la Conselleria (al menos los de carácter comercial), remitiéndose la Sala a lo dispuesto en el art. 16 antes citado del Decreto-ley 7/2012, en el que se prevé la subrogación de la Conselleria en todas las relaciones jurídicas de la entidad, “relaciones jurídicas entre las que se encuentran sin duda los contratos de trabajo, siendo el vínculo jurídico de los trabajadores con la AVM de naturaleza contractual ...”

Para la Sala, no ha habido movimientos por la parte empresarial durante el periodo de consultas que acrediten su voluntad negocial, no habiendo respondido, o simplemente rechazado, las propuestas de la parte trabajadora para atenuar el coste social de la medida. Y, como ya he destacado, la Sala contrapone la actitud cerrada y no receptiva de la parte empresarial en este conflicto con la actitud abierta y receptiva manifestada por otra empresa de la misma Conselleria en otro ERE, en el que se alcanzó un acuerdo y se acogieron propuestas de la parte trabajadora, hecho que demuestra claramente para la Sala, y comparto su criterio, “que las limitaciones presupuestarias no han de ser óbice al logro de un acuerdo o, al menos, a que la AVM hubiese mantenido una postura cuando menos receptiva y negociadora respecto de las propuestas formuladas por los trabajadores”. Esta declarada falta de voluntad negociadora, de no moverse de la propuesta inicial, y de que “las extinciones se ajustaran a los mínimos legales con el menor coste posible”, es lo que lleva a la Sala a declarar la ausencia de buena fe durante el período de consultas y la consiguiente declaración de nulidad de la decisión empresarial. Esta decisión de la Sala lleva a no entrar en el análisis de la existencia o no de las causas económicas y organizativas alegadas por la parte empresarial.

En definitiva, importancia de una actitud constructiva durante el período de consultas, y aceptación de la tesis del déficit de toda la Administración para poder presentar un ERE en una empresa, ente, entidad u organismo de la misma, son las dos notas más relevantes de la sentencia analizada.

## **65. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de marzo de 2013.**

1. La [sentencia dictada por el mismo tribunal el 27 de marzo](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> Mercedes Boronat, resuelve la demanda de oficio presentada por “estimar posible la concurrencia de fraude en la conclusión del acuerdo tras el período de consultas”. El litigio afecta a una empresa dedicada a la impartición de clases de idiomas, en la que se pactó un ERE de reducción de jornada durante el período estival para cinco trabajadores que desarrollaban tareas administrativas, al mismo tiempo que se contrataba a una profesora para impartir un curso de francés a una empresa. En el informe de la ITSS, que dio origen a la demanda de la autoridad laboral, se constataba que los representantes de los trabajadores, designados ad hoc, no habían recibido documentación alguna de la empresa, y que el período de consultas había durado un día, por lo que no podía considerarse que se hubiera cumplido debidamente la normativa, aún cuando todos los trabajadores afectados habían manifestado su acuerdo con el ERE.

La Sala examina las dos alegaciones de la demanda y concluye que no se ha producido fraude o abuso de derecho, ya que no ha existido engaño de la empresa hacia los trabajadores afectados porque estos conocían perfectamente la situación económica y de carga de trabajo de la empresa en períodos estivales, y que la contratación de una profesora estuvo debidamente justificada porque no se disponía del profesorado de idiomas adecuado para impartir la docencia requerida. Sin negar en modo alguno que la situación fuera conocida sobradamente por los trabajadores, y que a estos les pareciera bien la reducción de jornada (con reducción salarial y percepción de prestaciones por desempleo), la tesis de la sentencia podría extrapolarse a otras situaciones que pueden darse en pequeñas empresas y que llevarían a que los tribunales pudieran entender, en caso de demanda por despido colectivo, que la irregularidad formal de entrega de documentación, y de excesiva rapidez en el desarrollo del período de consultas, podía subsanarse si quedaba probado que los trabajadores tenían, por una u otra vía, conocimiento de la situación que había provocado la presentación del ERE. ¿No se desvirtuaría por esta vía el objetivo de lograr una tramitación del procedimiento de ERE en la que queden efectivamente garantizados los derechos de los trabajadores? Aquí dejo mi duda planteada.

## **66. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de abril de 2013.**

El conflicto resuelto por la [Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de abril](#) versa sobre las demandas interpuestas por varios miembros del Comité de Empresa (cuatro) pertenecientes a una agrupación de trabajadores y que presentaron candidatura en las elecciones a representantes del personal, la Federación de Servicios Públicos de UGT-PV y la Federación Sindical de CCOO-PV, todas ellas contra la empresa VAERSA (valenciana de aprovechamiento energético de residuos SA), Conselleria de infraestructuras, territorio de medio ambiente de la Generalitat, y Corporación pública empresarial valenciana. En las demandas se plantea la petición de nulidad de la decisión empresarial por diversos motivos que se analizarán más adelante.

A) La sentencia cuenta con unos antecedentes de hecho y unos hechos probados muy detallados. Queda debida constancia de que la empresa demandada es de titularidad pública y con su capital suscrito íntegramente por la Generalitat, por consiguiente

integrada en el sector público empresarial autonómico, “siendo considerada medio instrumental y técnico” de la Administración autonómica, y obligada a realizar los trabajos que esta le encomiende mediante las correspondientes encomiendas de gestión. En virtud de los cambios operados en el sector público autonómico como consecuencia de los denominados procesos de “redimensionamiento empresarial”, la sociedad se encuentra adscrita a la Conselleria de infraestructuras, territorio y medio ambiente (CITMA). Por otra parte, y a los efectos que interesa de mi explicación, cabe destacar que la Corporación pública empresarial valenciana (CPEV) fue creada por [Ley 9/2011 de 26 de diciembre](#), y que el [Decreto Ley 7/2012 de 19 de octubre](#) menciona expresamente a la empresa demandada en el litigio “como una de las empresas públicas cuyas acciones van a ser incorporadas a la Corporación”, así como también el procedimiento de adscripción del personal. Su plantilla está integrada por 1.441 trabajadores, distribuidos entre los servicios centrales y personal adscrito a encomiendas de gestión.

B) El origen lejano del ERE se encuentra en la publicación de una licitación para el asesoramiento a llevar a cabo su presentación, de fecha 31 de julio y que fue adjudicado a Deloitte Abogados SL y Albiol Abogados SL, con la celebración de una reunión el 12 de septiembre, en la que participaron la dirección de la empresa, letrados y la representación del personal, en la que se anunció la futura presentación de un ERE, comunicándose formalmente el 6 de noviembre e iniciándose el período de consultas el día 9, comunicándose por la empresa en dicha reunión su voluntad de proceder a la extinción de 439 contratos de trabajo (394 adscritos a encomiendas y 45 a servicios centrales), por concurrencia de causas organizativas y productivas. De la documentación presentada por la empresa, me interesa destacar las referencias a comunicaciones de diversas direcciones generales y resoluciones de la Conselleria en las que, en virtud de acuerdos del Consell del 27 de abril, “se declaraba la no disponibilidad de crédito y la necesidad de reducir en un 35 % los créditos afectados a las distintas encomiendas de la empresa Vaersa con referencia a las encomiendas afectadas, así como al importe de la reducción”.

Con respecto a las causas alegadas se efectuaban referencias generales a la gravedad de la situación económica y su impacto sobre los presupuestos públicos, con la obligada necesidad de reducir el déficit público y la consiguiente reducción de presupuestos tanto de la propia Generalitat como de la empresa demandada para los ejercicios 2012 y 2013, debidamente cuantificados, y con respecto a VAERSA propiamente dicha, dado que el ajuste presupuestario había implicado la reducción de más de 50 encomiendas de gestión, “se imponía realizar una reorganización de los medios materiales y humanos de las encomiendas prestadas con ajuste de la plantilla actual y que se centraba en acciones de reducción del número de encomiendas que se ordenan así como acciones sobre las encomiendas ya adjudicadas”.

En cuanto a los criterios de selección del personal afectado, pueden leerse los criterios fijados en el hecho probado octavo (formación, especificidades de gestión, criterios técnicos, ostentar la condición de representante del personal, antigüedad), si bien con expresa mención, concretada en los números antes indicados, “a la necesidad de reducir el número de empleados indirectos ante la disminución del volumen de trabajo...”.

Las extinciones se irían produciendo a medida que fueran finalizando las distintas encomiendas de gestión asignadas, algunas de ellas hasta el 30 de junio de 2013. La

empresa anunció que acompañaría el obligado, por el número de trabajadores afectados por el ERE, plan de recolocación externa, del que se recoge su contenido en el hecho probado décimo, si bien hay que remitirse al hecho probado decimosegundo para tener conocimiento de que fue una vez finalizada la negociación cuando la empresa comunicó que el plan de recolocación externa a través de una empresa de recolocación autorizada “se efectuará mediante publicación en concurso público”.

C) Del cuidado resumen que la sentencia efectúa de las reuniones celebradas (diez) durante el período de consultas, queda constancia que la representación del personal quedó integrada por ocho sindicatos presentes en la empresa, de diversas peticiones por la parte trabajadora sobre documentación a entregar por la parte empresarial y de críticas a los criterios de objetividad utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores, de diversas propuestas por la parte empresarial, y de alegaciones críticas por la representación de los trabajadores sobre “razones políticas y personales” que podían haber llevado a la empresa a presentar el ERE. En la última reunión (10 de diciembre) se cerró el período de consultas sin acuerdo, con manifestación de la empresa de proceder a la extinción de 402 contratos y de no quedar obligada por las propuestas que había hecho durante la negociación al no haberse alcanzado un acuerdo. En la parte trabajadores, tres sindicatos manifestaron su voluntad de alcanzar un acuerdo con la empresa, mientras que los restantes alegaron que su actuación vulneraba la normativa vigente, entre otros motivos por no haberse aportado la documentación obligatoria y por no haberse acreditado las causas alegadas. La extinción finalmente afectó a un número inferior, 394 contratos, tras corregir diversos errores detectados por parte de la empresa en su propuesta final de negociación, previéndose entre el 31 de diciembre de 2012 y el 31 de mayo de 2013.

D) ¡Ah! Pero, ¿causalidades de la vida?, poco menos de un mes después de finalizar la negociación, y sólo quince días después de haber notificado la empresa la comunicación de los despidos a los representantes de los trabajadores, el 4 de enero de este año la empresa comunicó a los mismos y a las autoridades laborales que iba a disponer, según documentación que adjuntaba de la Jefa de contratación y asuntos generales de la Conselleria, de 20 nuevas encomiendas de gestión y que una de las que ya estaba en marcha se prorrogaba hasta el 31 de diciembre de este año, con la aprobación correspondiente del gasto para llevar a cabo las tareas asignadas, si bien la Sala deja constancia (fáctica y crítica) de que “pese a realizarse mención a que se adjuntaba fotocopia del correspondiente Pliego de Prescripciones técnicas no se aportaba la documentación indicada salvo en la referenciada CNCA 10/43 que si contenía la modificación de los medios personales para la realización de los trabajos”.

Consecuencia lógica de esta nueva carga de trabajo (¿conocida o desconocida durante la tramitación del ERE?) era la necesidad de disponer de personal para su realización. Dicho y hecho: la empresa procede a la “desafectación” de 116 trabajadores incluidos en el ERE extintivo presentado, insisto, hacia menos de un mes, y de paso (¿casualidades de la vida?) la empresa adoptó también la decisión de “desafectar”, es decir retirar del ERE, a 4 de los 12 representantes legales de los trabajadores. En conclusión, el ERE queda reducido a 278 contratos. En los hechos probados sólo queda constancia de la existencia de los listados de trabajadores finalmente excluidos y mantenidos en el ERE, pero no hay, al menos hasta donde mi comprensión de la sentencia alcanza, una explicación por parte empresarial de cuáles son los criterios utilizados para “afectar” nuevamente a trabajadores a la empresa, aún cuándo la

respuesta que se me ocurre más lógica (aunque la lógica en el mundo jurídico laboral no es un valor precisamente en alza en numerosas ocasiones) es la de utilización de los mismos criterios planteados (pero ahora a la inversa) para seleccionar a los trabajadores que deberían ser afectados por el ERE. Por otra parte, debe destacarse que durante el período de tramitación del ERE, y también durante 2013 se han venido formalizando contratos externos para “la prestación de servicios por parte de la Generalitat Valenciana que afectaban a servicios de vigilancia para las instalaciones de la empresa Vaersa”, y que esta ha efectuado ofertas de trabajo mediante procesos de selección, “ascendiendo a 88 durante el primer año y a 7 procesos en lo que va del año 2013”.

E) Mientras tanto, la empresa procedió a comunicar a los trabajadores afectados su extinción según la fecha de finalización de la encomienda de gestión, así como también, y no recuerdo que se planteara en la negociación si bien me imagino que la empresa se acogería a los criterios utilizados para seleccionar al personal, se aludía en algunas de las comunicaciones de despido “a los cambios de titulaciones derivados de la nueva configuración del personal requerido para la prestación de la encomienda que al no ostentarse por el trabajador debía provocar la amortización correspondiente de su puesto de trabajo”.

F) Por fin, de este repaso de los hechos probados cabe indicar la existencia del preceptivo informe de la ITSS, que en términos generales no objetaba la decisión empresarial, así como también de uno anterior de 14 de octubre de 2009 en el que se da cuenta del levantamiento de acta de infracción por incumplimiento de la normativa sobre modalidades contractuales, existiendo también pronunciamientos judiciales de cesión ilegal y fraude de ley en la contratación. Sobre la representación de la empresa, ostentada por su director general, queda constancia de que dicho nombramiento no fue aceptado por el Registrador Mercantil “por no constar estatutariamente el nombramiento del cargo”.

G) Llegamos a los fundamentos de derecho, que paso a examinar a continuación.

a) La Sala se detiene en primer lugar en cuestiones procesales formales, rechazando la validez como prueba de documentos aportados por la empresa que no estaban firmados y que tampoco fueron ratificados en el acto del juicio, acogiéndose a lo dispuesto en el art. 268 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) respecto a la obligatoriedad de que los documentos “se presenten en original y lógicamente suscritos por quien los emite o bien mediante copia autenticada por fedatario público”.

b) Con relación a la alegación de CC OO sobre la nulidad de todas las decisiones por haber sido adoptadas por una persona que ocupa el cargo de Director General, cargo no previsto en los Estatutos y al que ya me he referido en la última parte de mi análisis de los hechos probados, la Sala manifiesta que esa irregularidad ciertamente existe, e incluso manifiesta que hubiera sido aconsejable la modificación estatutaria para evitar ese problema jurídico, pero salva la validez jurídica de las decisiones adoptadas mediante dos argumentos: el primero, y que a efectos del tráfico mercantil puede entenderse como válido a mi parecer, que el director general tenía poderes otorgados por el Consejo de Administración de la entidad para llevar a cabo esas tareas y funciones; el segundo, bastante más discutible, es que la parte trabajadora no manifestó reproche alguno durante la negociación, en la que el director general participó activamente”. Parece que la máxima de “quien calla otorga” está adquiriendo importancia en las resoluciones judiciales de los ERES, aún cuando probablemente cabe

reconducir la tesis defendida en la sentencia a la obligación de negociar de buena fe por todas las partes, y de no dejar ninguna crítica o manifestación de oposición, ya fuere por cuestiones formales o de fondo, para la demanda y el acto del juicio. En cualquier caso, repárese en primer lugar que ambas partes deben tener, y guardar, un campo de actuación durante la negociación, que sin merma del principio de buena fe comercial les permita ir adaptando sus posiciones, y en segundo término me queda la duda (que no he resuelto tras leer la sentencia) de si la parte demandante conocía la inexistencia jurídica del cargo de director general de la empresa o bien la conoció con posterioridad a la finalización del período de consultas.

c) También como cuestión procesal formal la Sala debe pronunciarse sobre la falta de legitimación activa de los cuatro miembros integrantes del Comité de Empresa, todos ellos miembros de una agrupación de personal, que presentaron demanda por despido colectivo. Dado que la demanda aparece interpuesta como miembros del Comité, la Sala ha de acudir al art. 124.1 de la [LRJS](#), que permite la impugnación por la representación unitaria o las sindicales, siempre y cuando, en el primer supuesto, la misma se plantee por la mayoría del comité y de la que quede debida constancia del acuerdo por el que se autoriza dicha impugnación, por lo que la demanda presentada no es conforme a derecho por carecer de legitimación activa los impugnantes, “al no ostentar los mismos el carácter de representación legal de los trabajadores en los términos expuestos”.

d) Ahora sí, ya puede la Sala entrar a estudiar las causas de nulidad alegadas por las partes demandantes, por vulneración del art. 51.2 de la [LET](#), al no haber existido según estas buena fe durante el período negociador, y además porque la decisión empresarial se adoptó “con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”. El interés de la sentencia radica justamente en que ya será de aplicación el [RD1483/2012 de 29 de octubre](#), y en concreto el título III que regula “Normas específicas de los procedimientos de despido colectivo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”, habiéndose alegado por los demandantes que la empresa actuó de mala fe al esperar la aprobación y entrada en vigor de esta norma para presentar el ERE, cuando hubiera sido posible hacerlo con antelación, pero la Sala desestima la petición de nulidad por este motivo con la alegación de que no ha quedado acreditado que la actuación de la empresa encubriera una conducta fraudulenta, “sino que aquella también pudo obedecer a la exigencia de estudios previos y de confección en su caso de la documentación pertinente”. Desde el plano formal, considero correcta la decisión judicial, si bien no quiero dejar de manifestar que sí creo que probablemente pudo influir en la decisión de la empresa, y más concretamente de su asesoramiento letrado, el saber que el gobierno estaba preparando el RD y que iba a aprobarlo en un plazo relativamente breve, con una regulación propia y específica para los ERES del sector público. Insisto, sólo tengo intuición y no pruebas, pero para mis comentarios (no desde luego para un juicio) me vale la intuición y el conocimiento de la realidad jurídica y social adquirido desde hace muchos años.

Me detengo brevemente, por su interés, en la regulación del título III del [RD 1483/2012](#), para volver después al análisis de la sentencia del TSJ.

-- El nuevo, e importante, título III regula las normas específicas de los procedimientos de despido colectivo “del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”, no contemplado en el primer borrador de la norma (de 22 de mayo) y apareciendo en el segundo, de 27 de julio. Podemos leer

en la Memoria del análisis del impacto normativo que “este proyecto incorpora, por otra parte, normas procedimentales específicas para la regulación de los procedimientos de despido colectivo en el sector público, especialmente en aquellos que afectan a las Administraciones Públicas propiamente dichas, dadas sus características particulares, así como el objetivo de persecución del interés general que debe primar su actuación”.

-- La norma diferencia entre el personal laboral (recuérdese que la norma no afecta al personal funcional) de entes, organismos y entidades que forman parte del sector público pero no tienen la consideración de Administración Pública, por una parte, y el resto del personal por otro. Para los primeros, será de aplicación la normativa general en materia de despidos colectivos, con la única e importante matización de que las causas de despido deben guardar relación con los criterios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera recogidos en la [Ley Orgánica 2/2012](#), con sus objetivos o con las medidas y mecanismos previstas en la misma, algo que no será difícil de justificar si las extinciones tienen por finalidad cumplir con las reglas de ajustarse al techo de déficit público previsto en la norma. Para el resto del personal, es decir el de las AA PP propiamente dichas, será de aplicación la normativa del título III junto a la del título I en todo aquello que aquel se refiera a éste. Sobre qué deba entenderse por sector público y por AA PP la norma remite a la Ley de contratos del sector público, en concreto a los apartados 1 y 2 del artículo 3.

-- Se utilizan los mismos criterios cuantitativos que para los despidos colectivos en el sector privado, pero, atención, siempre referidos única y exclusivamente al personal laboral que preste sus servicios en el ámbito correspondiente afectado, “con arreglo al Estatuto de los trabajadores o normativa dictada en su desarrollo” (art. 35.1). Es decir, debe afectar como mínimo a 10 trabajadores, el 10 % del número de trabajadores del mismo, o 30 trabajadores, en los ámbitos correspondientes de las AA PP listados en las letras a, b y c del apartado 1 del art. 35, que ocupen a menos de 100 trabajadores, entre 100 y 300, o más de 300.

-- Las causas económicas, aquellas en las que puede operarse una diferencia realmente importante con el sector privado, se darán cuando haya una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para financiar los servicios públicos, que deberá darse durante tres trimestres consecutivos. Su concreción pone de manifiesto el interés del gobierno de regular con todo detalle y atención esta causa de despido y evitar conflictividad judicial, habiéndose alterado radicalmente la redacción de las causas económicas del primer borrador con respecto al texto aprobado. En la versión final, es necesario en primer lugar que la Administración en la que se integre el departamento, órgano, ente, organismo o entidad, haya tenido una situación económica de déficit presupuestario en el ejercicio anterior, y que “los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores”. Por si hubiera alguna duda de que el ejecutivo quiere hacer muy bien su trabajo e intentar dejar poco margen a interpretaciones distintas, y respondiendo a algunas críticas jurídicas que la dicción de la disposición final segunda del [RDL 3/2012](#) y de la [Ley 3/2012](#) habían levantado, la norma dispone que a los efectos de la insuficiencia presupuestaria “se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria”. Por consiguiente, quien tiene la palabra para determinar si va a haber despidos es el poder político en el ámbito

correspondiente, si bien una decisión del poder público estatal, por ejemplo, puede implicar una regulación importante en ámbitos autonómicos, y una decisión de estos puede tenerla en los ámbitos locales.

-- En cuanto a la documentación que debe aportarse con carácter general en todo tipo de expedientes, cabe destacar también, al igual que ocurre para el sector público que no queda incluido dentro de las AA PP, la obligación de vincular las causas de despido con la normativa de estabilidad presupuestaria y financiera, y con los objetivos y finalidades perseguida por la misma.

La influencia de la Secretaria de Estado de AA PP u órgano autonómico equivalente es claramente perceptible durante el período de consultas y en la fase de finalización del ERE, cuando se trate de expedientes que afecten a personal de la Administración General del Estado o de las autonomías, ya que puede (la norma prevé facultativa, y no obligatoriamente esta posibilidad) “emitir informe sobre el procedimiento, sobre sus causas y sobre el resto de las circunstancias derivadas del mismo”.

Una duda importante sobre cuál es el espacio de actuación que se deja al período de consultas, y también a la autoridad judicial cuando deba pronunciarse sobre un hipotético conflicto, es la obligación de la AA PP de aportar, entre la documentación justificativa del ERE, “certificación del responsable de la oficina presupuestaria u órgano contable donde conste que concurre la causa de insuficiencia presupuestaria conforme a lo previsto en el artículo 35”. Aquello que a mi parecer, y les aseguro que no es un juego de palabras, debe aportar la AA PP es la certificación de unos determinados datos económicos, pero no la manifestación de la concurrencia de la causa que puede justificar el ERE.

Como digo, la intervención de la máxima autoridad administrativa es determinante en la fase de finalización del ERE, sin perjuicio de que la decisión final de su ejecución corresponde al departamento, consejería, entidad u organismo que haya presentado el ERE. Y digo que es determinante ya que ha de emitir informe que será vinculante (y aquí las referencias al [Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio](#) y las modificaciones del [Estatuto Básico del Empleado Público](#) vienen en seguida a la mente) cuando se trate de acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares “de los que puedan derivarse costes u obligaciones en materia de personal a su servicio” (de la AA PP implicada). La decisión por parte de quien han presentado el ERE debe adoptarse en un plazo de diez días una vez recibido el informe, y dispone de otros diez días para comunicar a la representación del personal y a la autoridad laboral la decisión de despido colectivo. A diferencia del sector privado, no hay en la norma mención expresa al período mínimo que debe mediar entre el inicio del ERE y dicha comunicación a cada trabajador afectado (ni período máximo tampoco).

e) Vuelvo a la [sentencia de 23 de abril](#), o dicho de otra forma paso del análisis general y teórico del marco normativo de los ERES aplicables en el sector público al caso concreto de una empresa de titularidad pública como es VAERSA. Tiene interés la respuesta de la Sala respecto a las alegaciones de no poderse invocar por la empresa causas productivas en el ERE cuando estas no han sido expresamente recogidas por la norma, tesis aceptada por la Sala a diferencia de otros TSJ en los que se sí se ha aceptado su inclusión por entender que la razón de ser de esa falta era solo un “olvido” del legislador y que en el sector privado sí se hacía referencia a la misma junto a las económicas, técnicas y organizativas (parece más lógico jurídicamente hablando,



aplicar la tesis literal, porque argumentar que el legislador, es decir muchos y muy cualificados juristas de diversos Ministerios, se “olvidó” de las causas productivas, es cuando menos sorprendente, aunque también digo con la misma sinceridad, y a la vista de cómo se legisla en España en los últimos tiempos, a ritmo de fórmula 1, que no cabe descartar esa hipótesis - involuntaria, of course - ).

La Sala no considera necesaria, tal como pedían los demandantes, la alegación de causas económicas (y ya he explicado en hechos probados la importante reducción del presupuesto autonómico y de la propia empresa), estimando como suficientes las organizativas relativas al impacto que puede suponer en la empresa la importante reducción del número de encomiendas de gestión, en el bien entendido que la relación entra las causas organizativas y su impacto económico es claro y evidente. Y además, como muy acertadamente pone de manifiesto la Sala, la empresa no podía alegar causas económicas, y de ello estoy seguro que eran bien conscientes sus asesores jurídicos, ya que queda probado (hecho segundo) por el informe emitido por la Intervención General de la Conselleria de Hacienda y Administración Pública la existencia de “un beneficio superior a 2,8 millones de euros por parte de la empresa en relación a las encomiendas de gestión”.

f) Pasa la Sala a examinar la petición de nulidad a la que las partes demandantes confieren más relevancia, esto es el incumplimiento por parte empresarial de presentar la documentación obligatoria durante el período de consultas y, muy especialmente, la falta de buena fe negocial de ese período, que quedaría claramente puesta de manifiesto por los acontecimientos acaecidos pocos días después de su finalización y que llevaron a una “modificación sustancial del ERE” en términos de reducción del número de trabajadores afectados. Las irregularidades respecto a la documentación parecen bastante claras, ya que la empresa no presentó ningún informe técnico sobre las consecuencias de las causas alegadas (aun cuando el informe de la ITSS consideró que podía darse por incluido en la Memoria explicativa) ni medidas sociales de acompañamiento, y en concreto con respecto al obligado Plan de recolocación externa la empresa no lo presentó sino que se limitó a anunciar que se iba a contratar mediante procedimiento de licitación pública, incumpliendo por consiguiente el mandato legal y reglamentario de presentación durante el período de consultas, algo que supuso para la Sala, muy correctamente a mi parecer, “una falta de precisión y concreción manifiesta”.

La Sala se pregunta si las deficiencias documentales observadas podrían “salvarse” a partir de un análisis detallado de la documentación presentada y de la debida justificación de las causas alegadas, pero le resulta imposible, y a mí también, por los cambios acaecidos poco después de finalizar el ERE porque toda su argumentación se va al traste, al menos jurídicamente hablando, cuando en un primer momento (tramitación del ERE) se plantea la extinción de 409 contratos de trabajo, que finalmente quedan en 394, y muy poco después “desaparecen” o son “desafectados” 116 trabajadores por el conocimiento/aparición de 21 nuevas encomiendas de gestión, e incluso se modifica en algunos casos a los efectos de extinguir los contratos las exigencias de titulación requeridas para prestar la actividad (sin que haya constancia de que ello se hubiera planteado en el período de consultas), por que la Sala concluye que queda “sin sustento ni contenido desde el principio a fin todo la documentación en la que se basaba la decisión inicial y la correlativa conexión entre la carga de trabajo y los necesarias plazas laborales a extinguir”.

g) La parte más importante de la sentencia a mi parecer es la recogida en el largo y extenso fundamento de derecho séptimo, y es por ello que ha sido el que ha merecido más la atención de los medios de comunicación, es decir el debate sobre la inexistencia de buena fe negocial por parte de la empresa, algo sobre lo que la Sala debe pronunciarse a partir de las alegaciones de la parte demandante sobre la “evidente mala fe” empresarial que se manifestaría, a su juicio, “en la falta de negociación real ante la no afectación posterior de 116 trabajadores por encomiendas de las que la empresa tenía pleno y cabal conocimiento por corresponderse con actividades ordinarias que carecían de temporalidad, sosteniéndose, en definitiva, que tanto la memoria como el despido inicial se sustentó sobre una base inexistente al buscarse un simple vaciado de personal sin verdadera justificación”.

La Sala procede a un cuidadoso estudio del período de consultas en la normativa legal y reglamentaria vigente, de su contenido y de su finalidad, que no es otra que una real negociación durante el mismo, con mención expresa y destacada, que hay que valorar positivamente, a la introducción del RD 1484/2012, en la que se afirma que “Mención especial merece el desarrollo del periodo de consultas, verdadera esencia del procedimiento”. Se remite ampliamente a su sentencia de 12 de marzo, y al análisis realizado sobre dicho período, con cita de resoluciones judiciales de otros TSJ, del TS y del TC, siendo especialmente relevante y significativo, por la importancia jurídica que tiene, que la Sala ya haga referencia a la [primera sentencia dictada por el TS, el 13 de marzo, en un recurso de casación contra sentencia dictada por un TSJ en materia de ERE](#), en la que se afirma que la decisión empresarial vulnera el art. 51.2 de la LET, y por consiguiente procede la declaración de nulidad, “cuando no se proporciona la información necesaria a los representantes legales de los trabajadores dentro del período de consultas en cuanto que ello afecta a la realidad de la existencia de un verdadero período de consultas”.

Trasladado el marco teórico y las resoluciones judiciales al caso concreto enjuiciado, la Sala concluye que “no hubo una auténtica voluntad negociadora con rasgos de buena fe contractual” por parte de la empresa, con independencia de la celebración de diez reuniones de trabajo durante el período de consultas, y basa justamente su argumentación en los hechos acaecidos poco después de la finalización del mismo, la “aparición” de 21 nuevas encomiendas de gestión, es decir de, teóricamente, nueva carga de trabajo, y la inmediata “desafectación” de 116 trabajadores que la empresa había considerado que debían ser incluidos en un ERE extintivo un mes antes. La Sala aporta dos argumentos de indudable peso jurídico para fundamentar su decisión: el primero, que la empresa tomó la decisión de mantener a 116 trabajadores, es decir sacarlos del listado definitivo del ERE, “sin negociación ni consulta alguna con la comisión negociadora”; el segundo, a cuya fundamentación jurídica debe añadirse una elemental lógica organizativa empresarial (o que al menos debería existir), cual es que la ejecución de estas nuevas encomiendas “al venir marcada por los miembros de la Consellería codemandada que a su vez ostentaban los cargos más relevantes en el seno del Consejo de Administración de la empresa demandada ya conocía o pudo conocer fehacientemente la entidad demandada trascurriendo escasos días entre la comunicación final de la decisión (21/12/2012) y el escrito llamado de desafectación de trabajadores posterior (4/1/2013)”. Es decir, bajo la apariencia de una negociación formal se escondía una clara voluntad de ocultación de datos para poder después actuar en los términos que la empresa considerara más adecuados a sus intereses, siendo así que las

“nuevas encomiendas” eran las habituales “y con un contenido permanente en cuanto a su más que posible renovación...”.

Para la Sala, y su argumentación debería servir para alertar a los negociadores empresariales en otros ERES semejantes, tanto del sector público como del privado (aun cuando también debe recordarse que alguna sentencia ha aceptado que la empresa no queda condicionada por sus previas ofertas en el período negociador si no se ha llegado a un acuerdo), la retirada de todas las propuestas empresariales presentadas durante la negociación, con la alegación de la falta de acuerdo, lleva a pensar en una estrategia empresarial diseñada para aparentar formalmente una negociación que en la realidad no existió.

Último, pero no menos importante y como manifestación clara para la Sala, y comparto su tesis, de la inexistencia de buena fe negocial, es el hecho de que un despido colectivo de tal magnitud cuantitativa, sea antes o después de la “desafectación”, “se compagina mal con la existencia de contratos posteriores a través de empresas externas efectuados por parte de la empresa demandada con la intención de cubrir ciertos servicios que claramente estaban en interrelación con cometidos desarrollados por la empresa demandada por lo que aquellos puestos bien pudieron ser atendidos por reubicación con los trabajadores propios de la entidad e incluso con la tramitación de nuevos procesos de selección de personal durante finales del año 2012 y principios del actual”.

En definitiva, la falta de buena fe negocial implica la nulidad de la decisión empresarial de extinguir los 278 contratos de trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 124.9 de la LRJS. La Sala considera que su pronunciamiento es declarativo (no entro ahora en el debate suscitado tanto en sede judicial como doctrinal respecto al carácter declarativo o ejecutivo de las sentencias dictadas en ERES) con efecto de cosa juzgada ex art. 124.11 de la LRJS, del que se derivarán las consiguientes responsabilidades para la empresa empleadora, “sin perjuicio de las conexiones que en el ámbito organizativo supongan la integración de aquella en el marco de la entidad demandada Corporación Pública Empresarial Valenciana”, es decir su posible incorporación a la misma.

## **67. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2013.**

1. La [sentenciade 7 de mayo](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> del Carmen López, se dicta como consecuencia de la demanda interpuesta por la Consellería de economía, industria, turismo y empleo contra la empresa Tableros Martínez Mesalles SL. Se solicita sentencia, y cito textualmente el antecedente de hecho primero ya que me sorprende aquello que se pide a modo de dictamen jurídico y no de sentencia (aunque quiero pensar que realmente se está pidiendo la declaración de nulidad del ERE), solicitando la autoridad laboral sentencia en la que el tribunal “se pronuncie sobre la validez del acuerdo alcanzado por la empresa y los representantes de los trabajadores que pone fin al periodo de consultas y aprueba la reducción de jornada del contrato de trabajo de seis trabajadores y la extinción de otros dos contratos, por estimar posible la concurrencia de abuso de derecho en la conclusión del acuerdo logrado tras el citado período”.

En los hechos probado se deja debida constancia de la tramitación y desarrollo del período de consultas, que acabó con acuerdo, sin disponer de información para conocer los motivos de la impugnación de oficio, ya que sólo se recoge en el hecho probado

segundo que durante el proceso negociador “la autoridad laboral no hizo recomendación o requerimiento alguno a las partes”, y en el tercero que se solicitó el correspondiente informe a la ITSS, que se emitió en tiempo y forma y cuyas conclusiones “se tienen por reproducidas a efectos de la presente”.

La alegación por la demandada de caducidad de la acción ejercitada por la Conselleria, y su aceptación por la Sala, impedirán que el tribunal entre a conocer del fondo del litigio. Por consiguiente, el interés de la sentencia radica más en cuestiones formales, como la existencia o no de un plazo para accionar en procedimientos de oficio, y en segundo término desde cuándo ha de computarse el plazo para accionar, en su caso. Con respecto a la primera cuestión, la sala concluye que sí existe y que deben aplicarse los mismos plazos de caducidad (20 días) previstos en la normativa aplicable a los ERES extintivos, de suspensión de contratos y de reducción de jornada, y que el cómputo de dicho plazo ha de aplicarse de acuerdo a lo dispuesto en el RD 1483/2012, por lo que el plazo de 20 días para accionar se iniciará cuando finalice el plazo “improrrogable” de 15 días de que dispone la ITSS para emitir su correspondiente informe.

Es decir, la Sala efectúa una interpretación muy estricta del apartado 2 del art. 11 del citado RD (“2. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y quedará incorporado al procedimiento”), presumiendo que la autoridad laboral remitirá inmediatamente el expediente recibido a la ITSS, situación fáctica que no se produjo en este litigio, sin que se conozcan los motivos (más allá probablemente de que pudieran guardar relación con la fecha “navideña vacacional” en que se adoptó el acuerdo), ya que la comunicación se produjo el 3 de enero, la remisión de la autoridad laboral a la ITSS se efectuó el 17, y el informa de la ITSS se emitió el 29.

No obstante la alegación, y aceptación, de la caducidad de la acción, la Sala responde a la petición de fondo de la demandante, exponiendo que hubiera sido desestimada, porque no realizó ninguna observación durante el período de consultas y ante una situación que no se modificó con el acuerdo, es decir no hizo uso de las posibilidades ofrecidas por la normativa para tratar de corregir (pero sólo en forma de propuestas y nunca de imposición) las posibles irregularidades que hubiera detectado, y en caso de no hacerlo en su momento no podría hacerlo con posterioridad (me pregunto: ¿y si hubiera conocido nuevos datos que avalaran su actuación?) dado que según la Sala no puede postularse “extemporáneamente la ineficacia del pacto alcanzado en la negociación colectiva empresarial, habiendo incumplido su cometido previo de intervención y control de la legalidad vigente”.

#### **68. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de mayo de 2013.**

La [sentenciadictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana el 28 de mayo](#), de la que fue ponente la magistrada Inmaculada Linares, es la primera de las que tengo conocimiento en la que se acoge la tesis de la demanda de oficio, presentada el 5 de abril, y se declara “la nulidad del acuerdo de finalización de consultas”.

En la demanda, al igual que en la primera sentencia, se planteaba la posible existencia de “abuso de derecho en la conclusión del acuerdo presentado como fin del período de consultas”, haciendo suyo la demanda el informe de la ITSS en el que se concluía, justamente, que el ERE tramitado debía impugnarse por existir abuso de derecho. El

ERE afectaba a un total de 16 trabajadores del grupo profesional obrero, de una plantilla de 15 trabajadores en activo y dos en situación de suspensión de la relación contractual, y se extendía desde el 1 de marzo de este año hasta el 28 de febrero de 2014, con suspensiones contractuales.

La Sala estima la demanda por considerar que no hubo propiamente período de consultas, ya que en una sola acta, de 11 de febrero, consta el inicio y el final de dicho período, aún cuando posteriormente se aportaron dos nuevas actas. De la actividad de la empresa, la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Gandía, y con los datos recogidos en el informe de la ITSS y en los hechos probados, no queda acreditado que haya habido una disminución de la actividad de la empresa con respecto a la del año anterior, y sí queda probado que los trabajadores han percibido prestaciones económicas superiores a las del año 2011 y han realizado un mayor número de jornales de actividad, por lo que concluye que sí hay una actuación fraudulenta, de connivencia entre las partes más o menos voluntaria, para acceder a las prestaciones por desempleo. Para la Sala, “el hecho de que en 2012, según la empresa, no se haya alcanzado el nivel óptimo de empleo del 85% de jornada máxima convencional (art. 6 del III Acuerdo), no justifica en sí mismo el acuerdo aquí impugnado, pues dicho nivel de empleo se fija como criterio objetivo a efectos de nuevos ingresos de personal”.

#### **69. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de junio de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de junio](#), de la que fue ponente el magistrado Ramón Gallo, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la representación de los trabajadores contra la empresa ID patronaje y creación SL. La demanda solicita la nulidad del ERE por no haberse producido un auténtico período de consultas, ya que este consistió “en la mera suscripción del acta por las representantes de las trabajadoras”. En los hechos probados se constata la veracidad de la tesis de la parte trabajadora, lo que lleva obviamente a la Sala a declarar la nulidad del ERE al no haberse respetado ni el art. 51.2 de la LET ni el RD 1483/2012, ya que “el período de consultas ha sido tomado por la demandada como un mero trámite con el que justificar desde el punto de vista formal, sin más, una decisión extintiva ya adoptada previamente y sin abonar cantidad alguna en concepto de indemnización por la misma, sin que conste la existencia de debate alguna sobre las cuestiones a las que se hace referencia en los preceptos referidos...”

#### **70. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de noviembre de 2013.**

1. Centro mi atención en la [sentencia dictada el 4 de noviembre por el TSJ de la Comunidad Valenciana](#), de la que ha sido ponente la magistrada María Montes, para destacar sus contenidos más relevantes. La sentencia estima las demandas y declara “la nulidad de la decisión adoptada en fecha 21 y 22 de agosto de 2012 en relación a la medida de extinción de los contratos de trabajo de empleados de su plantilla con derecho a la reincorporación de los trabajadores afectados en sus correspondientes puestos de trabajo, condenando a la parte demandada a estar y pasar por la presente declaración”. Es obligado remitirse a las páginas webs de las secciones sindicales de los sindicatos presente en RTVV para conocer de primera mano, y para la lectura de la mayor parte de los documentos que se han elaborado durante el conflicto, como se ha desarrollado el ERE, tanto para saber qué ocurría desde mucho antes de su efectiva adopción en agosto de 2012 como para estar al tanto de todos los acontecimientos que

ha provocado, y seguirá provocando, la sentencia del TSJ ([CC OO](#), [UGT](#), [CGT](#), [USO](#), [CSI-CSIF](#), [STAS –Intersindical Valenciana](#)) Una aportación de mucho interés, por tratarse de la letrada de Comisiones Obreras en el acto de juicio es de la [Rosa González](#), y también hay una reflexión crítica del letrado [Fabián Valero](#) en su blog.

2. El litigio encuentra su origen en las demandas interpuestas por varias organizaciones sindicales en proceso de despido colectivo (STAS-Intersindical Valenciana, UGT, sección sindical de UGT en RTVV, Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO y CGT) los días 20 y 22 de septiembre de 2012, ya fuera ante el tribunal autonómico o ante la Audiencia Nacional. Las demandadas fueron el ente público RTVV y la sociedad Radiotelevisión valenciana, por la presentación de un ERE aprobado por el Pleno del Consejo de Administración del Grupo RTVV los días 21 y 22 de agosto de extinción de 1.198 contratos de trabajos distribuidos de la siguiente manera: 181 contratos del ente público, 916 en televisión autonómica SA y 101 en radio televisión valenciana SA.

El primer avatar jurídico del litigio fue de carácter procesal, más exactamente de determinación del tribunal competente para conocer del mismo, a partir del escrito presentado el 22 de octubre por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO que alegaba que había centros de trabajo ubicados fuera de la Comunidad Autónoma y de los que en ningún momento la empresa había manifestado que quedaban excluidos del ERE, por lo que cuestionaba la competencia de la Sala del TSJ autonómico. La Sala declaró, por Auto de 27 de noviembre, su falta de competencia funcional, planteándose posteriormente conflicto negativo de competencia con la Sala de lo Social de la AN. La cuestión fue resuelta por [auto del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013](#), del que fue ponente el magistrado Fernando Salinas, que estimó que era la sala autonómica la competente para conocer del litigio. Por su interés jurídico, reproduzco el fundamento jurídico tercero del Auto.

“TERCERO.- 1.- Las Salas de lo Social en conflicto no fundamentan su criterio en las que las entidades empleadoras tengan centros de trabajo ubicados dentro y fuera de la Comunidad Valenciana, lo que por sí solo no determina la competencia en instancia, sino en la circunstancia fáctica consistente en que los trabajadores despedidos o susceptibles de serlo conforme a la decisión empresarial de despido colectivo impugnada estén o no adscritos únicamente a los centros de trabajo ubicados en la Comunidad Valenciana, por lo que el debate, en este caso, es más fáctico que jurídico.

2.- De lo actuado, así como de los listados definitivos aportados en este conflicto, y sin perjuicio de lo que se debatiera entre la parte sindical y empresarial durante el periodo de consultas finalizado sin acuerdo, resulta que en la decisión unilateral finalmente aportada por las empleadoras ninguno de los trabajadores despedidos por cualquiera de las tres entidades empresariales con fundamento en el despido colectivo impugnado prestaba sus servicios en centros de trabajo ubicados fueran de la Comunidad Valenciana.

3.- Partiendo de tal dato fáctico, la afectación, -- no solo desde el punto de vista gramatical (RAE: " Imponer gravamen u obligación sobre algo, sujetándolo el dueño a la efectividad de ajeno derecho "), sino especialmente jurídico, que incide en la legitimación individual, como perjudicados o como " titulares de la relación jurídica u objeto litigioso " (arg. ex arts. 10 y 11 LEC) o " titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo " (arg. ex art. 17.1 LRJS ), como en otros supuestos competencias ha

interpretado esta Sala (entre otros, AATS/IV 22-enero-2013 - cuestión 1/2013 y 26-abril-2013 -cuestión 2/2013 ) --, o incidencia de la decisión empresarial en los concretos trabajadores despedidos y, por tal causa, afectados por aquélla en sus derechos e intereses legítimos, solamente se extiende a trabajadores que prestaban sus servicios en centros de trabajo ubicados en la Comunidad Valenciana.

4.- Lo que comporta entender, en el presente caso y como informa el Ministerio Fiscal, que el proceso de despido colectivo impugnado extiende sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma, por lo que la competencia para conocer del mismo en instancia corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (art. 7.a.II LRJS)”.

Resuelta la cuestión litigiosa sobre la competencia funcional, se convocó a la partes para el acto de juicio el 21 de octubre, celebrándose el mismo, por su complejidad, durante ese día y el siguiente, interesando destacar que las partes demandantes mantuvieron sus peticiones de nulidad y subsidiariamente de no ser ajustado a derecho el ERE, y que las demandadas se opusieron a tales peticiones, mientras que el Ministerio Fiscal solicitó la declaración de nulidad del despido impugnado “por vulneración de derechos fundamentales”. [Puede verse y escucharse la citada intervención en este vídeo del juicio.](#)

3. En los hechos probados se recoge en primer lugar toda la normativa que afecta a las empresas demandadas, es decir la Ley 7/1984 de 4 de julio y la [Ley 3/2012 de 20 de julio](#) (DOGC, 23) que derogó a la anterior. Antes de la aprobación de la ley vigente, modificada por [Decreto Ley 5/2013, de 7 de noviembre](#), del Consell, “por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la prestación del servicio público de radio y televisión de titularidad de la Generalitat”, se había procedido a la fusión por absorción de la sociedades TVV SA y RAV SA en la nueva entidad [Radio Televisión Valenciana SA](#), procediéndose al nombramiento de los miembros del nuevo Consejo de Administración, los que designarían el 9 de abril a la Sra. Rosa Vidal como presidenta. Interesa también destacar que el grupo RTVV cuenta con un único convenio colectivo aplicable a todos los trabajadores, y que el ERE no fue algo súbito o improvisado, sino que ya estaba prácticamente anunciado a partir de enero de 2012, ya que el día 1 de enero se había publicado el [“pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas para la contratación de un servicio de asesoramiento jurídico en apoyo a la Dirección del Ente Público Radio Televisión Valenciana y sus sociedades Televisión Autónoma Valenciana SA \(TVV\) y Radio Autonomía Valenciana SA \(RAV\) para la preparación, negociación y ejecución de las medidas necesarias para garantizar la viabilidad de la radiotelevisión pública valenciana”](#). Por cierto, la Sala “traduce” la neolengua del título y la sustituye por un texto mucho más claro y expresivo: contratación de un servicio de asesoramiento jurídico “para la negociación y ejecución de los despidos colectivos a tramitar en las entidades codemandadas”.

La propuesta de ERE, de “reestructuración colectiva”, se aprobó por el Pleno del Consejo de Administración de RTVV el 18 de julio de 2012, y al día siguiente se comunicó a la autoridad administrativa laboral y remitió a los representantes de los trabajadores toda la documentación presentada para su justificación, entre la que se encontraba un informe técnico en el que se explicaban las causas legales (económicas, técnicas, organizativas y productivas) aducidas por la empresa, elaborado por la consultora PwC con el título “Modelo organizativo actual y propuesta de modelo objetivo”, de fecha junio de 2012. En la documentación no se encontraba el número y la

clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, y sí había los criterios previstos para su determinación, que según consta en el hecho probado sexto D) se haría “en base a la adscripción del puesto de trabajo que fuera a ser afectado por su eliminación o redimensionamiento, con referencia a la experiencia profesional, a la formación relativa al puesto, a la polivalencia funcional, a las buenas prácticas profesionales, a la situación de excedencia voluntaria y el menor absentismo, al mayor coste de su contrato de trabajo o las aptitudes de gestión de equipo y a las habilidades de interacción social”.

La negociación durante el período de consultas se desarrolló por la parte empresarial y por la parte trabajadora, representada esta última por un comité que actuaba en nombre de toda la plantilla e integrado por 23 miembros (6 de CC OO, 6 de STAS-Intersindical valenciana, 3 de CSI-CSIF, 3 de USO-CV, 3 de UGT y 2 de CGT). Dicho período tuvo un total de nueve reuniones, y del contenido de cada una de ellas se recoge un amplio extracto en el hecho probado séptimo, dándose por finalizado por la empresa sin acuerdo el día 17 de julio a las 15 horas y quedando constancia en las actas de las diversas propuestas y contrapropuestas presentadas por las partes (en el acta de dicha reunión consta que el comité “consideró todavía en vigencia el período de consultas, señalando que la empresa tenía la obligación de agotar su término legal”, habiendo remitido una propuesta de acuerdo a la parte empresarial a las 21 horas). Tal como he indicado con anterioridad, el ERE fue aprobado los días 21 y 22 de agosto en el Consejo de Administración (siete votos a favor y cinco en contra), presentándose comunicación a tal efecto ante la autoridad administrativa laboral el día 22, con relación del número de trabajadores afectados de cada empresa y los términos en que se procedería a la extinción (para un examen más detallado de dichas condiciones me remito a la lectura del hecho probado noveno), de los que ahora me interesa destacar los criterios de afectación o designación, que fueron los mismos para TVV y RAV y el ente público RTVV, salvo en el orden del criterio “incorporación mediante oposición”, que en las dos primeras aparece en último lugar, mientras que en el caso del ente público aparece en la primera posición (dicho sea incidentalmente, no deja de suscitarme dudas jurídicas que un criterio a considerar, con independencia del orden de ubicación, sea el de “no haber tenido periodos de excedencia voluntaria o de permisos sin sueldo durante toda la vida laboral del trabajador”, ya que estas situaciones serán consecuencia de ejercicio de derechos legales y convencionales reconocidos). Por su indudable importancia para la resolución del litigio, interesa destacar que se acordó que el proceso de extinción se desarrollaría de forma gradual, según necesidades organizativas y técnicas vinculadas en buena medida a los procesos de externalización de actividades, desde el 17 de agosto de 2012 al 31 de agosto de 2013, haciéndose constar en la comunicación remitida a la autoridad administrativa laboral que el período de extinción de contratos “no podía ir más allá del indicado 31 de agosto de 2013”.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió preceptivo informe el 5 de septiembre, manifestando en síntesis que se había seguido correctamente la tramitación legalmente establecida y la constatación, a partir de los datos disponibles, de la existencia de una situación negativa de la empresa, de las que las restantes causas serían complementarias, y una plantilla sobredimensionada a partir de los datos disponibles de gastos de personal. Igualmente, el Informe hacía referencia a la falta de información inicial sobre el número y categoría profesional de trabajadores afectados, la necesidad de la comunicación individual a los despedidos, y a la omisión inicial en el expediente



de una parte del informe elaborado por PwC que hacía referencia a la “Estimación preliminar del coste de los servicios a externalizar por RTVV”.

Los hechos probados decimosegundo y decimotercero describen ampliamente los datos económicos y las razones aducidas por la empresa para justificar la presentación del ERE, si bien en el segundo párrafo del hecho decimotercero la Sala expone que “La medida de reestructuración parte de un diseño de externalizaciones que pretende adaptarse a un cambio de gestión diferente al existente, cuyo coste por empresas externas dentro de los departamentos, sectores o áreas a externalizar no nos consta”.

Las “peculiaridades” de este ERE se ponen más de manifiesto a partir del hecho probado decimocuarto, donde queda constancia de la petición por parte de la empresa a los trabajadores del grupo RTVV del envío de un formulario “con la introducción y constatación de sus correspondientes datos personales para poder llevar a cabo la evaluación respecto a los criterios de designación”, evaluación que debía realizar una comisión técnica de valoración, y una subcomisión, nombradas el 24 de agosto, que adoptaron sus decisiones “según el informe técnico de PwC y los criterios de designación aprobados en la decisión final adoptada por el Consejo de Administración, aplicando los citados criterios de manera excluyente en cuanto a sus concretos puntos”. El resultado final de las valoraciones se aprobó los días 18 y 20 de diciembre, elaborándose una relación de afectados y no afectados por empresas, que se confeccionaron “siguiendo un orden alfabético en relación a la letra correspondiente al primer apellido de cada trabajador”. El 8 de enero de este año se procede a al nombramiento de otra comisión técnica de valoración para la evaluación del personal de la empresa TVV, de cuyos avatares se da debida cuenta en el hecho probado decimocuarto, y con la aprobación de la lista de afectados y no afectados por el director de la empresa el 9 de febrero. Al igual que en los casos ya expuestos, la lista, y cito textualmente por su importancia las palabras de la sentencia, “contenían una relación por simple orden alfabético respecto al primer apellido de cada trabajador, sin especificarse el motivo concreto de la fecha de la baja posterior en la sociedad ni las razones de las salidas escalonadas de unos trabajadores antes o después que otros bien por concurrir un exceso de plantilla o bien por dependencia del proceso de externalización de la plaza concreta ocupada por cada trabajador”. En tales comisiones de evaluación no participaron miembros del comité de empresa, y en la comunicación remitida por la empresa a cada trabajador afectado no se incluían o explicaban los criterios utilizados para la inclusión entre el personal despedido, circunstancia que, además de la petición de datos estrictamente personales como enfermedades padecidas y su tipología, provocó la queja de una trabajadora ante la Agencia Española de Protección de Datos, que ha dictado, y así se recoge en la sentencia, resolución de 2 de octubre, por la que se estima la queja y se insta al grupo RTVV a que remita al reclamante “certificación en la que se facilitara el acceso solicitado”.

No parece, por decirlo de forma suave, que la tramitación de la determinación y concreción del personal afectado por las extinciones se ajustara a derecho si nos hemos de seguir guiando, como debe ser, por los hechos probados, ya que el comité de empresa no tuvo conocimiento oficial del listado definitivo de trabajadores afectados y no afectados, circunstancia que provocó una denuncia del comité a la ITSS, que en informe emitido el 21 de marzo “tras requerir a la demandada de la aportación de los listados de trabajadores afectados de las tres empresa del grupo, así como de los no afectados, se requirió a la demandada para que comunicara individualmente antes del

plazo máximo del 31 de agosto de 2013 a cada uno de los trabajadores su inclusión como afectado o no por los expedientes de regulación de empleo, con independencia de la efectividad de la medida extintiva”.

Durante el período en que debía procederse a la extinción de todos los contratos del personal despedido, es decir hasta el 31 de agosto de este año, se procedió a la de 952 personas (recuérdese que la decisión del Consejo de Administración fue la de extinguir 1198 contratos). Especialmente interesante son los hechos probado decimosexto y decimoséptimo para conocer la razón de la no afectación de 161 trabajadores que estaban inicialmente incluidos en el ERE, con diferentes informes emitidos, ante la necesidad de seguir disponiendo de personal técnico dado que el proceso de externalización requería de más tiempo para su efectiva realización. Consta también otra “peculiaridad” a mi entender del ERE, consistente en que a partir del mes de junio, la demandada RTVV “pasó a efectuar un análisis denominado técnico y funcional-Gestión Currículum Personal en el que introducidos mediante un programa informático los datos profesionales de cada trabajador se procedía a la valoración previa de los criterios fijados en el acuerdo definitivo de extinción fijado por la entidad demandada. Muchos de los trabajadores valorados con dicho sistema ya no figuraban en activo en la empresa”. Finalmente, aunque el término “final” no parece que puedan aún aplicarse en puridad a este conflicto, el Consejo de Administración de RTVV decidió el 31 de julio prorrogar el período de ejecución del ERE hasta el 31 de diciembre respecto a 158 trabajadores (decisión adoptada por cinco votos a favor y cuatro en contra), con la “curiosidad jurídica” de que su decisión quedaba condicionada “a que se emitiera informe favorable por la autoridad laboral a la prórroga, no entendiéndose efectuada tal prórroga en otro caso”. Ahora bien, las “curiosidades jurídicas” se incrementan aún más si se sigue leyendo el hecho probado decimoséptimo, ya que “donde dije digo, digo Diego”, de tal manera que el mismo Consejo que pide autorización a la autoridad laboral y dice que no habrá desafectación si no se autoriza, inmediatamente a continuación, “de forma subsidiaria” si esta autoridad no emitía el informe antes del 31 de agosto y no pudiera realizarse la prórroga, “se proponía la NO AFECTACIÓN..”. Con sinceridad, no sé si la decisión del Consejo se adoptó tras escuchar el parecer de los servicios jurídicos, pero visto lo visto creo que la respuesta es claramente negativa, y, como suele decirse, “de aquellos polvos vienen estos lodos” (los lodos serán, obviamente, la declaración de nulidad del ERE).

¿Qué iba a decir la autoridad laboral ante esa petición? La respuesta estaba cantada para quien conozca la normativa vigente (¿la conocía el Consejo?), ya que desde la reforma de 2012 dicha autoridad no tiene competencias en materia de resolución de ERES y sus funciones han quedado reducidas a las de información, orientación, asesoramiento y vigilancia del cumplimiento de la normativa vigente, y por ello la misma declaró que carecía de competencia para pronunciarse al respecto, argumentándose además con corrección jurídica que su pronunciamiento “podría comportar una posible ingerencia en las decisiones judiciales”. Supongo, permítanme la ironía, que la fecha de la toma de decisión del Consejo, el último día de julio y antes del inicio, supongo, del período vacacional de su miembros y de la mayor parte de los servicios técnicos, debió provocar “cierta rapidez” en la toma de decisiones, como lo prueba que al día siguiente se remitía escrito a los trabajadores presuntamente desafectados (y digo presuntamente porque faltaba la solicitada autorización de la autoridad laboral) comunicándoles la prórroga del ERE hasta el 31 de diciembre, si bien a la espera de la resolución de la citada autoridad, pero al mismo tiempo informándoles que “debía continuar su relación

laboral con dicha empresa con posterioridad al 31 de agosto de 2013”. Asimismo se indicaba que en caso de que la autoridad laboral considerase que no se debía posponer la fecha de finalización del ERE resultaría no afectado al citado Expediente, con la consecuencia de que la empresa no procedería a su despido”. Aun cuando me encuentro en el examen y análisis de los hechos declarados probados, me parece necesario ya resaltar que con este escrito la empresa estaba desafectando del ERE a personas inicialmente incluidas, ya que ningún valor jurídico podía tener una petición de autorización a la autoridad laboral cuando esta carece de competencias para pronunciarse al respecto.

En fin, para el análisis jurídico del litigio, en los restantes hechos probados (el último es el vigesimocuarto), se da cuenta de la firma del contrato programa entre el Consell y RTVV, de la fijación del pliego de cláusulas administrativas particulares “sobre la contratación mediante solicitud pública de ofertas del servicio de realización y suministro de contenidos audiovisuales para completar la parrilla de programación de Canal Nou y/o Nou/24 de RTVVSAU”, y “para la contratación mediante solicitud pública de ofertas del suministro, en régimen de alquiler, de vehículos turismo e industriales para RTVV SA”, la convocatoria y adjudicación (en abril de 2013) del servicio de asistencia técnica para la elaboración y ejecución de un plan de recolocación externa para RTVV, las denuncias formuladas ante la ITSS sobre incumplimiento de la normativa sobre movilidad funcional y jornada de trabajo, con levantamiento de acta de infracción grave en el segundo caso, y en fin, como “guinda” de todas las “peculiaridades” del proceso, nos encontramos en el hecho vigesimocuarto con que “tras el despido de los trabajadores pertenecientes a la denominada Unidad de Documentación, cuya externalización se propugnaba por la demandada, se ha tenido que proceder para cubrir dicho servicio a la adscripción de otras personas”.

4. Era necesaria, o así me lo parece, esta amplia exposición de los contenidos recogidos en los hechos probados (estamos en la página 28 de las 47 que tiene la sentencia) porque permiten comprender muy bien para todos aquellos que conocemos la normativa vigente en materia de ERES, que las irregularidades producidas son de un calado importante. Pero no adelantemos acontecimientos y vayamos al examen de los contenidos más destacados, siempre a mi parecer, de los fundamentos de derecho.

A) La primera cuestión sobre la que debe pronunciarse la Sala es de carácter prejudicial, habiéndose alegado por la parte demandante Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO nulidad del acuerdo del Consejo de 18 de julio de 2012 sobre la nueva estructura de RTVV y los planes de reestructuración empresarial que desembocarían en el ERE, alegándose la vigencia en aquel momento de la Ley estatal 7/2010 de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, cuya modificación se produciría con posterioridad a la decisión empresarial citada, ya que así ocurrió por la Ley 6/2012 de 1 de agosto, y tampoco estando vigente la Ley 3/2012 de 20 de julio del Estatuto de la RTVV (publicada en el DOGC el día 23). La parte demandante entiende que el art. 40.1 de la ley estatal prohibiría la externalización de servicios, y de ahí que la decisión adoptada fuera nula de pleno derecho y arrastraría consigo la nulidad de toda la tramitación del ERE (“Los entes que presten el servicio público de comunicación audiovisual y sus sociedades prestadoras no podrán ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determinen los mandatos marco que para cada ente se aprueben en desarrollo del marco competencial correspondiente).

La Sala examina la regulación de la competencia funcional por conexión prevista en el art. 4 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, cuyo apartado 1 establece que “La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo y en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, así como el marco normativo fijado con carácter más general por la Ley orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 10. 1 dispone que “A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”. De acuerdo a esta normativa, así como también a la jurisprudencia del TS y del Tribunal Constitucional, la Sala entiende, con buen criterio a mi parecer, que tiene competencia para analizar la validez del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración del 18 de julio, concluyendo que el mismo no era una propuesta vinculante para la aprobación, en su caso, de un ERE, que efectivamente sí se produjo pero en fecha posterior, el 22 de agosto, en la que ya estaban en vigor tanto la norma estatal como la autonómica. La Sala concluye por ello que no procede la estimación de la petición de nulidad, dado además, a efectos administrativos, que tanto el acuerdo impugnado como el que aprobó la presentación del ERE “ni se tomaron por órgano incompetente, ni nos consta que la decisión adoptada por el pleno del Consejo de Administración, como órgano colegiado de representación, revelara alguna carencia de requisitos procedimentales que lo invalidaran de manera manifiesta y patente, como para dar lugar a la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento colectivo que nos ocupa...”

Otra cuestión de índole procesal que debe resolver la Sala antes de entrar en el litigio propiamente dicho, es decir cuando la Sala deba asumir, por decirlo con sus propias palabras, “la difícil tarea de realizar un pronunciamiento de fondo sobre la calificación que en su caso debe hacerse en relación a la decisión empresarial del despido colectivo impugnado” (difícil, añadido yo ahora, tanto por la complejidad de litigio como porque ningún juez o tribunal puede abstraerse de las circunstancias sociales que giran alrededor del conflicto), es la relativa a las excepciones de falta de legitimación pasiva aducidas por la USO-CV y la Generalitat Valenciana, excepciones estimadas por diversos motivos: en primer lugar, porque las propias codemandantes que habían postulado su llamada a juicio así lo aceptaron durante el mismo; en segundo término, porque el sindicato citado ni suscribió el acuerdo ni lo impugnó posteriormente, y al no haberlo suscrito resulta improcedente traerlo a juicio por mor de la regulación fijada en el art. 124 de la LRJS, extendiendo la Sala de oficio la falta de legitimación pasiva de otro sindicato codemandado CSI-CSIF. La falta de dicha legitimación de la Generalitat se basa para la Sala en el hecho de que las demandadas tienen plena personalidad jurídica y capacidad de obrar y de gestión al amparo de su normativa reguladora, y por consiguiente “ningún efecto jurídico desplegaría esta sentencia en el aspecto pasivo de la relación jurídico procesal respecto a dicha entidad ante la existencia de una propia e individualizada personalidad jurídica y plena capacidad de obrar por parte de las entonces existentes sociedades mercantiles del Grupo, del Ente Público en disolución y de la nueva sociedad RTVV SAU”.

B) A continuación, la Sala repasa el marco normativo aplicable al litigio, algo que me parece procedimentalmente correcto ante los cambios acaecidos desde que se inició el proceso de reestructuración colectiva en julio de 2012 hasta el momento que se adoptó

la decisión en principio definitiva pero que después no lo fue tanto. Le son de aplicación tanto el RDL 3/2012 de 10 de febrero como la Ley 3/012 de 6 de julio, con expresa mención en ambos casos de la modificación operada en ambas de la disposición adicional vigésima de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en la que se prevé la posibilidad de presentar expedientes de despidos colectivos tanto en la Administración Pública en particular como en el sector público en general. Reparo en que el ente público RTVV aceptó plenamente su incardinación en los apartados segundo y tercero de dicha disposición adicional (y por consiguiente su sometimiento a las causas reguladas como justificadoras de las extinciones, así como también a los criterios de selección del personal afectado que otorgan prioridad a los trabajadores fijos), mientras que las dos sociedades mercantiles inicialmente codemandadas negaron que les fueran de aplicación porque se trataban de empresas del sector público pero no tenían la consideración de Administración Pública (supongo que el nudo gordiano del debate giraba alrededor de los criterios de selección, y en los mismo términos me parece que se manifiesta la Sala).

La Sala dedica un amplio fragmento del fundamento jurídico cuarto a reflexionar sobre esta cuestión, poniendo de manifiesto las numerosas dudas que le supone la alegación de las empresas codemandadas, dada la existencia de toda una serie de datos que avalarían la existencia de “un funcionamiento compartido y unitario de todos los codemandados: la propia denominación del grupo, la identidad en la tramitación del ERE de las tres empresas, aunque formalmente se presentara por separado para cada una de ellas, la existencia de cuentas anuales consolidadas, que exista un convenio colectivo aplicable a todos los trabajadores, un único comité y una amplia movilidad funcional de los trabajadores entre las empresas del grupo; todo ello llevaría a la Sala a presumir la existencia de un grupo patológico o a efectos laborales, porque se dan los elementos que la jurisprudencia del TS ha ido delimitando para su conformación. No obstante, la Sala no se pronuncia sobre esta cuestión, muy probablemente porque no era el eje de las demandas presentadas, sino que va a remitirse a la fijación de los criterios de selección para fijar su posición (y recuérdense las “particularidades” de esos criterios que he ido explicando con anterioridad); por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “entendemos que aunque la definición de las causas resultaría diferente según se tratara de Administración Pública o de sociedades mercantiles participadas al 100 por cien capital público, lo más importante a efectos decisorios no sería tanto la diferente definición de las causas sino lo que subyace de la aplicación de los posteriores criterios de selección... “.

C) Hemos de llegar al fundamento jurídico quinto para que la Sala entre en el análisis, examen y valoración, con posterior resolución, de las causas de nulidad alegadas por las partes demandantes. Sigo en mi comentario el mismo orden que el seguido por la Sala, que en primer lugar debe pronunciarse sobre irregularidades alegadas en la tramitación y duración del período de consultas y consiguiente vulneración del art. 51.2 de la LET, ya que se argumenta que “la parte demandada no respetó dicha convocatoria, bien porque se convocó al comité sin tiempo suficiente para el mismo día 19/7/2012 o porque se concluyó el período antes del transcurso de los fijados treinta días”. La Sala se acoge a un criterio antiformalista, ya sostenido tanto en resoluciones del TS (véase la [sentencia de 27 de mayo de 2013](#)) como de la AN y de varios TSJ, para denegar la petición de nulidad, por entender que no hay obligación de convocar a la representación de la parte trabajadora con un determinado período previo, y que el período fijado de consultas es un máximo que no tiene que ser obligatoriamente respetado. Compartiendo

el planteamiento de la Sala como marco general, ya me parece más discutible su argumentación en el caso concreto, en el que entiende razonable la postura de las demandadas de “entender agotado el plazo máximo el día 17/8/2012 si se partía del comienzo ya turbulento acaecido el 19/7/2012”. Tengo en la cabeza, y así aparece igualmente en numerosos casos, que el acuerdo se consigue en el último momento del período de consultas, con independencia de la dureza o de los desacuerdos existidos durante el proceso negociador, por lo que creo que se debe ser muy cuidadoso por los tribunales en la aceptación de la tesis de la unilateralidad de la extinción antes de agotarse el plazo máximo legalmente previsto.

Sobre las quejas formuladas respecto a la falta de documentación a que está legalmente obligada la empresa que presenta el ERE, y cuyo marco normativo se encuentra en el art. 51.2 de la LET y en los arts. 6 y 7 del RD 801/2011 de 10 de junio (norma vigente en el momento en que se presentó el ERE), aquí ya encontramos un dato de relevancia capital, que resalta la Sala, cual es la (no) relación del listado del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el ERE; igualmente, la Sala critica que en ningún momento de la tramitación del ERE la empresa manifestara que este quedara acotado a los centros de trabajo sitios en el territorio autonómico (recuérdese que esta cuestión estuvo en la base del conflicto entre el TSJ y la AN), añadiendo, tanto en este punto concreto como en otro posterior, dos claras críticas al informe técnico elaborado por la consultora PwC, aún cuando en puridad jurídica la crítica es hacia la parte demandada que hizo suyo y se basó en el Informe: en primer lugar, que en la propuesta de externalización presentada se encontraban incluidas “las secciones de las delegaciones comerciales de Madrid y Barcelona”; en segundo término, la extracción o separación de una parte del documento de la consultora de la documentación inicialmente presentada, aunque esta crítica no alcanza impacto jurídico ya que en el acto de juicio se puso de manifiesto que dicha documentación se aportó en una reunión posterior (26 de julio) durante el período de consultas.

Con estas “lagunas documentales”, la Sala hace suyo el criterio del TS sentado en su [segunda sentencia sobre ERES tras la reforma laboral, dictada el 27 de mayo](#), y considera que no tienen la relevancia necesaria para provocar la nulidad del ERE, tesis con la que coincide. Cuestión distinta, y de importancia, es el efecto de la falta de la relación nominativa de los trabajadores afectados (art. 8 c del RD 801/2011), habiendo aportado sólo la empresa un listado con el número y la clasificación profesional de quienes iban a ser afectados. Aquel incumplimiento se mantiene durante la tramitación judicial del conflicto, ya que la Sala requirió a la demandada la justificación de la notificación a los trabajadores despedidos (o dicho de otra forma, saber cuáles eran los afectados), respondiendo la empresa a tal petición con el envío de “todos los trabajadores que componían la plantilla del grupo”.

Sí se presentaron, como ya he explicado, los criterios de selección en el inicio del período de consultas, que debían ser la base para la concreción posterior del personal afectado. La Sala considera que tales criterios en la fase inicial del proceso negociador no contribuían a facilitar un buen desarrollo del mismo por ser “ambiguos, subjetivos y genéricos”, y de ello queda constancia en las actas del período de consultas. Repárese en que el ERE afectaba inicialmente a más del 70 % de las plantillas, con lo que era conveniente delimitar con claridad las reglas del juego. Es cierto que en más de un ERE los criterios han ido variando durante el período de consultas, y aquí hubiera podido ocurrir lo mismo ya que la reestructuración planteada por la empresa era ciertamente

muy importante, y esto hubiera podido ser valorado por Sala en un sentido más favorable a la tesis empresarial, pero no se manifiesta en estos términos la Sala sino que afirma que si tal hubiera sido el supuesto “podríamos hablar de la toma de una decisión precipitada”.

D) Las idas y venidas, las afectaciones y desafectaciones, los cambios en definitiva en los criterios de selección y las modificaciones operadas sobre la marcha en el número de trabajadores a los que va a afectar el ERE, serán elementos fundamentales de la decisión final adoptada por la Sala estimatoria de la nulidad pedida por las demandantes. Porque, ciertamente es muy importante la fijación de nuevos criterios de designación de trabajadores afectados tras el acuerdo adoptado el 22 de agosto. En especial, el punto de batalla fue el criterio de selección de “asignación al puesto efectivo de trabajo” (número 1 para el personal de las sociedades mercantiles y número 2 para el personal del ente público). La Sala, con apoyo en la jurisprudencia del TS sobre la aplicación de los mismos principios para personal indefinido no fijo y personal fijo que rigen en las Administraciones Públicas para las sociedades mercantiles de capital público, que los equipara en cuanto a procesos de selección -- pero no, recuerdo, a efectos de extinción por amortización o extinción de la plaza que ocupa el trabajador indefinido no fijo-- considera que no hay argumento jurídico que avale la tesis de separación de criterios de selección en el ERE según se trate de trabajadores del ente público o de las sociedades mercantiles. Ahora bien, creo que más allá de esta argumentación, que enlaza con el tratamiento unitario de las relaciones laborales en el grupo y que quedó debidamente acreditado en el acto del juicio, el dato ciertamente relevante que motiva la crítica jurídica de la Sala a los criterios de selección es justamente que se utilice de forma preferente el de asignación a un puesto efectivo de trabajo, ya que en tal caso, “dada la movilidad aplicable a toda la plantilla “bastaba con asignar a un trabajador a un concreto puesto de trabajo para liberarle, o por el contrario, encajarle dentro del puesto a amortizar, alterándose con ello la mayor objetividad en la salida”.

Sigue insistiendo la Sala, con acertado criterio a mi parecer, en la importancia de los cambios en los criterios de selección de las personas afectadas por el ERE, cambios operados por razones organizativas (quizás comprensibles en el plano de la búsqueda del buen funcionamiento de la empresa pero incompatibles con una decisión con trascendencia jurídica adoptada con anterioridad) y que en modo alguno vinieron generados por la existencia de errores formales en un documento, el listado, de tanta complejidad en el caso enjuiciado. La lectura del fundamento jurídico noveno es muy ilustrativa de algo de lo que ya tenía conocimiento y que ahora tiene trascendencia jurídica: que se adoptaron decisiones de desafectación por la directora general de la empresa que alteraron sustancialmente los criterios aprobados en el ERE de agosto de 2012, colocando así de peor condición a los trabajadores cuya relación laboral estaba ya extinguida y que no pudieron beneficiarse de ese cambio de criterios.

La respuesta jurídica, que es la que corresponde a una resolución judicial, la da la Sala de forma muy clara: no puede ni debe entrar en las razones técnicas y organizativas que llevaron a la empresa a tomar decisiones relevantes sobre el personal que debía permanecer en la empresa aunque inicialmente estuviera previsto la extinción de su contrato con la fecha límite del 31 de agosto, sino que ha de limitarse a constatar, porque así ha quedado claramente probado, que “lo realmente acontecido es que hubo una evidente y clara alteración de los listados y de los propios criterios de designación precedentemente delimitados y aprobados, pasando a aplicarse otros distintos”. Quiebra

el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución entre unos (ex) trabajadores, y (aún) trabajadores, ya que el cambio en la selección de criterios sólo puede aplicarse a los que aún permanecían en la empresa en julio de este año, sin que se haya dado o justificado argumento jurídico alguno (cuestión distinta, insisto, son los organizativos) para tratar de diferente condición a unos y otros trabajadores, situación jurídica que es la que llevó justamente al Ministerio Fiscal a solicitar la nulidad del ERE. Sin olvidar, por tratarse de un aspecto jurídico de indudable importancia, y el TC lo ha subrayado en todas aquellas ocasiones que ha debido pronunciarse al respecto, que la libertad del sujeto empleador privado en las decisiones adoptadas en las relaciones de trabajo es mayor que la del empleador público, en cuanto que este último, ya se trata de la Administración o de empresas públicas, queda mucho más estrechamente vinculado por el principio de igualdad, cuya vulneración, subraya ahora la Sala, “deberá acarrear causa de nulidad”.

No se queda aquí la argumentación crítica de la Sala sobre las afectaciones y desafectaciones del personal al margen de los criterios de selección incluidos en la decisión extintiva de 22 de agosto de 2012, ya que dedica especial atención a las circunstancias que giran alrededor del mantenimiento (¿temporal, indefinido?) en la empresa de un total de 186 trabajadores que hubieran debido ver extinguido su contrato antes del 31 de agosto. Ya me he adelantado para exponer mi valoración jurídica de esta decisión empresarial en relación con la peculiar petición de autorización a la autoridad administrativa, destacando que al mismo tiempo que se solicitaba por una parte, se enviaban escritos a los trabajadores comunicándoles que seguirían prestando sus servicios en la empresa, elemento que es fácil concluir que merece una dura crítica jurídica de la Sala, que pone de manifiesto que “la decisión se tomó antes del aludido informe al que se condicionaba en principio la adopción de una postura, sin esperarse a valorar lo que se dijera al respecto por la autoridad consultada, por lo que la decisión estaba tomada unilateralmente y de antemano, como lo evidencia que antes de la supuesta consulta condicionada ya se hubieran adoptado y emitido las comunicaciones de no afectación a los trabajadores”. Es consciente la Sala, y ahí es donde creo que se constata la repercusión social que sabe que tiene la sentencia, que la decisión empresarial significaba que no se extinguían un número importantes de contratos que inicialmente sí iban a serlo, pero también me parece que es claramente consciente de que con esta actuación la empresa colocó a unos trabajadores, ya fuera de la empresa, en peor condición jurídica que otros, los que mantenían el vínculo contractual, es decir, y por concluir en este punto con la tesis tantas veces destacada en la sentencia, que la decisión empresarial vulneró el principio de igualdad, además de poner de manifiesto una falta de planificación y previsión por parte de la empresa, argumento de carácter económico y social que no carece de fundamento si nos hemos de atener a la convulsa vida de la empresa en el período del conflicto. Sí es cierto, ¿quién puede negarlo?, que los cambios en la dirección de una empresa pueden afectar, y mucho, a decisiones adoptadas con anterioridad, y el caso ahora enjuiciado es paradigmático ya que hubo tres directores generales durante la preparación, tramitación y ejecución del ERE, y que se produjeron retrasos importantes en los trámites a realizar para iniciar el proceso de externalización previsto en los documentos presentado en julio de 2012 por la dirección de la empresa, pero ello no puede obstar a la aplicación de la normativa en los términos legalmente previstos, y los hechos probados en este caso demuestran que hubo decisiones que fueron más allá de lo permitido por la legalidad entonces vigente.



E) Sobre la ampliación de la duración del ERE, la argumentación de la Sala para su rechazo es doble: de una parte, el argumento jurídico, impecable a mi parecer, de haberse aprobado un ERE que fijaba que “en ningún caso” su ejecución iría más allá de una determinada fecha, y que obligaba a respetar los criterios de selección aprobado (cuestión distinta, me planteo como mera hipótesis, es qué hubiera ocurrido si la empresa hubiera presentado otro ERE que alterara la situación jurídica de los trabajadores que iban a ser despedidos y no lo fueron, planteando por ejemplo un ERE de reducción de jornada, no sólo para estos sino también para otros trabajadores, y recuerdo que los tribunales, señaladamente la AN ha aceptado la presentación de ERES que afectan a situaciones jurídicas normadas con anterioridad pero que deben ser alteradas en razón de las circunstancias económicas, fundamentalmente, que justifican un ERE); la segunda, me parece correcta más como reflexión social que estrictamente jurídica, en cuanto que destaca la situación de incertidumbre laboral que ha implicado para una gran parte de la plantilla estar sometida a la incertidumbre de la ejecución gradual de un ERE durante más de un año, incertidumbre que a efectos jurídicos debería haberse evitado con la aprobación de un calendario de de las extinciones que hubiera dado, cuando menos, mayor seguridad a los afectados sobre la fecha de finalización de su relación contractual.

F) La Sala vuelve a la valoración de aquello qué es, propiamente dicho, el período de consultas, en el fundamento jurídico décimo, algo que me suscita alguna duda de encaje organizativo y del iter argumental que desarrolla, en el bien entendido que probablemente la explicación radique en que ahora se trata de la valoración general de aquello que es dicho período y cuál ha de ser su contenido más global, mientras que en los fundamentos anteriores se ha referido a defectos concretos, como la irregularidad en la tramitación del período o la no entrega de documentación por parte de la empresa.

En cualquier caso, y sin que esta duda metodológica suscitada por mi parte afecte al fondo del litigio, la Sala repasa la [doctrina del TS, en su primera sentencia en materia de EREStras la reforma laboral, de 20 de marzo de 2013](#), y acude también a la dictada el 8 de julio de 2012 (en ambas con citas y apoyo en la directiva comunitaria de 1998 sobre despidos colectivos y en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), así como también la doctrina de la propia Sala y la de otros TSJ, para concluir, con carácter general, que la finalidad perseguida por el período de consultas no se consiguió por voluntad de la empresa, al omitir información relevante para el correcto desarrollo del proceso, recordando que la representación de los trabajadores tuvo que presentar una denuncia ante la ITSS para reclamar información denegada por la empresa.

Ahora bien, mucho más impactante, desde luego en términos jurídicos pero aún mas en términos sociales, es la tesis de la sentencia de que la decisión de la empresa estaba “tomada de antemano” cuando inició la tramitación del ERE, con la idea fija, aunque los cambios en la dirección general de la empresa llevaron a un cambio de la misma que finalmente se ha revelado como perjudicial en el ámbito jurídico, de que “no había margen alguno para aceptar ni asumir otros remedios menos traumáticos o de inferior coste social que no fueran el despido de más del 70 % de la plantilla”. La suma de todas las actuaciones de la parte empresarial durante la tramitación del ERE y su ejecución posterior llevan a la Sala a argumentar que hubo graves incumplimientos por la misma y que la voluntad negociadora de la empresa fue prácticamente inexistente, destacando (tesis interesante ciertamente, aunque otros tribunales no participan del mismo criterio)

que “no fueran aceptadas ninguna de las propuestas ofertadas con inclusión de una propia reducción de los gastos de personal”. Y la Sala no se corta un pelo en el fundamento jurídico décimo sobre la deliberada, a su parecer, actuación de la empresa de aplicar un ERE sin modificación alguna (aunque, insisto, la realidad empresarial llevó a un cambio de planteamiento). Por ello, finalizo este comentario con un fragmento de dicho fundamento que creo que sintetiza muy bien el parecer jurídico de la Sala que lleva a declarar la nulidad del ERE: la empresa perseguía “un resultado predeterminado, que debía concluir con el ajuste laboral programado en base a unas concretas y pautadas directrices que aparecían delimitadas, marcadas y condicionadas al proyecto elaborado dentro del informe PwC, a cuyo diseño se debía reconducir todo el gran proyecto de reestructuración pretendido con la idea final de acometer la externalización o subcontratación de los servicios”.

## **XI TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA.**

### **71. Sentencia del TSJ de Extremadura de 25 de octubre de 2.012.**

A través de la revista [Jurisdicción Social](#) de [Jueces para la Democracia](#) correspondiente al mes de diciembre, he tenido conocimiento de una sentencia que no había consultado aún en mi seguimiento de las dictadas en materia de despidos colectivos por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional. Me refiero a la [sentencia de 25 de octubre de 2012 del TSJ de Extremadura](#), la segunda que conozco en la que la parte demandante es la propia empresa que presentó el Expediente de Regulación de Empleo, al amparo de la posibilidad ofrecida por el artículo 124.3 de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social](#), tras la modificación operada por la [Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral](#). El texto del citado precepto, recordémoslo, es el siguiente:

“Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 o por la Autoridad Laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de esta Ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores, y la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley”.

2. He leído con atención la sentencia, publicada en la base de datos del CENDOJ, por cierto con la rúbrica a efectos de identificación de "otros derechos laborales", que no parece que facilite precisamente su conocimiento si buscas sentencias sobre despidos colectivos, y creo que puede ser un modelo en el que se inspiren pequeñas y medianas empresas, mucho más difícil me parece para las grandes, para evitar reclamaciones individuales de los trabajadores una vez que no se ha interpuesto demanda por la representación unitaria o la sindical, cuando el ERE afecte a la totalidad de la plantilla. Está por ver, ciertamente, si esta afirmación pasará el filtro de la realidad dentro de algunos meses o solamente quedará la referencia a un caso concreto, pero de momento dejo planteada esta hipótesis de trabajo.

3. ¿En qué me baso para realizar esta afirmación? Vayamos al análisis de los contenidos más importantes de la sentencia, la segunda, hasta donde mi conocimiento alcanza, en la que un TSJ debe entrar a conocer de una demanda interpuesta por la propia empresa que presentó el ERE (recordemos que la primera se dictó por el TSJ de Cantabria en el ERE presentado por SODERCAN el 26 de septiembre).

A) Se trata de una empresa que ocupa a 19 trabajadores, con un delegado de personal como representante de todos ellos al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#). Según los hechos declarados probados, la empresa comunicó a dicho delegado el inicio del período de consultas del ERE el 3 de agosto, cumpliendo con todos los requisitos legales previstos en la normativa legal y reglamentaria de información a la autoridad administrativa laboral, y tres días más tarde, ambas partes suscriben un “acta de inicio y fin del período de consultas del expediente del despido colectivo”.

Recuerdo aquí que el artículo 51.2 de la LET fija un plazo máximo de duración del período (15 días naturales en empresas de menos de 5º trabajadores), pero no mínimo, y sólo dispone que “transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo”. Sí es más claro el [Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre](#), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (norma no aplicable al supuesto ahora enjuiciado, pero que apporto como documento de interés), en concreto el artículo 7.6 que dispone lo siguiente: “6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo. Igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el periodo de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral”.

Con respecto a dicho acuerdo, el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social constata la no existencia de dolo, coacción, abuso de derecho o fraude de ley en el acuerdo alcanzado entre las partes, “sino tan sólo no prolongar la situación de agonía económica que atraviesa (la empresa)”, finalidad permitida por la ley según el TSJ, con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Supremo (fundamento jurídico tercero).

B) La sentencia centra su atención en el cumplimiento por parte de la empresa de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LET, es decir en la existencia de causa que justifique el ERE, en concreto la causa económica. Según dispone dicho precepto, “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.

Pues bien, en el caso ahora analizado la empresa, del sector de industrias cárnicas, acredita pérdidas en año 2011 y declara pérdidas en el primer semestre de 2012, hasta poco antes de presentar el ERE, aún cuando tuvo beneficios en 2009 y 2010, y justifica el ERE por la imposibilidad de mantener la vida de la empresa tanto por las pérdidas económicas acreditadas como por la crisis económica general y del sector en particular.

La Sala se acoge a la redacción literal del precepto, y a la interpretación que el TS realizó en su momento sobre la justificación del despido objetivo por causas económicas en la [sentencia de 29 de septiembre de 2008](#) (que remite a una anterior de [14 de junio de 1996](#)), doctrina que considera “perfectamente aplicable al despido colectivo”, para aceptar la argumentación empresarial de pérdidas económicas actuales y previstas, añadiendo por su parte que la situación de la empresa “no es fácil que mejore ante la situación general de crisis económica, que es particularmente aguda en el sector de la actividad a la que se dedica la empresa”, con mención añadida a las deudas ya contraídas, recogidas en el antecedente tercero como hecho probado, “que han ido aumentando también en esos tres años anteriores”.

La sentencia cita in extenso la primera sentencia referenciada del TS para referirse a la “superación de situaciones negativas” y su tesis de que tal superación no implica que ante una crisis total o parcial que no pueda superarse “no quepa recurrir a despidos económicos para poner fin a la actividad de la empresa o para ajustar la plantilla en términos viables”, ya que la decisión de extinguir contratos está justificada como único medio viable en la legislación “para dar fin a una explotación que se considera ruinoso y cuya permanencia en el mercado no es posible”. En la empresa se habían reducido con anterioridad los gastos de personal (no se indica si hubo ERES o despidos objetivos anteriores), pero no parece que fueran suficientes para evitar la situación de crisis de la empresa, y ello, junto con los datos ya citados de las pérdidas económicas y previstas llevan a la Sala a aceptar la demanda de la empresa, añadiendo de su propia cosecha, ciertamente con apoyo en esa jurisprudencia citada del TS (en sentencias anteriores a las reformas laborales de 2010 y 2012), que la extinción de los contratos de toda la plantilla es la única solución, “pues no se puede imponer a una empresa que mantenga indefinidamente una situación de importantes pérdidas económicas”.

C) Una vez aceptada la existencia de causa económica, la Sala se detiene en el cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales del ERE (art. 51.2 LET), que considera bien cumplidos a partir de los hechos probados, y efectivamente no parece, al menos formalmente, que haya habido incumplimientos, apoyándose también en el informe de la ITSS al que me he referido con anterioridad. Cuestión distinta es cómo se valore del acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores en una única reunión celebrada sólo tres días más tardes de la entrega de la documentación, y el grado de conocimiento que tiene dicha representación para llegar tan rápidamente a dicho acuerdo, pero en este caso nos hemos de ajustar a aquello que dice el informe de la ITSS.

Como cuestión procesal, la Sala constata el respeto a los plazos previstos por el artículo 124.3 de la [LRJS](#), es decir la interposición de la demanda por la parte empresarial una vez transcurrido el plazo de caducidad para su presentación por la representación de los trabajadores, o en el supuesto de no haberla presentado de oficio la autoridad administrativa laboral (art. 148 b, es decir en casos de apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, o “cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”). Por consiguiente, la Sala declara, al amparo del artículo 124.11 LET que la decisión de la empresa es ajustada a derecho por haber cumplido los requisitos formales y de fondo previstos en la normativa.

## **72. Sentencia del TSJ de Extremadura de 3 de mayo de 2013.**

Me refiero a la [sentencia dictada el 3 de mayo por el TSJ de Extremadura](#), de la que ha sido ponente la magistrada Alicia Cano. Sorprende el incumplimiento flagrante de las normas por una empresa, pero esta sentencia es un ejemplo más de que ello se produce.

En síntesis, el litigio versa sobre la demanda presentada por el representante del personal contra la empresa, solicitando la declaración de nulidad de la decisión empresarial por no haber respetado la tramitación obligada para formalizar un despido colectivo. Queda constancia en los hechos probados de la extinción de once contratos de trabajo por causas objetivas mediante escrito dirigido de forma individualizada a cada trabajador, incluido el representante, y los mismos motivos (causas económicas y productivas), poniendo a su disposición el 60 % de la indemnización no en el momento del envío de la carta sino en la fecha de extinción, y recordando a los trabajadores que podían dirigirse directamente al Fondo de Garantía Salarial para el percibo del 40 % restante. Con claridad meridiana, que ya adelanta cuál va a ser el fallo judicial, en el hecho probado 3 se recoge que “en el mencionado despido no se ha comunicado tal decisión al representante de los trabajadores en tal condición, no habiendo notificado período de consultas, ni se le ha hecho entrega de documentación alguna, como tampoco se ha notificado a la autoridad laboral”.

Habiendo reconocido la parte demandada en el acto de juicio que no había seguido los trámites legales para proceder a un despido colectivo (diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien, ex art. 51.1 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#)), la Sala acude como es lógico al art. 124.2 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) para constatar el incumplimiento alegado en la demanda (“b) Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal”), y con la consecuencia prevista para ello en el apartado 11 (“La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley”).

## **73. Sentencia del TSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2013.**

La [Sentencia dictada por el TSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2013](#), de la que fue ponente la magistrada Alicia Cano, estimará la demanda y declarará la nulidad de los despidos efectuado por no haberse comunicado en debida forma a la representación legal de los trabajadores, con la obligación de la empresa de reincorporar a los trabajadores a los que hubiera extinguidos sus contratos, entendiendo la Sala que “no cabe confundir el período de consultas y su finalización con la comunicación formal de la decisión empresarial”. En el caso concreto enjuiciado el período de consultas finalizó sin acuerdo el 18 de julio y la empresa comunicó al día siguiente su decisión de extinguir los contratos a la autoridad administrativa laboral, no siendo hasta el 20 de

agosto (hecho probado cuarto) cuando la empresa notifica a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados su decisión, en documento denominado “documento anexo a la notificación de la decisión extintiva del contrato de trabajo que forma parte integrante de dicha notificación”.

La Sala, que cita en apoyo de su tesis la sentencia dictada por el TSJ de Madrid de 14 de octubre de 2012, entiende que la comunicación a la representación social ha de hacerse “tras el período de consultas y no en el acta de finalización del mismo..”, de tal manera que al cumplir con el trámite previsto en el art. 12 de RD 1483/2012 después de transcurridos quince días, contados desde la fecha la última reunión celebrada en el período de consultas, la decisión deviene nula por incumplimiento de las formalidades legales. Por cierto, la tesis del sentencia del TSJ de Madrid no será seguida por el mismo Tribunal en su sentencia de 27 de enero de 2014, por entender que la firma del acta de la última reunión del período de consultas, en la que se recogen de forma muy detallada todas las manifestaciones de la empresa sobre la decisión de extinguir los contratos ante la falta de acuerdo, la lista de personal afectado y cómo y cuándo se les comunicaría su extinción, es trámite suficiente que salva, en una interpretación flexible de la norma, la no comunicación formal con posterioridad a la finalización del período de consultas, entendiéndose la Sala madrileña que no es necesario en todos los casos “que la decisión final tenga necesariamente que notificarse de modo independiente bajo sanción de nulidad de todo el ERE, si con un contenido suficiente aparece firmada, como aquí sucede, en prueba de conformidad, por todas las representaciones de los trabajadores (en este sentido, STSJ Madrid de 8 de enero de 2013, Rec:73/2012)”.

## **XII. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA.**

### **74. Sentencia del TSJ de Galicia de 6 de julio de 2012.**

La [sentencia del TSJ de Galicia de 6 de julio, enrecurso número 12/2012](#), desestima la demanda interpuesta por CC OO de Galicia contra dos empresas y el Fondo de Garantía Salarial, declarando “ajustada a derecho la decisión extintiva de la demandada al concurrir causa legal suficiente”. Según los hechos probados, las citadas empresas “tienen socios y Consejos de Administración comunes. Tienen domicilio distinto, actividades diferentes, no existe caja única ni confusión de plantillas, y mantienen independencia judicial”, y en su fundamentación jurídica desestima la petición de existencia de un grupo de empresas a efectos laborales por entender acreditada la diferencia jurídica entre las empresas demandadas y la inexistencia de fraude. Por cierto, y dicho sea de forma incidental, la Sala se manifiesta sobre la “calidad” de la demanda cuando afirma, en el fundamento jurídico cuarto, que “Insisten los demandantes, aunque de forma imprecisa como la totalidad de la demanda...”

La sentencia tiene algunas características que la diferencian jurídicamente de todas las analizadas con anterioridad. En primer lugar, sólo existe una mención muy escueta a la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y ninguna al Convenio número 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y además la mención de la primera norma es casi, o así me lo parece, para justificar que aquello que regula, concretamente el período de consultas, ya está recogido en el marco normativo vigente, el de la reforma laboral, de la LET, y que hay que trabajar con la norma española que ya ha incorporado la normativa europea. A diferencia de varias de las sentencias anteriores no se enfatiza, mejor dicho no se dice nada, sobre la

importancia que la normativa europea confiere al período de consultas como instrumento de participación y negociación de la representación de los trabajadores, y la importancia de que se cumpla fielmente lo fijado en el mismo para respetar el “efecto útil” de las Directivas. Con respecto al Convenio nº 158 de la OIT, queda dicho que es desconocido por la sentencia, o por decirlo en términos más jurídicos habrá que pensar que la Sala habrá considerado que no era necesaria ni su referencia, ni su aplicación, al supuestos enjuiciado.

En segundo lugar, aquello que vale para la Sala es el artículo 51 de la LET en la redacción del RDL 3/2012 y no el RD 801/2011, ni siquiera con la interpretación efectuada por la Orden ESS/487/2012 para determinar o concretar qué preceptos, y con qué contenido, mantiene su vigencia. La tesis de la Sala es que el RD 801/2011 se dictó en un marco jurídico distinto del actual (antes, autorización de la autoridad administrativa, ahora decisión de la empresa con posterior control judicial) y que ya no puede ser de aplicación ni siquiera con las “modificaciones” de la Orden. Sorprende esta argumentación de la Sala porque a mi parecer, y mucho más tras las modificaciones incorporadas en el artículo 51 de la LET por la Ley 3/2012, buena parte del RD 801/2011 es perfectamente integrable con lo dispuesto primero en el RDL y ahora en la Ley con respecto a cómo debe desarrollarse, y con qué contenidos el período de consultas.

Además, la tesis de la Sala no podrá ser de aplicación una vez que se apruebe el RD que derogue el de 2011, ya que buena parte de su contenido será sensiblemente semejante al que derogará si nos hemos de atener a los dos borradores que he consultado. O dicho en otros términos, la Sala deberá aplicar, sin duda, el artículo 51 reformado, pero con las modificaciones importantes incorporadas en la Ley 3/2012 y aplicando el nuevo RD respecto a la concreción de los requisitos requeridos para el periodo de consultas, y deberá aplicarlo en la medida que desarrolle la Ley (y así parece que será).

No es casual, a mi parecer, el énfasis puesto por la Sala en la utilización del artículo 51 de la LET y no del RD 801/2011, así como también la inexistencia de utilización de la normativa europea e internacional en apoyo de sus tesis, ya que ello lleva a demandar un menor esfuerzo jurídico a la parte empresarial cuando presenta el ERE y la posibilidad de subsanar o ampliar argumentos en el período de consultas, realizando una determinada interpretación de este período que no es a mi parecer la que se deduce claramente de la Directiva de la UE y del nuevo texto del artículo 51 en la Ley 3/2012.

Para tratar de defender su tesis de la mayor flexibilidad para la parte empresarial, que está claramente latente en toda la sentencia, la Sala aduce que las exigencias de comunicación no son las mismas en un despido objetivo individual que en un despido colectivo, ya que en el primero “se exige la notificación precisa de las causas para que el trabajador pueda elaborar su defensa, mientras que en el colectivo lo que se comunica es la apertura del período de consultas, en el que caben todo tipo de subsanaciones y precisiones, de las que además resulta garante la autoridad laboral”. Me pregunto cuál es el parecer de la Sala sobre los requisitos que debe cumplir la empresa en la documentación a presentar para debatir en el período de consultas, y si cree que con “la apertura” del período ya está cumplido el expediente, y desde el plano estrictamente legal la respuesta la han dado en numerosas sentencias, y no sólo en las posteriores a la reforma laboral, el Tribunal de Justicia de la UE y los tribunales españoles, ya que para debatir, hablar, negociar,... es necesario de entrada tener

conocimiento de aquello que se plantea por la empresa, con independencia, ciertamente, de que sus tesis, y también las de los representantes de los trabajadores, puedan variar durante las consultas ya que es precisamente para ello que se ha instituido este período de tiempo.

Nos quedamos sin saber cuáles han sido los criterios utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores despedidos, ya que no hay información al respecto en los hechos probados, y en el fundamento jurídico quinto, al responder la petición de la parte demandante sobre nulidad de los despidos por no constar los criterios utilizados, se despacha la cuestión de que “aquellos vienen incluidos en la obligada memoria, dentro de los conceptos de cualificación y polivalencia, y han sido explicados a lo largo de la negociación a los interlocutores sociales, lo que lleva a concluir que tal requisito se ha cumplido”. Hubiera sido interesante, cuando menos, que en los hechos probados hubiera habido alguna mención de esos criterios, y también de qué explicación realizó la empresa, según las actas de las reuniones, sobre los conceptos genéricos de cualificación y polivalencia para fundamentar su decisión, pero nada de ello hay en la sentencia. Obsérvese, dicho sea incidentalmente, la radical diferencia de fundamentación entre la sentencia ahora analizada y la del TSJ de Madrid de 25 de junio en su fundamento jurídico decimonoveno.

Por último, la Sala debe pronunciarse sobre la existencia de la causa legal alegada en la comunicación de la empresa, y para defender la misma se remite en primer lugar a su sentencia de 26 de septiembre de 2011 y a la doctrina del TS contenida en la misma sobre la necesidad de acreditar la razonabilidad “mínima” de la medida. Una vez recordado el criterio de la STS de 11 de junio de 2008 de que basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas (y no necesariamente cuantiosas) quedando la empresa excusada de probar que la extinción del contrato de trabajo contribuye a la superación de situaciones económicas negativas...” y que las referencias anteriores se refieren a la regulación normativa anterior a la reforma laboral de 2012, la Sala concluye que la redacción actual del artículo 51 de la LET “es sustancialmente más permisiva”, y por ello, en una frase que tanto es válida para el caso enjuiciado como a modo de obiter dicta para que los demandantes en futuros conflictos de ERES sepan a qué atenerse cuando interpongan las demandas, manifiesta que “no corresponde al juzgador enmendar o corregir lo decidido por el legislador, sino aplicar en su medida la norma establecida....”.

Me pregunto si la Sala considera que aquello que han hecho los TSJ de Cataluña y Madrid hasta ahora, y la Sala de lo Social de la AN, es “enmendar o corregir lo decidido por el legislador”, y como no puedo responder por ellos sí doy mi parecer: todos los tribunales aplican e interpretan las normas, porque esa es su función, y tratan de hacerlo, estoy seguro de ello, con estricto respecto a los derechos, principios y valores que están presente en nuestra Constitución, entre ellos, y señaladamente, el derecho al trabajo en el artículo 35.1, el de la tutela judicial efectiva del art. 24, y tratan de cumplir escrupulosamente con la obligación impuesta a los poderes públicos por el artículo 9.2 de remover los obstáculos existentes para que la igualdad de las personas sea real y no formal.

## **75. Sentencia del TSJ de Galicia de 19 de julio de 2.012.**



El TSJ de Galicia, en [sentencia dictada el 19 de julio](#), sigue en su línea de aplicación de la reforma en la tesis propugnada por el gobierno y plasmada en la exposición de motivos, primero del RDL 3/2012 y después de la ley 3/2012, desestimando la demanda interpuesta por el Comité de Empresa y dos sindicatos (UGT y CIGA) contra los 84 despidos efectuados por la empresa Sykes enterprises incorporated SL, justificados por causas organizativas y productivas, “motivadas por la pérdida del cliente TELEFÓNICA DE ESPAÑA SA”. Destaca en los antecedentes de hecho, de forma sorprendente a mi parecer, que se afirme que el informe de la ITSS “omite parte del contenido de las actas levantadas en el período de consultas, en especial en lo relativo al Plan de recolocación promovido”.

La sentencia reitera en gran medida las tesis expuestas en la de 6 de julio, que sí mereció una atención detallada por mi parte en otra entrada del blog, y por consiguiente sólo considera que es de aplicación el art. 51 de la LET y no la normativa reglamentaria (RD 801/2011, interpretado por la Orden ESS/487/2012), afirmando que la nulidad de la decisión extintiva sólo tendría razón de ser si se incumple el art. 51 LET, y que “es factible, para un mejor desarrollo del período de consultas acudir a las exigencias del RD citado, pero su incumplimiento no puede derivar en nulidad si al menos las del artículo 51 han sido cumplidas”, tesis que ya no será de aplicación con el nuevo RD..., salvo que el Tribunal considere que se ha dictado ultra vires, pero no adelantemos acontecimientos.

La sentencia, en la que aparece una mínima referencia a la [Directiva de 1998 de la UE](#) para tratar de demostrar que sí se ha respetado, enfatiza la importancia del proceso negociador, pero mucho más que no hay obligación de pactar, con la contundente afirmación de que “la ausencia de acuerdo nada significa, porque la norma obliga a negociar pero no a pactar”. Para la Sala del conjunto de hechos probados ha quedado acreditado que la empresa tenía voluntad negociadora, aunque para llegar a esa conclusión tenga que rechazar, y criticar, el informe de la ITSS, afirmando con un punto sorprendente de dureza jurídica descalificadora de la actuación administrativa que “todo ello desvirtúa claramente lo que se hace constar en el Informe de la Inspectora de Trabajo, sobre la falta de voluntad empresarial de negociar”. Para la Sala, además, la justificación de la medida extintiva se concreta en los siguientes términos: “la finalización de la campaña de TELEFÓNICA DE ESPAÑA NEGOCIOS Y PROFESIONALES, que SYKES ENTERPRISES INCORPORATED SL tenía adjudicada en virtud de contrato mercantil con TELEFONICA DE ESPAÑA SA, supuso la supresión de los servicios de teleoperación que, a través de los trabajadores afectados por el despido colectivo, venía llevando a cabo la entidad demandada, lo cual ha supuesto un cambio que ha afectado directamente al sistema organizativo y productivo de la empresa, implicando una reducción en la demanda de los servicios que se venían prestando, datos acreditados que justifican la extinción de los contratos de trabajo, no constando acreditado que pudieran ser reubicados en otra campaña”.

#### **76. Sentencia del TSJ de Galicia de 29 de octubre de 2.012.**

Es objeto de atención la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de octubre, <http://bit.ly/QSjtBx> de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Ron Latas. El litigio versa sobre un ERE presentado por la empresa Arias Hermanos Construcciones S.A, iniciado el 11 de abril con la propuesta empresarial de despedir a 28 trabajadores, con alegación de causas económicas,

organizativas y de producción. El período de consultas finalizó sin acuerdo, y según los hechos probados la empresa propuso diversas medidas para llegar a un acuerdo con la parte trabajadora, que finalmente no se consiguió. La sentencia, que es también un estudio teórico del nuevo marco normativo en materia de ERE y de qué debe entenderse por “fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, considera probado que la empresa no ha actuado de manera que se haya producido alguno de los supuestos mencionados, dado que la parte trabajadora no ha logrado probar su argumentación, trayendo a colación la sentencia del TS de 21 de junio de 2004, en la que se afirma que “no puede olvidarse que el fraude no se presume, sino que ha de ser acreditado por el que lo invoca”. La Sala mantiene su tesis de aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la LET sobre los requisitos a cumplir por la empresa para evitar la nulidad de la decisión extintiva, pero sigue sin considerar obligatorios los previstos en la normativa reglamentaria entonces vigente (RD 801/2011), tesis que deberá cambiar con la entrada en vigor del RD 1483/2012 que desarrolla el nuevo art. 51 LET.

La Sala centra la cuestión, después de desestimar las alegaciones de la representación de la parte trabajadora sobre incumplimientos de requisitos formales, en el análisis, y resolución, de si la existencia de un ERE suspensivo todavía vigente “permite apreciar la concurrencia de las causas legales de extinción alegadas en la comunicación a los trabajadores afectados”. El TSJ no acepta el ERE de extinción de contratos por estar vigente el ERE de suspensión y no haber podido demostrar la empresa que hubiera razones sustanciales que hicieran aconsejable, desde la perspectiva empresarial, la utilización de un nuevo ERE (ahora extintivo). La Sala entiende no ajustada a derecho la decisión de la empresa porque, según argumenta en el Fundamento Jurídico Quinto, “los factores a tener en cuenta para continuar con las medidas necesarias para hacer frente a la negativa situación económica no pueden ser los ya tenidos en cuenta en su momento, recurriendo al sencillo expediente de acogerse a la reforma legal (que facilita aún más el despido por causas objetivas, ya individual, ya colectivo) con la finalidad de extinguir los contratos de trabajadores cuya gran mayoría habían aceptado (mejor, pactado) la suspensión de su contrato”.

El tribunal no descarta que la alteración de las circunstancias que llevaron a plantear por la empresa un ERE de suspensión de contratos hayan variado sustancialmente y que pudiera aplicarse la cláusula “rebus sic stantibus” si existiera acuerdo entre ambas partes, pero concluye que las causas alegadas en el ERE extintivo son sustancialmente las mismas, y que los resultados de la cifra de negocios del año 2011, superiores a los del año anterior, dan a entender que la situación económica de la empresa está mejorando como consecuencia de la aplicación del ERE anterior. La Sala concluye que la empresa pretendía aprovechar las posibilidades ofrecidas por la reforma laboral de 2012 que a su juicio, en coherencia con las dos sentencias anteriores que ha dictado sobre ERES tras la reforma, flexibiliza, y mucho, las posibilidades de extinción.

A modo de “obiter dicta” pero con una indudable importancia de aquello que la Sala, o al menos los magistrados que han dictado esta sentencia, considera que es la reforma en materia de despido colectivo, se afirma que los despidos basados en causas económicas “se justifican con la constatación de una situación económica negativa”, y que la norma (art. 51 LET) “no sólo (se) objetiviza la delimitación de las causas, sino que, además, se eliminan los juicios sobre la razonabilidad y oportunidad de las medidas”, tesis que desde luego no he encontrado, más bien lo contrario, en la sentencias analizadas en esta entrada de la AN. Este “obiter dicta” teórico guarda estrecha relación con un amplio

párrafo del mismo fundamento jurídico, en el que la Sala explica las que a su parecer son “las novedades más significativas” de la reforma en relación con las causas económicas de los ERES, y que por su interés conceptual para mejor entender la tesis de la Sala reproduzco textualmente en aquello que considero de especial interés: “de un lado, que se elimina cualquier referencia a la necesidad de que la empresa acredite los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado; y de otro, la concreción, la objetivación de la causa económica, que se dará en todo caso, sin necesidad de justificación alguna, cuando exista una disminución de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos”.

#### **77. Sentencia del TSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2.012.**

La sentencia dictada por el [TSJ de Galicia, de 21 de noviembre](#), desestima la demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega (CIGA) y el comité de empresa contra la empresa MAFECCO, posteriormente ampliada a otras empresas por considerar la existencia de un grupo. La argumentación de la parte demandante se sustentaba en cuatro puntos: inexistencia de la causa económica alegada, que encubriría una causa productiva; vulneración de las reglas relativas a la documentación a entregar en el período de consultas y a la obligación de negociar de buena fe; presión al Comité durante la negociación del ERE, algo que constituiría “abuso de derecho, fraude y coacción”, crítica jurídica que no se recoge en el Informe de la Inspección, en el que se afirma que, además de darse las causas económicas, “no se constata que haya existido dolo, coacción o abuso de derecho”; en fin, vulneración de “derechos fundamentales y libertades públicas” en la selección de los trabajadores, tesis que no fue aceptada por el Ministerio Fiscal.

La extinción planteada inicialmente afectaba a 42 trabajadores sobre una plantilla de 78, y el argumento era esencialmente de índole productiva a mi entender si nos atenemos a la literalidad de lo recogido en el Plan de Viabilidad presentado por la empresa y del que se deja debida constancia en el hecho probado primero: ““Para poder lograr la adecuada reducción de costes es necesario reducir la capacidad productiva del taller propio, es decir, pasar de una estructura fundamentalmente fabril, como es la que posee en la actualidad , para pasar a otra en la que, sin renunciar totalmente al proceso de fabricación , se potencie la intermediación y distribución. Así pues, es necesario reducir la plantilla en todas las secciones directamente relacionadas con la producción (excluyendo por tanto las secciones de administración, facturación y diseño) así como otras indirectamente afectadas por la misma, aunque manteniendo un núcleo reducido de trabajadores en los que prime su productividad y polivalencia”

La sentencia recoge de forma muy detallada todo el desarrollo del período de consultas, algo que refuerza aún más mi tesis de que este período está alcanzando una importancia de primer orden en la nueva regulación de los ERES, tanto por cuestiones de forma como de fondo. En concreto, me interesa ahora destacar que consta que la oferta empresarial fue rechazada por 3 votos contra 2 por la representación laboral, y que “todas las actas han sido firmadas por los comparecientes, no constando protesta en relación a su contenido”.

Frente a la tesis de la parte demandante de que se ha producido de hecho un cambio organizativo y productivo, y que la empresa no ha probado dicha causa productiva y se

ha escuchado en razones económicas, la Sala admite la tesis de la empresa a partir de remitirse a la aceptación de los llamados despidos pluricausales, con cita de una muy lejana sentencia de la propia Sala de 2 de febrero de 2001 que mantiene un concepto amplísimo de causa de despido, de tal manera que cualquier causa alegada puede tener relación con razones económicas, y de ahí que con los datos de la memoria económica acepte la existencia de una situación de pérdidas desde 2003.

La Sala, al igual que en otras sentencias que he tenido oportunidad de analizar, no sólo responde a la demanda sino que construye o realiza un análisis doctrinal de la reforma laboral para tratar de justificar su decisión final, y en esta ocasión, y con apoyo en una determinada manera de entender una sentencia de la AN de 15 de octubre, justifica que la extinción tiene razón de ser porque los puestos de trabajo que van a extinguirse “ya no son necesarios” (las comillas son mías) para la empresa al cambiar su estructura fabril por otra en la que se potencia la intermediación y distribución.

La sentencia se acoge en especial a una frase de la citada sentencia de la AN sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, “puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de los contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada” para justificar la decisión de la empresa, con causa “económica” (yo diría que es claramente productiva y por razones económicas). En pocas sentencias se puede encontrar una frase como esta que refleja claramente la aceptación de la tesis empresarial: “la producción propia no es rentable, por lo que sin desaparecer se trata de potenciar otras actividades existentes de la empresa”.

El fundamento jurídico tercero es un análisis doctrinal del concepto de buena fe en la negociación, para concluir que no se ha producido una vulneración del mismo por la parte empresarial, y hay que reconocer que en esta ocasión la Sala sí acude a la normativa internacional (Convenio nº 158 de la OIT) y europea (Directiva 98/59) para tratar de defender su tesis, con referencia previa a lejanas sentencias del TS de 1998 y 2001, en las que se afirma que la buena fe “implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones” y que impone un deber de coherencia, “exigiendo a las partes ser consecuentes con sus propias posiciones y no alterarlas sustancialmente de un día para otro”.

La prolija explicación previa del contenido del período de consultas le sirve a la Sala como justificación de la existencia de un verdadero esfuerzo negociador por parte de la empresa y que esta no hizo de aquel un mero formalismo, ya que se cruzaron propuestas y contrapuestas, con independencia de que las negociaciones no llegaran a buen fin, y aquí la Sala enlaza de manera peculiar a mi entender el período negociador con la decisión final de la representación laboral, argumentando que se estuvo en presencia de una “negociación real” (algo que creo que sí se refleja en las actas) por el hecho de que “dos de los cinco miembros del Comité de Empresa votaron a favor del acuerdo”. Puede ser que sí, puede ser que no, como en La Parrala, que los miembros del Comité que votaron a favor del acuerdo estuvieran convencidos de la bondad de las propuestas empresariales, pero eso no significa automáticamente que la negociación “fuera real”, porque con este mismo argumento el hecho de que un número superior de miembros del Comité manifestara su desacuerdo con la tesis empresarial podría significar justamente lo contrario.

En el fundamento jurídico cuarto, nuevamente la Sala se acoge a lo recogido en las actas sobre las dificultades económicas de la empresa para argumentar que no ha existido presión alguna sobre el Comité para que alcanzara un acuerdo, y que al ser patentes estas dificultades nunca han podido implicar una coacción. En fin, respecto a la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical por haber seleccionado entre el personal a personas afiliadas a un sindicato también se desestima la demanda, dado que no ha quedado probado que la disponibilidad del crédito horario sindical hubiera significado un perjuicio a la hora de la puntuación final de cada trabajador de acuerdo a los criterios utilizados por la empresa.

De especial interés es el impacto que la aceptación de la tesis empresarial de cambio de modelo productivo va a tener sobre la aceptación de la extinción y la no aceptación de la tesis de discriminación empresarial por razón de la categoría profesional de los trabajadores afectados, ya que el hecho de que se deje de primar la producción fabril justificará el despido de 28 personas (un 65 % del total) con las categorías de auxiliar y especialista, y por ende el despido de trabajadores de secciones en las que “prácticamente todo el personal ostenta tal categoría”. Por último, la Sala no considera probada la existencia de un grupo de empresas, después de una amplia cita de jurisprudencia del TS, aunque visto “desde fuera” sorprende que la sociedad dominante del grupo empresarial mercantil posea un 99,97 % de las acciones de la empresa demandada y no haya relación, o al menos según la Sala “ni ha quedado acreditada la unidad de dirección, ni la confusión patrimonial o de plantillas”, algo que no me queda tan claro después de leer las referencias contenidas más adelante en el mismo párrafo, aun cuando la Sala cierra su argumentación con la referencia al informe de la ITSS y afirma que “en todo caso, los datos que se reflejan en el Informe de la Inspección de Trabajo tampoco puede identificarse con una confusión de plantillas”.

#### **78. Sentencia del TSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2.012.**

Trato ahora de la sentencia dictada el 11 de diciembre por el TSJ de Galicia, <http://bit.ly/12CGszq> y agradezco al letrado Héctor López de Castro que me la haya facilitado. Su interés radica en que se trata de una [demanda de oficio presentada por la autoridad administrativa autonómica laboral contra la empresa MAESSA](#) al amparo del artículo 148 b) de la [Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social](#), que dispone que el proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia “b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del [Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores](#), y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”.

La demanda de oficio fue presentada tras los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (se trataba de dos expedientes de suspensión y extinción de contratos) y el subsiguiente emitido por el SPEE en el que, basándose en el informe de la ITSS, argumentaba que “el acuerdo adoptado por la empresa puede tener por objeto la prestación indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores

afectados”, por lo que se interesaba “la impugnación de dicho acuerdo ante la jurisdicción competente”. Según consta en el hecho probado quinto, la ITSS manifestó críticas jurídicas sobre la fundamentación de los ERES por entender que los mismos se presentaban en previsión de falta de cargo de trabajo en la empresa en los próximos meses, exponiendo en síntesis que nuestro ordenamiento jurídico “no admite la previsión de problemas productivos como una causa válida para justificar un ERE, sólo se admite la previsión de problemas económicos”, y que no podía descartarse “la posible existencia de fraude, dolo o abuso de derecho, pues ... no puede asegurarse la futura ausencia de carga de trabajo o el ritmo de incorporación de los trabajadores a la futura obra”.

Dicho sea incidentalmente, de todas las sentencias que he consultado, desde la primera dictada por el TSJ de Cataluña el 23 de mayo de 2012, sobre la regulación de los ERES en la reforma laboral, es la primera en donde hay un pronunciamiento de la ITSS sobre la posible existencia de una actuación contraria a derecho para lograr el acuerdo (bueno, quizás haya habido alguna más, pero no recuerdo que haya sido recogida en hechos probados de sentencia).

En plena sintonía con el Informe de la ITSS, y la petición del SPEE, la autoridad laboral impugnó de oficio el ERE por darse una situación de fraude, por entender, según se recoge en el fundamento jurídico primero, “que la carga de trabajo no había variado al no haberse reducido en la empresa”, circunstancia que comportaría según la Conselleria “que el ERE ha sido utilizado fraudulentamente al no existir causa para el mismo”.

La impugnación de la demanda se basó tanto en razones formales como de fondo; las primeras, por alegación de caducidad de la acción en el momento de su interposición, y la segundas por inexistencia de fraude y cumplimiento de todos los requisitos legalmente establecidos para suscribir un acuerdo, destacándose, supongo que para poner de manifiesto que el ERE tuvo el apoyo de la plantilla, que fue el resultado de una negociación “en la que no sólo intervinieron asesores sindicales externos a la empresa, sino que incluso antes de la firma su aceptación fue ratificada en asamblea de trabajadores”.

Sobre la posible caducidad, la sentencia acierta a mi parecer al desestimar la tesis de la parte demandada, ya que del juego de los artículos 124.6 y 148.1 b) de la LRJS parece claro que la demanda de oficio sólo puede interponerse, en el caso concreto, desde la recepción del informe del SPEE pidiendo la impugnación, y no desde la fecha del acuerdo entre las partes ni tampoco desde la de emisión del informe de la ITSS. Los plazos del primer precepto van referidos a las demandas que puedan interponer los representantes de los trabajadores o la propia empresa en el supuesto de que los primeros no impugnaran su decisión.

Respecto al fondo, la sentencia valora el conjunto de las pruebas prácticas y llega a un planteamiento contrario al de la demanda por entender, aunque sin excesivas explicaciones a mi parecer, que no se ha producido el fraude alegado ni ha habido actuación dolosa por las partes o coacción para la suscripción del acuerdo. A continuación realiza un estudio jurisprudencial detallado de la figura del fraude de ley para concluir que no ha habido intención de las partes de vulnerar la normativa bajo la apariencia de legalidad, considerando que los vaivenes de la actividad productiva de la empresa, detallados en el fundamento jurídico tercero, 3, permiten concluir que los

ERES tenían una razón de ser económica, ya que su finalidad era “reducir el alcance de una situación real, actual y próxima, creada por la finalización y progresiva disminución del trabajo...”, y que las circunstancias de progresiva pérdida de carga de trabajo ponían de manifiesto que los ERES respondían “a una causa organizativa y productiva actual, próxima y previsible...”, y de ahí que la mera existencia de retrasos en la finalización de los trabajos pendientes, y que posibilitó el mantenimiento de la prestación laboral por una parte de los trabajadores incluidos en los ERES, “no permita apreciar la existencia de acuerdos fraudulentos”. Está por ver, y con ello concluyo, si una mayor concreción en el informe de la ITSS hubiera podido dar lugar a un pronunciamiento diferente del Tribunal, aún cuando no me parece previsible tal hipótesis.

#### **79. Sentencia del TSJ de Galicia de 13 de diciembre de 2.012.**

Analizo una nueva sentencia. Se trata de la [dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 13 de diciembre del pasado año](#), que resuelve la demanda interpuesta por la representación unitaria de los trabajadores (comité de empresa) contra diversas empresas, por considerar que formaban parte de un mismo grupo, y contra varias personas físicas, si bien en el acto del juicio oral, celebrado el 28 de noviembre, se desistió de la demanda contra estas últimas.

El conflicto se interpone por el [Comité de Empresa de Hermanos Rodríguez Gómez SL](#) contra el ERE presentado el 27 de agosto por dicha empresa y por otra entidad mercantil, Pescatech SL, actuando ambas entidades como grupo de empresa y planteándose la extinción de 56 contratos de trabajo (51 de la primera y 5 de la segunda), con alegación de causas económicas y al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#). En el antecedente de hecho décimo primero se da debida cuenta de que el personal de Pescatech otorgó su representación al Comité de Empresa de Hermanos Rodríguez Gómez, que se celebraron dos reuniones durante el período de consultas y que éste finalizó sin acuerdo, y que hubo discrepancias, en dicho período, sobre la cantidad a abonar por la empresa en concepto de indemnización, además de otras divergencias, ofreciendo la primera la cantidad legalmente establecida, 20 días de salario por año, pero sin posibilidad de abonarla inmediatamente por falta de liquidez, mientras el comité solicitaba 45 días. La comunicación individual a los trabajadores afectados por la extinción de su contrato se envió el 29 de septiembre, informando a cada trabajador de la imposibilidad de poner a su disposición la indemnización correspondiente por los motivos ya alegados durante el período de consultas del ERE.

La demanda solicita la nulidad, y subsidiariamente la declaración de no ajustado a derecho, al amparo del artículo 124 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), del ERE, por varios motivos: en primer lugar, se alega que la parte empresarial no presentó durante el período de consultas la documentación exigida por la normativa de aplicación; en segundo término, que ya estaban señalados los juicios de resolución indemnizada que iban a celebrarse como consecuencia de diversas demandas presentadas con anterioridad por varios trabajadores; en tercer lugar, que había suficiente carga de trabajo para mantener la actividad; en cuarto, que no hubo voluntad por la empresa de negociar durante el período de consultas; en fin, en último lugar pero calificado como la “razón principal” por la representación del personal, tal como se explica en el fundamento jurídico segundo, “la existencia de un grupo de empresas más amplio que el reconocido por las propias empleadoras de los trabajadores/as y detrás del cual se encontrarían las personas físicas inicialmente demandadas”. Las partes

demandadas comparecientes a juicio, la representación de las dos empresas en las que hubo despidos y otra entidad mercantil que gira con la denominación de Herederos Hermanos Rodríguez SL, solicitaron la desestimación íntegra de la demanda.

En el fundamento jurídico cuarto la Sala realiza un examen de las primeras cuatro alegaciones formuladas por los demandantes, rechazando todas ellas por considerar que no ha habido ningún tipo de vulneración legal, afirmando que “una aproximación superficial a la cuestión litigiosa parece conducir a la calificación de ajustado a derecho (del ERE)”, y que ha quedado probado que la empresa presentó la documentación necesaria y que negoció durante el período de consultas.

Dos observaciones jurídicas de la Sala llaman mi atención y así lo dejo aquí reseñado: en primer lugar, y frente a la alegación de la demandante de que la no utilización del ERE de suspensión aprobado con anterioridad implicaría que había carga de trabajo, la Sala expone que el control judicial del despido “no justifica un juicio de oportunidad en la decisión extintiva, sino sólo de legalidad – concurrencia de las causas y cumplimiento de las formas, dirigidas a facilitar la fiscalización de las causas”; en segundo término, que ante la alegación de falta de voluntad negociadora por parte empresarial se contrapone el hecho de que por la representación del personal “se mantuvo una posición asimismo maximalista – mantenimiento de la totalidad de la plantilla- y en otro caso, indemnización calculada sobre 45 días de salario, sin que ninguna de las partes se esforzara en acercar dichas posturas”. Ciertamente, habrá que estar a cada caso concreto para valorar la actitud negociadora de las dos partes, pero en principio me parece un tanto exagerado afirmar que no hay voluntad de negociación por parte trabajadora si se pretende defender los puestos de trabajo de todos los trabajadores de la plantilla, siempre y cuando se hagan aportaciones alternativas a esa medida durante el período de negociación.

La sentencia estimará la demanda por el último motivo alegado, al declarar probado que existe un grupo de empresas, a efectos laborales, más amplio que el que actúa formalmente como empleador. “aunque las empresas integradas en él actúen bajo la apariencia formal de sociedades separadas”. La respuesta afirmativa deriva de la existencia de un “entramado societario subyacente” que queda debidamente acreditado en los hechos probados y que incluye dos empresas más (ambas demandadas en el ERE), constatándose la existencia de los indicios requeridos por la jurisprudencia a los efectos de determinar la existencia de un grupo de empresas laboral, como son la confusión de patrimonios, la confusión de plantillas, y la coincidencia de objetivos sociales, domicilios, socios y administradores. Además, una de las demandadas y que no aparecía formalmente como empleadora ya había sido declarada como miembro del grupo de empresas en el que se integran las restantes, además de otra ya desaparecida, en una sentencia anterior de la Sala, en la que quedó probado que todas ellas integraban un grupo de empresas que “bajo la apariencia de sociedades separadas, operan bajo una unidad manifestada al levantar el velo societario”. Por su interés a los efectos de un mejor entendimiento de la resolución judicial ahora objeto de comentario reproduzco el hecho probado cuarto (aunque en el fundamento jurídico quinto se cite por error el hecho probado quinto):

“Por Sentencia de 14 de noviembre de 2008, Recurso 3264/2008, de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia , se desestimó el recurso interpuesto por las Entidades Mercantiles Hermanos Rodríguez Sociedad Limitada, la Entidad



Mercantil Herederos de Hermanos Rodríguez Sociedad y la Entidad Mercantil Pescatech Sociedad Limitada contra la Sentencia de 5 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Social 4 de Vigo donde se estimó la demanda de impugnación de despido de diversos trabajadores de la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada, apreciando la existencia de un grupo de empresas entre todas esas Entidades Mercantiles atendiendo - entre otros que, al constar directamente acreditados en el presente juicio y, en consecuencia, declarados probados en la resultancia fáctica de esta nuestra Sentencia, no se reiteran- a los siguientes hechos declarados probados:

- La Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada -actualmente sin constancia de actividad económica- se constituyó a 6.7.1994 por Doña Lorenza , Doña Milagros y Don Benjamín , siendo su objeto social la fabricación e instalación de maquinaria para la industria alimentaria y domicilio social en Tameiga, Ayuntamiento de Mos.

- Desde 2004 la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada hacía una transferencia mensual de 3.000 euros a la Entidad Mercantil Hermanos Rodríguez Gómez Sociedad Limitada, sin constancia de a qué era eso debido.

- También realizaba una transferencia mensual de unos 2.500 euros bajo concepto de alquiler de una nave sita en Cabaleiro que era propiedad de la Entidad Mercantil Hermanos Rodríguez Gómez Sociedad Limitada y de la Entidad Mercantil Herederos de Hermanos Rodríguez Sociedad Limitada.

- La Entidad Mercantil Herederos de Hermanos Rodríguez Sociedad Limitada figuraba como acreedora en cuantía de 7.465,98 euros en el procedimiento concursal de la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada.

- La Entidad Mercantil Hermanos Rodríguez Gómez Sociedad Limitada y la Entidad Mercantil Pescatech Sociedad Limitada mantenían relaciones comerciales habituales con la Entidad Mercantil Maquipes Sociedad Limitada”.

La existencia, probada, de un grupo de empresas más amplio del formalmente existente llevará a la Sala a estimar la demanda porque de los hechos probado se deduce que en las actuaciones económicas, financieras y comerciales entre las mismas, “existe un claro enlace racional, en términos temporales, con el momento en que se empezó a fraguar la situación económica negativa de las empresas formalmente empleadoras”, y también porque una determinada operación efectuada en 2009, y de la que se deja debida constancia en el hecho probado séptimo, se realizó en términos perjudiciales para las empresas formalmente empleadoras, por lo que la Sala considera probado que “existe un claro enlace racional, en términos causales, con su situación económica negativa”, habiéndose producido por esta vía una descapitalización de las empleadoras que les ha llevado a la presentación del ERE por causas pretendidamente económicas.

Por consiguiente, se declara no ajustada a derecho la extinción colectiva acordada por las empresas formalmente empleadoras. La Sala, en un ámbito que suscitó un intenso debate en las recientemente celebradas XXIV jornadas catalanas de Derecho Social entre miembros de la judicatura, no establece qué consecuencias se derivan de dicha calificación jurídica, “pues ello no está previsto en el artículo 124, apartado 11, de la Ley de la Jurisdicción Social salvo para el supuesto de declaración de nulidad -en cuanto, para este caso y solo para él, se establece una condena de reincorporación al

puesto de trabajo con remisión al artículo 123.2-3 de la LJS”, y de acuerdo con esta tesis “tanto la determinación de esas consecuencias como a quienes alcanza la responsabilidad de las mismas se decidirá por el órgano judicial competente según las pretensiones, las alegaciones y las pruebas en cada caso desarrolladas, dentro de los procesos de impugnación individual del despido tramitados al amparo del artículo 124.13 de la Ley de la Jurisdicción Social”. O dicho en otros términos, sigue abierto el debate sobre la ejecución de las sentencias dictadas por los TSJ que declaran no ajustada a derecho una decisión empresarial, es decir si puede ejecutarse directamente por la Sala o ha de acudir obligatoriamente a la posterior impugnación individual, cuestión muy relevante y que ahora escapa del ámbito de este comentario.

#### **80. Sentencia del TSJ de Galicia de 21 de marzo de 2013.**

Una nota sobre la [Sentencia del TSJ de Galicia de 21 de marzo de 2013](#), de la que fue ponente la magistrada Rosa M<sup>a</sup> Rodríguez. A diferencia de la sentencia dictada por el TSJ de Asturias el 14 de febrero (asunto Tenneco) y que he explicado con anterioridad, el hecho de que la empresa se mantenga inamovible durante el período de consultas en su planteamiento de extinción de todos los contratos no constituye vulneración de la buena fe negocial, por entender la Sala, de una manera harto excesivamente simplista a mi parecer y en relación con el objetivo del período de consultas, que esa actuación empresarial no implica que haya hecho del período “un mero formalismo”, y es importante que haya propuestas y contrapropuestas... “con independencia de que las negociaciones lleguen a buen fin, como se ha hecho reconociendo antigüedades, pago de atraso o vacaciones”.

En cuanto al dato más relevante a efectos de estimar la demanda presentada por el sindicato CIG y condenar solidariamente a varias empresas codemandadas, y a absolver a otras, la Sala entiende debidamente probada y acreditada la existencia de un grupo laboral o patológico, ya que los trabajadores afectados por las extinciones han realizado su trabajo en dos empresas, prestando servicios en una para otra y con vehículos y maquinaria de esta segunda; hay “una creación de empresas aparente sin sustento real”, quedando debidamente probado tanto con las pruebas aportadas como durante el acto del juicio; existe “confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”. Para la Sala, que sigue la jurisprudencia del TS al respecto, “esta actividad y este entramado de empresas se hace en fraude de ley, y sirviéndonos de los términos del Tribunal Supremo, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las entidades en perjuicio de los trabajadores de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio en base al cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfraza situaciones de hecho en las que en realidad se actúa como una sola entidad empleadora bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente, de donde resulta la condena solidaria de todas”.

#### **81. Sentencia del TSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013.**

La [sentencia del TSJ de Galicia de 2 de mayo](#) se dicta como consecuencia de la demanda presentada por CC OO de Galicia y el comité de empresa contra la [Diputación Provincial de Ourense](#). La demanda se interpone por el despido colectivo de 25 trabajadores de la citada Diputación, y desde la perspectiva social, que no estrictamente jurídica, tiene el interés de tratarse del primer ERE planteado por una Diputación tras la

reforma laboral. Les adelanto el final de la sentencia, que estima parcialmente la demanda y declara “no ajustada a Derecho la extinción de 25 contratos de trabajo, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración”. [La Diputación ya ha anunciado que interpondrá recurso de casación contra la sentencia](#) por considerar que la interpretación del tribunal "lleva a premiar una mala gestión presupuestaria", ya que "reduce la existencia o no de la causa económica a una mera cuestión de gestión presupuestaria, y prescinde de la situación económica real de la administración", y enfatiza en una nota de prensa que la sentencia "rechaza de forma contundente todos los argumentos esgrimidos por CC.OO. para solicitar la nulidad del proceso".

A) El conflicto encuentra su origen en la presentación de un ERE por la Diputación el 4 de diciembre de 2012, con la propuesta inicial de extinción de 32 contratos de “personal laboral indefinido”, y alegación de existencia de causa económica para ello. Queda constancia en hechos probados de la documentación aportada por la empresa, y de la exclusión del ERE (la plantilla era de 367 trabajadores fijos, 54 temporales y 45 indefinidos) del personal laboral fijo y de algunos contratados indefinidos “que desempeñan puestos de trabajo imprescindibles” y que la entidad “considera que deben permanecer en su puesto”.

La celebración del período de consultas se llevó a cabo durante los meses de diciembre de 2012 y enero de este año, con una suspensión acordada por las partes durante el período vacacional y que se extendió hasta el 7 de enero, celebrándose un total de nueve reuniones. Queda también probado que la empresa finalmente manifestó que extinguiría 28 contratos y que había procedido a la contratación de dos asesores de confianza, durante el período de consultas, “con un coste aproximado para la entidad de unos 120.000 euros”.

De los datos económicos presentados por la entidad se desprenderá posteriormente por la Sala, en los fundamentos de derecho, ya lo adelanto, que no se cumplen los dos requisitos previstos en el [RD 1483/2012](#) para que pueda procederse a la extinción de contratos en el sector público. Finalmente, y cual novela por entregas, en la comunicación dirigida por la entidad a la autoridad laboral se le hace saber que la extinción afectará finalmente sólo a 25 trabajadores, “dado que finalmente se han excluido de los mismos a los limpiadores del teatro Principal”, no habiendo ninguna explicación de la razón de la adopción de dicha medida por parte empresarial.

Cabe decir, en fin, que en fundamento de derecho segundo encontramos el contenido de la causa económica alegada por la empresa (que hubiera debido ubicarse a mi parecer en los hechos probados), y nos enteramos que radica “en la disminución de los créditos derivados de las aportaciones que hace el Estado, motivo por el cual ha decidido disminuir el capítulo I de los Presupuestos, referidos al gasto de personal, que es el más elevado de todas las Diputaciones de esta Comunidad, siendo superior al 40 % del Presupuesto, cuando en el resto de las Diputaciones no supera el 25 %”.

B) La Sala pasa revista a cuál es la normativa aplicable, y en efecto se trata, como bien señala, del RD 1483/2012, y más concretamente del título dedicado a los ERES en el sector público, es decir en este caso concreto a una Administración Pública, dictado en desarrollo de la disposición final decimonovena de la Ley 3/2012 y que ha de tomar en consideración la nueva regulación del art. 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#); nueva regulación, nos explica la Sala, que implica la supresión de la autorización

administrativa y la adopción de una decisión unilateral por parte de la empresa y que es revisable en sede judicial, aún cuando se mantiene (referencia obligada a la Directiva de 1998 sobre despidos colectivos) “la necesidad de que se realice un período de consultas con los representantes de los trabajadores en los procedimientos de despido colectivo”.

a) Se procede a examinar en primer lugar los motivos alegados por las partes demandantes que, de ser apreciados, deberían llevar a la declaración de nulidad de los despidos. Se alega en primer lugar discriminación vedada por el art. 14 de la Constitución en la selección del personal afectado, indefinido laboral, argumentando los actores (fundamento de derecho tercero) que dicha decisión fue adoptada por la Administración debido a que constituyen “una anomalía que debe ser corregida”. Quiero pensar en términos jurídicos (aunque no dispongo de los datos necesarios para formular un parecer más fundado) que la Administración incrementó el número de trabajadores por la vía de contrataciones temporales devenidas después en indefinidas (no fijas), bien por la vía de acuerdo, bien por la vía (más frecuente) de resolución judicial que declarase la improcedencia de la extinción de un contrato presuntamente temporal.

El motivo es desestimado por la Sala (y se había manifestado en los mismos términos el Ministerio Fiscal), que se apresta a recordarnos, con cita de doctrina del TS (por cierto, dos sentencias de 1998 y 2003, que con toda seguridad, y esto lo digo yo obviamente, se dictaron en un marco normativo muy distinto del actual) que la decisión de a qué trabajadores les afectará la extinción es “competencia única de la empresa”, e insiste poco después es “atribución exclusiva del empleador”, obviamente revisable si hubiera una actuación contraria a derecho por parte empleadora de “fraude de ley, abuso de derecho o móvil discriminatorio”. Para la Sala el hecho de que la entidad haya primero extinguido los contratos de personal temporal e interino es una prueba de que no se vulnera el principio de igualdad.

A continuación la Sala se explaya en los datos disponibles del caso como son la reducción del número de extinciones desde la propuesta inicial, la no aplicación del ERE a los representantes de los trabajadores (algo, recuerdo por si hubiera alguna duda, que está perfectamente regulado en dicho sentido y que quien presenta un ERE tiene obligación de respetar), al personal con discapacidad (una medida que cabe considerar como acertada a mi parecer), y a quienes “resultan imprescindibles” (decisión organizativa de la empresa pero que no impide en modo alguno que bajo apariencias de imprescindibilidad puede adoptarse decisiones que escondan actuaciones arbitrarias), o cuyo despido “sería antieconómico por estar próxima su jubilación” (decisión organizativa de la empresa, ciertamente, pero que tampoco nos dice nada sobre posibles actuaciones arbitrarias).

De los hechos al derecho, a la fundamentación jurídica, y eso es lo que hace la Sala al decir que “Consecuentemente, aparece justificada la decisión adoptada por el Organismo demandado, pues todos los trabajadores lo han sido al margen de todo móvil contrario a cualquier derecho fundamental”. Insiste la Sala en que se ha respetado la preferencia de los representantes de los trabajadores (imperativo legal, soy pesado pero insisto) y que los únicos que tienen preferencia, y aquí he de darle la razón a la Sala y poner de manifiesto que la enmienda incorporada durante la tramitación de la reforma laboral le ha venido como anillo al dedo al Tribunal, es el personal laboral fijo,

enfatisando la Sala que se trata de una condición jurídica que “tampoco reúne ninguno de los trabajadores despedidos”.

Por fin, respecto a la doctrina del TC sobre la alegación de indicios y traslación de la carga de la prueba a la parte demandada, la Sala analiza la doctrina del TC ya que lo que se ha planteado en el juicio es una vulneración de derechos fundamentales, y llega a la conclusión, con los datos obrantes en autos, que no ha existido una alegación consistente con argumentos, a mi parecer, genéricos sobre los argumentos que califica de genéricos (y no hago juego de palabras) de la demandante, quedándonos sin saber quienes sólo podemos juzgar sobre la sentencia si existieron o no esos indicios, ya que la Sala afirma, y ciertamente encuentra apoyo en el Ministerio fiscal, que los demandantes “hacen referencias genéricas en relación al personal afectado por la extinción, pero sin aportar verdaderos indicios discriminatorios en que la Entidad hubiera incurrido en la extinción...”.

b) Como continuación del apartado anterior en lo relativo a la alegación de nulidad de los despidos, pero ahora desde la perspectiva por las demandantes de un fraude de ley por parte empresarial, por no existir criterios objetivos en la selección de los trabajadores afectados, y por excluir del ERE (sin que, ciertamente, haya datos en los hechos probados que permitan conocer los motivos) a algunos trabajadores indefinidos “en base a unas causas totalmente aleatorias”, la Sala niega también acogida a esta segunda petición de nulidad.

Tras proceder a un examen, o recopilación jurisprudencial, de la doctrina judicial sobre qué debe entenderse por fraude de ley, vuelve a los argumentos ya expuestos con anterioridad, ahora para manifestar que en la selección del personal se han seguido “unos criterios razonables y suficientemente justificados para incluir y excluir a determinados trabajadores...”. La Sala arguye que hubo buena fe por parte empresarial con la búsqueda de mecanismos para reducir el número de extinciones, y que no ha habido prueba alguna por la parte demandante de la existencia del fraude.

Dicho esto, que es lo que dice la Sala, me pregunto cuál es la razón de que no haya ninguna referencia al art. 51.2 de la LET y la obligación de la empresa de explicación de los criterios de selección del personal, ya que este es un requisito que ha sido considerado fundamental en varias de las sentencias que se ha dictado sobre ERES para declarar la nulidad de la decisión extintiva, y hubiera sido no sólo conveniente sino también necesario a mi parecer que existiera una debida argumentación judicial al respecto, argumentación que hubiera podido basarse en la existencia de una documentación entregada por la entidad con ocasión del inicio del período de consultas y en el que se hace referencia (hecho probado segundo) a “Criterios de prioridad de permanencia del personal. En el que se refleja el personal incluido y excluido, dando por reproducido su contenido”. Pero, insisto, más allá de las argumentaciones generales de la Sala sobre la inexistencia de discriminación y de actuación razonada y ajustada a derecho por la parte empresarial nos quedamos sin conocer, por ejemplo, los argumentos para ir reduciendo el número inicial de extinciones (o quizás más exactamente, en relación con las tres últimas extinciones y a qué motivos se han debido).

c) La tercera causa de nulidad alegada versa sobre los presuntos defectos en la tramitación del ERE, con alegación de incumplimiento del art. 51 de la LET y 35.1 c)

del RD 1483/2012 en relación con el número mínimo de trabajadores afectados por un ERE para que deba tramitarse con arreglo al procedimiento de despido colectivo; la superación del período máximo de consultas permitido por la normativa vigente; en fin, no haber dispuesto de toda la documentación que estaba obligada a presentar la empresa durante el período de consultas.

Si en párrafos anteriores he manifestado mi discrepancia jurídica con la Sala, toca hacerlo ahora con los demandantes por la escasa consistencia de las dos primeras argumentaciones. El ERE se tramita como vía colectiva cuando el número de trabajadores afectados concurre al inicio del procedimiento, con independencia de que el número final de afectados se encuentre por debajo de las cifras fijadas en la normativa para diferenciar entre una extinción individual/plural y otra colectiva. Por ello la Sala puede manifestar correctamente que los umbrales mínimos exigidos concurren al inicio del ERE, ya que se presentó una propuesta de extinción de 32 contratos, aunque finalmente quedaron reducidos a 25, y de ahí que no concorra causa formal de nulidad, manifestando la Sala adicionalmente que el “procedimiento colectivo ha ofrecido mayores garantías” (a los afectados). Cuestión distinta ciertamente sería una actuación fraudulenta por parte empresarial de iniciar un ERE con estricto cumplimiento a la normativa vigente pero para obtener un resultado buscado de forma fraudulenta, la extinción de un número inferior de contratos, pero ciertamente se me hace difícil pensar en esta hipótesis cuando el supuesto habitual es justamente el contrario, es decir el intento de evitar la tramitación de una ERE por la vía de extinciones individuales o plurales que en ningún caso superen los umbrales fijados en la LET.

Con respecto a la superación del período máximo de consultas (treinta días) resulta sorprendente la alegación si partimos de los hechos probados y el acuerdo para la suspensión del período vacacional, siendo lógico que la Sala acuda a la tesis de la inconsistencia de tal argumentación ya que es contraria a los propios actos de la parte demandante. Además, no hay obstáculo para que ese período pueda ampliarse, en una interpretación integradora de la norma, si ambas partes lo acuerdan de forma razonable y con el objetivo de alcanzar un acuerdo, y así se han pronunciado la AN y el TSJ de Cataluña, resoluciones judiciales a las que acude el TSJ de Galicia para manifestar que estos es justamente lo que ocurrió en el caso enjuiciado. Por consiguiente, cada parte ha de saber qué efectos puede tener la ampliación del plazo de período de consultas, según haya habido acuerdo o no en la continuación, y actuar en consecuencia jurídica.

Con respecto a la posible falta de documentación, la Sala se remite a las obligaciones que impone el art. 39 del RD 1483/2012 y considera debidamente, “sobradamente”, cumplida por parte empresarial la entrada de la misma, no estimando que la documentación adicional solicitada por la parte trabajadora en el período de consultas deba ser entregada por la empresa, ni ser esencial para la resolución del litigio, por exceder “de la enumerada en el artículo 39 del Reglamento, para los despidos colectivos, por causa económica”. De la lectura de los hechos probados no he sabido encontrar cual era la información adicional solicitada, por lo que no puedo formular consideraciones jurídicas al respecto, en el bien entendido, recuerdo, que la Sala enfatiza que la empresa ha cumplido con todas las obligaciones impuestas por el art. 39 del RD 1483/2012.

C) Por consiguiente, de nulidad de la decisión empresarial, nada de nada según la Sala, y por ello queda cerrada la vía a la reincorporación obligatoria del personal despedido (salvo, obviamente, aceptación de los criterios de los demandantes en un recurso de casación que desconozco si ha sido presentado). Cuestión distinta, y ya lo he anunciado con anterioridad, es que la Sala entre a continuación en el análisis de las argumentaciones sobre el carácter de no ajustado a derecho del ERE por no existir o concurrir la causa económica alegada y valide la tesis de la parte demandante.

En la alegación de esta, tal como se recoge en el fundamento de derecho octavo, se alega que es contradictorio y contrario a derecho que la entidad alegue problemas de tesorería “para pagar el sueldo de trabajadores que llevan más de 20 años en la institución” mientras que contrata a trabajadores durante la tramitación del ERE, considerando (creo que es una reflexión ciertamente jurídica pero que tiene sin duda una indudable connotación social) “absolutamente injustificable que se contraten dos asesores con un costo altísimo para la Entidad...”. Al respecto, [el Presidente de la Diputación, Sr. José Manuel Baltar](#), manifestó poco después de conocer la sentencia que “Son cosas completamente independientes. Esa fue la posición que defendieron los técnicos de la Diputación en la vista correspondiente y es la posición que una vez evaluada la sentencia seguiremos defendiendo”. No será ciertamente esa la tesis de la sentencia, que considera que la medida empresarial no cumple el requisito de proporcionalidad vinculado a la superación de la situación económica negativa, “pues resulta contraria al deber de buena fe, desde el momento en que simultáneamente a la tramitación de un ERE que comportó la extinción de 25 contratos de trabajo, se nombran dos asesores de confianza con un gasto anual aproximado de 120.000 euros”.

La sentencia tiene particular interés, como otras recientes dictadas también en conflictos que afectan al sector público, por deber pronunciarse sobre el concepto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida alegada por la Diputación, consistente en síntesis en la disminución de la aportación estatal, su principal y casi única fuente de ingresos, argumentando que debido al descenso de tales aportaciones “es preciso reducir los gastos de personal del capítulo I del Presupuesto”. La Sala se detiene en el estudio de “qué debe entenderse por situación económica negativa, cuando se trata de entes que pertenecen al sector público”, lógicamente pasa revista a la disposición adicional vigésima de la LET y al art. 35.3 del citado RD. Recuerdo ahora, por su importancia, que la insuficiencia presupuestaria se produce según el RD cuando concurren dos circunstancias de manera conjunta: “a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria”.

De los datos recogidos en los hechos probados, no se producen las dos circunstancias, ya que el presupuesto de la entidad sólo se ha minorado en un 2,81 % en 2012 con respecto al del año anterior, y tampoco se aporta ningún dato sobre posibles desviaciones presupuestarias. Además, queda acreditada una situación de superávit presupuestario de la Diputación, aunque haya derechos pendientes de cobro que se desconoce si van a poder cobrarse, argumentando la Sala con un planteamiento formal

que “mientras esa depuración no se produzca, no pueden excluirse de la contabilidad porque se trata de derechos cuya titularidad corresponde al organismo demandando, y es su obligación el intento de cobranza de los mismos”.

Si no existe déficit presupuestario, al menos formalmente, y no se han minorado los créditos en la cuantía fijada por la normativa aplicable, no concurre la insuficiencia presupuestaria requerida para poder extinguir los contratos de trabajo y por ello no resulta justificada la necesidad de amortización de contratos. Es aquí donde la Sala formula algunas consideraciones adicionales para justificar su tesis y que han merecido especial atención por los medios de comunicación y críticas por parte de la Diputación, ya que le “da consejos” sobre cómo mejorar el uso los recursos económicos de la entidad, ya que no de otra forma puede entenderse la afirmación de que la procedencia de las extinciones sólo sería jurídicamente viable si la situación económica negativa guardara relación con el desajuste de la plantilla, “pero no lo es, y es posible además que con la adopción de otras medidas, como la reducción de las partidas presupuestarias asignadas al Baloncesto o al Fútbol, tal como expuso el Letrado de los trabajadores, quizás se hubieran podido evitar, si no todos, sí un número mucho menor de trabajadores despedidos”.

## **82. Sentencia del TSJ de Galicia de 7 de mayo de 2013.**

Tiene interés la [sentencia dictada por el TSJ de Galicia de 7 de mayo](#), de la fue ponente el magistrado Manuel Domínguez López, en demanda por despido colectivo interpuesta por un delegado de personal, dirigida no sólo contra la empresa para la que prestaba sus servicios y procedió a los despidos, sino también frente a otra empresa y una persona física. En los hechos probados queda debida constancia de la presentación de un ERE por parte la primera empresa (VIGAL) el 20 de noviembre de 2012, por causas económicas, con propuesta de extinción de contratos de los nueve trabajadores que prestaban sus servicios. De las vicisitudes negociadoras, cabe referirse a una reunión inicial del período de consultas entre la empresa, el delegado de personal y otros trabajadores, el 8 de noviembre, en la que se entregó documentación económica del ERE, con posterior entrega de más documentación al delegado en los días 13 y 30 de mismo mes. Consta igualmente la comunicación el 21 de diciembre por parte de la empresa a la autoridad laboral de la finalización del ERE sin acuerdo, habiéndose celebrado una reunión el día anterior con el delegado y otros cinco trabajadores de la empresa, y en ese mismo acto (así lo deduzco del hecho probado octavo) se entrega carta de despido a los trabajadores y se les comunica que, antes las dificultades económicas de la empresa, no puede abonar la indemnización fijada en el art. 53.1 de la LET.

En los fundamentos jurídicos se recoge en primer lugar la petición empresarial de declaración de incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer del litigio, ya que la empresa fue declarada en concurso el 14 de enero. Si nos fijamos en las fechas de aplicación del ERE y de declaración del concurso, y acudimos, como así hace la sentencia, a lo dispuesto en el art. 64.1 de la [Ley Concursal](#), ya sabremos que la respuesta ha de ser negativa, puesto que la declaración del concurso se ha producido con posterioridad a la presentación, tramitación y finalización del ERE en el orden social, correspondiendo en todo caso a la administración concursal la ejecución de la resolución que hubiere recaído en sede social, entendiendo correctamente la sentencia (dado que la ley concursal no ha sido aún modificada para adecuarse al cambio operado



en la normativa de los ERES por la reforma laboral de 2012) que la referencia a la resolución, dictada por la Administración Laboral en la normativa anterior al RDL 3/2012, debe ser sustituida por la mención a la decisión empresarial.

Sobre una hipotética caducidad de la acción ejercida por la parte demandante, la Sala rechaza la tesis empresarial de la validez a efectos del período de cómputo del acta suscrita el 20 de diciembre, en cuanto que no fue firmada por el delegado de personal “y, por lo tanto, no puede entenderse notificada”, enfatizando además con buen criterio a mi entender que la existencia de la firma por sí sola no implica la comunicación de la decisión empresarial, y tampoco queda debida constancia de la comunicación al día siguiente.

Sobre otras razones para oponerse a la extinción, la Sala debe pronunciarse en primer lugar sobre la alegación de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales entre los tres codemandados, así como también después sobre la falta de entrega de documentación suficiente al representante de los trabajadores, la falta de buena fe negocial, y la existencia de carga de trabajo que invalidaría la argumentación empresarial ya que, siempre según la parte demandante y según se recoge en el fundamento jurídico cuarto, “todos los meses se llamaba a trabajadores para trabajar sin comunicarlo a la Seguridad Social y se subcontrataba con otras empresas”.

La Sala procede al estudio del concepto de grupo de empresa (ya adelanto que sobre esta cuestión tiene particular interés la sentencia del TS de 27 de mayo, que será objeto de comentario específico), acudiendo a la doctrina jurisprudencial elaborada al efecto sobre la figura del empresario real y la teoría del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica”. A partir de ese análisis, descarta la existencia del grupo por lo que respecta al empresario persona física codemandada, pues no obstante haber iniciado la actividad empresarial que han continuado después las dos empresas, queda constancia de que el último empleado que aparece en el libro de matrícula es del año 1994 y que, siempre según las pruebas practicadas, su nombre se ha mantenido en el membrete de la empresa que ha presentado el ERE “previsiblemente para mantener la clientela, nombre y crédito comercial” pero sin ninguna implicación adicional en la actividad empresarial de tales empresas.

Por el contrario, los indicios que la jurisprudencia ha definido como necesarios para acreditar la existencia de un grupo de empresa a efectos laborales o patológicos sí se dan entre las dos empresas codemandadas, ya que hay una dirección única, identidad de socios, trabajadores que han prestado sus servicios para ambas de forma indistinta, habiéndose reconocido en juicio que “se les trasvasaba de una a otra para evitar fijeza”, y por consiguiente para la Sala, con buen criterio, se trata “de actuación fraudulenta para violar derechos de los trabajadores”, caja única (como dato significativo cabe indicar que la persona que llevaba la contabilidad de ambas empresas pertenecía a una de ellas, trabajaba en sus instalaciones y cobraba de la misma, pero también llevaba la contabilidad de la otra), e interés económico conjunto, por lo que la Sala concluye con la afirmación de responsabilidad solidaria, y habiéndose presentado la documentación económica de una sola de las empresas procede declarar que no se ha respetado la normativa laboral de aplicación y debe declararse la nulidad de la decisión empresarial (art. 51.2 LET y 124.11 LRJS).

También se incumplido la normativa relativa al período de consultas (“palmariamente” afirma el TSJ) ya que no puede considerarse como tal una reunión inicial y otra de finalización si acuerdo, incumpliendo la empresa la obligación de presentar la documentación económica a la que está legalmente obligada (sin olvidar que hubiera debido presentarse la del grupo), y de ahí que sólo quepa la declaración de nulidad de los despidos y la condena solidaria de las dos empresas demandadas a la readmisión de los trabajadores.

### **83. Sentencia del TSJ de Galicia de 15 de julio de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de Galicia de 15 de julio](#), de la fue ponente el magistrado Manuel Carlos García, se dicta con ocasión de la demanda por despido colectivo interpuesta por el Comité de Empresa de Tecnología y Montajes SA contra dicha empresa, la administración concursal y el FOGASA, solicitando la nulidad de la decisión empresarial de extinguir 36 contratos de los trabajadores del centro de trabajo del Astillero –Navantía Ferrol por causas económicas y productivas. Durante el período de consultas llama la atención que ante la tesis de la parte trabajadora de demandar más de 20 días de salario por año trabajado para poder hablar de la posibilidad del acuerdo, la parte empresarial responde (hecho probado segundo) “que dicha mejora estaría condicionada a la anticipación de la terminación del período de consultas con acuerdo”. El debate se centra sobre la existencia o no de un auténtico período de consultas, es decir “si realmente se cumplió con las exigencias de información y ánimo de solución”. La Sala entiende que sí lo ha habido, partiendo de que el deber de negociar y el respeto al principio de buena fe son predicables de ambas partes negociadoras. Del conjunto de hechos probados la Sala entiende que ha quedado debidamente probada la voluntad negociadora de la empresa y la aportación de los documentos debidos para justificar las causas, y además se apoya en el Informe de la Inspección de Trabajo “que no advirtió a la empresa sobre la falta de documentación obligatoria alguna..”.

Destaco que la Sala critica la argumentación de la demandante sobre la falta de voluntad empresarial de negociar, pero lo cierto es según la tesis antiformalista de la Sala que de los documentos suscritos por ambas partes “no consta tampoco petición alguna por parte de la representación social de dichas medidas alternativas, salvo lo relativo al incremento de la indemnización”, y dado que la parte trabajadora sólo se queja de la ausencia de medidas alternativas en la última sesión y ahí explica sus razones, ello “no es suficiente para imputar a la empresa la actitud fraudulenta alegada al final de las negociaciones”.

### **84. Sentencia del TSJ de Galicia de 20 de diciembre de 2013.**

1. Analizo la [sentencia](#) dictada el 20 de diciembre de 2013 por el TSJ de Galicia, de la que fue ponente la magistrada Pilar Yebra-Pimental. Dicha sentencia se dicta como consecuencia del recurso de suplicación interpuesto por miembros del comité de empresa de Amencer Reciclado SLU contra el auto dictado el 23 de abril por el juzgado de 1ª instancia nº 4 de Ourense, que conoció del concurso solicitado por dicha empresa.

A) De la lectura de los antecedentes de hecho puede conocerse que la empresa solicitó al juez del concurso la adopción de las medidas previstas en el art. 64 de la [Ley 22/2003, concursal](#), del que me interesa recordar ahora el contenido de dos párrafos del apartado 7: “Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará

audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días. El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo”.

Se trata de una empresa que fue declarada en concurso voluntario por auto de 19 de febrero, con petición de extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla, y habiéndose celebrado el período de consultas del procedimiento de despido colectivo sin alcanzarse un acuerdo. En aplicación del art. 64.7 de la LC, el auto de 23 de abril declaró la extinción de los 34 contratos y fijó el montante de la indemnización que debía percibir cada trabajador. Las razones aducidas por la empresa para presentar el concurso pueden leerse en el [enlace adjunto](#), en el que también se vierten duras críticas contra la central sindical CIG.

B) En la sentencia objeto de comentario hay un único fundamento de derecho, si bien de una extensión considerable (cinco páginas y media) en el que se recoge la argumentación de la parte recurrente y la respuesta de la Sala que llevará a su estimación de petición de nulidad del Auto por incumplimiento de las formalidades legales previstas en el marco normativo vigente, ordenando “la retroacción de las actuaciones de la forma que se indica en el último Fº Dª de esta resolución, a fin de que se dicte nueva resolución sobre el fondo, para resolver sobre las cuestiones no resueltas debidamente, con absoluta libertad de criterio”. [La sentencia ha sido valorada muy positivamente por la CIG.](#)

El recurso de suplicación, interpuesto al amparo del art. 193 de la [Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social](#), solicitó la nulidad del Auto por defectos formales que provocaron indefensión a los ahora recurrentes (“a) Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión”), y con carácter subsidiario la declaración de no ser conforme a derecho por inexistencia de las causas aducidas para la tramitación del despido colectivo (“c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia”).

La existencia de defectos formales de especial relevancia que llevan a pedir la nulidad del Auto por vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) se basa en la infracción de los arts. 64.5 y 64.6 de la LC y del art. 28.2 CE (relativo al derecho de huelga pero que aquí se trae a colación por los recurrentes en cuanto que se habría producido la vulneración del derecho a la negociación colectiva). En el art. 64.5 se dispone que “Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras

empresas”, y el art. 64.6 se plasma la obligación de negociar de buena fe durante el período de consultas.

Pues bien, la parte recurrente alegó la existencia de un grupo empresarial, “ya declarado por los juzgados de lo social de Orense” y así lo argumentó durante el período de consultas, sin que en el Auto se formulara ninguna manifestación al respecto. En cuanto a la inexistencia de causa económica, argumentada con carácter subsidiario, se funda tanto en la no veracidad de las tesis empresariales como en la falta de información fundamental que la empresa debió aportar y no lo hizo, poniendo especialmente de manifiesto que “la autoridad laboral informó desfavorablemente el ERE de extinción y afirma que en el expediente no se aportó memoria explicativa de las causas de solicitud de extinción ni la documentación económica financiera..”.

En conclusión, además de los preceptos legales ya mencionados, la parte recurrente solicita la declaración de nulidad por vulneración de otros muchos preceptos, de los que en la sentencia sólo se deja constancia de su cita, sin que podamos saber si hubo mayor alegación en el recurso. Se trata de los arts. 6 y 7 del [Código Civil](#) (sobre el fraude de ley y la exigencia de buena fe), los arts. 51 y 44 de la [LET](#) (relativos a los ERES y la sucesión de empresa), y los arts. 44, 74, 75, 91 y 148 de la LC (relativos a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, los plazos de presentación de los informes de los administradores concursales y su estructura, los créditos con privilegio general y los planes de liquidación de la empresa concursada).

C) Al entrar en el estudio de las alegaciones de la parte recurrente, la sentencia se detiene por razones obvias en la petición de nulidad y estudia con atención la tesis de la existencia de un grupo de empresas que expuso la parte ahora recurrente durante el período objeto de consultas, de la que queda debida y documentada constancia en el informe anexo al acta de la reunión del período de consultas celebrada el 5 de marzo, y a la argumentación de que a pesar de ello “ni la administración concursal ni el juzgado hicieron nada para evitar que el ERE fuera tramitado únicamente respecto de la concursada SL”. La Sala repasa ampliamente la doctrina del TC y del TS sobre el carácter extraordinario de la declaración de nulidad de actuaciones y la necesidad debidamente acreditada de que exista una infracción material y no meramente formal, y afirma de forma contundente que “tal infracción obviamente se ha producido” y ha causado indefensión a la recurrente.

La sentencia es demolidora con respecto a las lagunas o inexistencia de argumentación para dar respuesta a todas las cuestiones suscitadas durante el período de consultas ya que, como he indicado con anterioridad, sólo declara la extinción de las relaciones contractuales y fija las indemnizaciones “por haber quedado acreditada la causa económica” por carecer la empresa de actividad. No da respuesta a las argumentaciones sobre la inexistencia de las causas económicas aducidas y no responde a la argumentación de la existencia de un grupo empresarial que hubiera merecido análisis para determinar o no dicha existencia y, en su caso, su carácter mercantil y/o laboral. Como el único razonamiento jurídico de la sentencia es que la empresa carece de actividad y ello justifica las extinciones contractuales, no se da respuesta a los argumentos de la recurrente y le crea lo que la Sala califica de “evidente indefensión a la parte laboral” por no motivar la resolución.

De forma también muy contundente la Sala plantea que la resolución utilizó un “modelo” en el que se incorporaron únicamente los datos de la empresa concursada para completarlo, ya que no creo que pueda entenderse de otra forma la tesis de la sala de que el Auto “no señala dato alguno que pueda servir de elemento objeto de análisis, comparación o valoración, sino que parece responder a un modelo o comodín de resolución, de aplicación genérica, por lo que no puede servir tampoco a la comprensión de la resolución”.

La utilización de este “modelo o comodín” y no haber entrado en el análisis de los argumentos de la recurrente sobre el grupo de empresa y la posibilidad de resolverse el conflicto de forma diferente, llevan a concluir a la Sala que ha existido tanto falta de motivación como incongruencia omisiva, y por ello la declaración de nulidad y la retroacción de las actuaciones ha de posibilitar que el nuevo Auto que dicte el Juzgado se pronuncie sobre todas las cuestiones antes referenciadas, es decir, “que se justifique por el juzgado de instancia la concurrencia de las causas de extinción colectiva (además del exclusivo dato que se aporta de carencia de actividad), así como permitir que se aporte documentación relativa a la existencia del grupo de empresas, siguiendo el expediente hasta dictar un nuevo auto motivado que resuelva las cuestiones que esta Sala ha precisado en este Fundamento de derecho”.

### **XIII. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA.**

#### **85. Sentencia del TSJ de La Rioja de 9 de mayo de 2.013.**

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja ha dictado una interesante [sentencia](#) el 9 de mayo de 2013, de la que ha sido ponente el magistrado Miguel Azagra, resolviendo un recurso de suplicación interpuesto por la empresa Radio Rioja S.A contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de La Rioja de 26 de diciembre de 2012, con ocasión de la extinción del contrato de una trabajadora por causas objetivas al amparo del art. 52 c) de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), basado, según recoge el hecho probado cuarto, “en causa económicas, organizativas y de producción”. La sentencia declaró la improcedencia del despido y ordenó a la empresa la readmisión o indemnización de la persona afectada.

Para la mejor comprensión del supuesto analizado, es necesario explicar que el momento de la extinción del contrato se produjo con carta de 14 de julio y efectos a partir del 29, y que la empresa había pactado un expediente de regulación de empleo de reducción de jornada con la representación del personal, desde el 1 de abril al 31 de diciembre de 2012, si bien (hecho probado sexto) “se levantó el 21 de junio de 2012”.

El recurso se articula alrededor de la infracción del art. 52 c) de la LET en relación con el art. 51.1 de la misma norma, es decir la relación entre el despido individual y el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A los efectos de mi comentario quiero destacar la tesis de la recurrente, recogida en el hecho probado tercero, de que las circunstancias tenidas en consideración para despedir a la trabajadora “difieren de aquellas que viabilizaron un ERE suspensivo previo que también afectó a la demandante”. Dado que los hechos probados en la sentencia de instancia no han sido recurridos, la Sala parte de los mismos para, tras el estudio jurídico del caso, concluir con la desestimación del recurso.

La juzgadora de instancia argumentó que es posible un despido por causas objetivas incluso durante un ERE suspensivo si las circunstancias alegadas por la empresa así lo justifican, tesis también aceptada por la Sala, y ya ha habido pronunciamientos de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y de otros TSJ en el mismo sentido, ya que la presentación de aquel no implica necesariamente que la situación de la empresa mejore, por lo que incluso durante su vigencia “pueden aplicarse nuevas medidas de carácter individual si la situación económica del mercado o la financiera de la empresa continúa evolucionando negativamente”. Pero, realizada esta afirmación general, tanto en instancia como en suplicación se afirma que existiendo un ERE deberán valorarse todos los datos disponibles para saber si hay una variación que justifique la decisión empresarial y que sea jurídicamente razonable (principio de razonabilidad). En tal sentido, el juzgado de lo social entiende que no es así, habiendo quedado probado a su parecer que “ni concurren causas distintas que legitimen la decisión empresarial distintas a las que permitieron el ERE suspensivo, ni se ha acreditado una variación en las circunstancias tenidas en cuenta por la empresa para justificar la suspensión, que permitan fundamentar el despido de la demandante”.

Frente a la argumentación de la recurrente de que la sentencia de instancia sólo ha prestado atención a las causas económicas y no a las organizativas y de producción también alegadas para despedir al trabajador, y siempre partiendo de los inalterados hechos probados, la Sala coincide con el juzgado en que la generalidad de la justificación (la amortización del puesto de trabajo de la emisora “40 principales” a consecuencia de la automatización de tareas) no pasa el filtro de razonabilidad de la medida, entre otros motivos expuestos en la sentencia de instancia, y que deseo destacar, porque no ha quedado probado “que la supuesta reorganización empresarial haya vaciado de contenido el puesto de trabajo de la demandante”. Con respecto a las causas productivas nuevamente la generalidad de la argumentación lleva a la sentencia a su desestimación, por no haber mayor concreción referente a la empresa (y aquí la sentencia de instancia ratificada por el Tribunal se aparta de otras sentencias, por ejemplo, de la AN que sí han aceptado el conocimiento general de la situación de crisis de un sector como el de la construcción como causa del ERE, bien es cierto que referido fundamentalmente a las causas económicas) en la afirmación del “aumento exponencial de la competencia en el sector de la radiodifusión, así como la entrada de nuevos canales que hacen que la tarta publicitaria haya de repartirse entre más intervinientes”.

¿Hubiera sido posible la extinción si hubieran cambiado las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción desde que se aprobó el ERE suspensivo, y hubieran sido debidamente probadas? Ya he dicho que esta es la tesis de instancia y del Tribunal, con el añadido importante, y restrictivo para la aceptación de la decisión empresarial, de que las modificaciones fueran relevantes, valorándose aún más que se trataba de una medida que debía apartarse con fundamento de causa de un ERE pactado, es decir con acuerdo con la representación del personal, ya que de no ser así, la decisión extintiva de la empresa “viene a desconocer el alcance de lo convenido”.

Bastante más dudosa en cuanto a su fundamentación legal me parece la tesis apuntada por la Sala de que la decisión extintiva hubiera sido viable si en el ERE “se anunciara ya esa extinción”. Quiero pensar que la Sala apunta la viabilidad de la medida extintiva, para uno o más despidos objetivos individuales no sólo si así se hace constar su posibilidad en el ERE sino también cuando concurren las causas, porque no importa que

se pacte tal posibilidad si finalmente no concurren la o las causas que puedan justificar la adopción de la medida.

Hecha esta puntualización, y volviendo al litigio concreto, de los hechos probado de instancia se comprueba que los datos económicos aportados por la empresa en la carta de despido objetivo no permiten demostrar que se haya producido una situación sobrevenida que altere la situación económica que había llevado poco antes a la aprobación de un ERE suspensivo en el que estaba incluida la trabajadora, o por decirlo con las propias palabras de la sentencia del TSJ que se remite a la del juzgado, “ni la evolución ni la situación del mercado, ni las medidas adoptadas para gestionar la situación por parte de la empresa ni, por supuesto, su situación económica varían esencialmente, lo que, por otra parte, resulta comprensible a la vista del escaso lapso de tiempo transcurrido entre las dos decisiones”, añadiendo por mi parte que la tesis del juzgado es muy coherente en su decisión estimatoria de la demanda si además queda probado, como así fue, que la memoria justificativa del ERE de reducción de jornada mantenía “especial coincidencia con el contenido de la carta de cese remitido a la trabajadora”.

#### **XIV. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.**

##### **86. Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012.**

La [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo](#) también declara la nulidad del despido colectivo efectuado, alegando entre otros motivos el incumplimiento por la empresa de la documentación que debe presentarse, ya que “la empresa no ha cumplido en forma alguna con el procedimiento exigible: a) por notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en sus causas como en la exposición de la situación que la justifica, limitándose a una mera alegación y descripción general; y b) por falta de acompañamiento de la documentación obligatoria que a la misma debe acompañar en orden a acreditar la razonabilidad de una decisión tan drástica como es el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa”. Es importante destacar que además de la normativa estatal y europea ya citada en la sentencia del TSJ de Cataluña, ahora hay también referencias al RD 801/2011 y al [Convenio número158 de la OIT sobre extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador](#). Dicho sea incidentalmente, también debe destacarse la crítica jurídica de la sentencia sobre la falta de actitud negociadora por parte de la empresa, ya que “quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia, porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones ni ofrece opciones”.

##### **87. Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de junio de 2012.**

En la sentencia de [11 de junio, del TSJ de Madrid, número de recurso 22/2012](#). Destaca sus críticas a la argumentación empresarial del ERE por causas organizativas, técnicas o de producción, ya que la empresa omite las obligaciones legales porque “se ha limitado a la aportación de la memoria explicativa pero sin presentar informe técnico alguno sobre las circunstancias alegadas y su influencia en la reducción de puestos de trabajo”. Igualmente, es interesante su cuidado análisis del concepto de grupo empresarial a efectos laborales según la jurisprudencia del TS (funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo, común o simultánea, en varias de las empresas del grupo; creación de empresas aparentes sin

sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; confusión de plantillas; confusión de patrimonios; apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección) para llegar a concluir en su existencia en el supuesto enjuiciado; en fin, la aceptación de la causa económica alegada por la empresa, por quedar debidamente acreditada la situación del grupo “de pérdidas económicas graves y continuadas, y un descenso de ventas constantes en los últimos ejercicios”.

No obstante, la sentencia estima la demanda por la existencia de un pacto recogido en un ERE anteriormente presentado, y que afectaba al período comprendido entre el 1 de mayo de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, en el que se disponía que “la empresa se compromete y obliga a la no realización de despidos de carácter objetivo por causas económicas o de producción durante el período de vigencia del expediente”. La Sala entiende que el período es de aplicación con carácter general, y que no afecta la fecha en que se haya aplicado el ERE a cada trabajador en su caso, argumentando que ese pacto fue el que llevó a la representación de los trabajadores a la aceptación en su momento del ERE suspensivo, y que romper ese pacto, o dicho en términos más jurídicos desvincularse de la obligación, “resulta contrario a las reglas de la buena fe... atacando así la confianza suscitada en la parte social por los propios actos de la empresa”.

Para la Sala, y esta es la argumentación jurídica más relevante de la sentencia a mi parecer, la literalidad de los términos empleados, y el contenido de otras cláusulas, lleva a entender que el período de vigencia del anterior ERE finaliza, para todos los trabajadores, el 31 de diciembre de 2012, ya que “el punto 7 se refiere a un período único, que es el total, no a los distintos períodos en que cada uno de los trabajadores se halla en situación de suspensión contractual”.

#### **88. Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de junio de 2012.**

La [sentencia del TSJ de Madrid de 22 de junio, en el recurso número 20/2012](#), requiere de menor comentario en atención a la actuación, o más correcto es decir a la falta de actuación, de la empresa, ya que en los hechos probados se expone que esta no aportó a la representación de los trabajadores la documentación acreditativa que pudiera justificar la presentación del expediente, y que en el escrito de comunicación individual de la extinción a los trabajadores afectados tampoco expresó la causa ni puso a su disposición la indemnización legal.

Por consiguiente, la Sala entiende que se vulnera la normativa estatal vigente (art. 51 de la LET y RD 801/2011), la de la UE (Directiva 98/59/CE) y la doctrina jurisprudencial del TS sobre la obligación de negociar de buena fe y el deber empresarial de facilitar las adecuadas herramientas de información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores en el proceso de consultas. No ha existido ningún tipo de negociación por parte de la empresa, y la Sala se remite a la primera sentencia que dictó sobre un ERE tras la entrada en vigor de la reforma laboral, de 30 de mayo, para concluir que la postura pasiva e inamovible de la empresa “no constituye una negociación, un proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas”. Además, se daba la circunstancia adicional en el caso enjuiciado de que la empresa procedía a la extinción de contratos de trabajadores de más de 50 años y no aportó tampoco ninguna medida o propuesta que



permitiera atenuar o moderar la difícil situación en que iban a encontrarse estos en pocas fechas.

### **89. Sentencia del TSJ de Madrid de 25 de junio de 2.012.**

Mucho más compleja es la [sentencia del TSJ de 25 de junio, en el recurso número 21/2012](#), con debate sobre el despido de 85 trabajadores por la disminución de la demanda del producto fabricado por la empresa y su impacto sobre el empleo, en la que se plantean cuestiones semejantes a las de las anteriores y también hay un amplio debate sobre los criterios de fijación de cuáles son los trabajadores afectados, que según consta en los hechos probados era “un criterio de idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando”. La sentencia opera con la normativa vigente, incluida la Orden EE/487/2012, de la que afirma que se trata simplemente de “una interpretación auténtica” de aquello que permanece vigente del RD 801/2011 tras la entrada en vigor de la reforma laboral con el RDL 3/2012.

El interés de la sentencia radica en primer lugar, dado el amplio número de empresas demandadas en su estudio, y no sólo del caso concreto sino también desde una perspectiva de análisis jurídico general, de saber si estamos en presencia o no “de un auténtico grupo empresarial a efectos laborales y, por ende, susceptible de que las sociedades que lo integran hayan de responder, solidariamente entre sí, de las obligaciones laborales nacidas de los contratos de trabajo del personal a su servicio”, concluyendo tras un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TS que sí existe en el caso enjuiciado ya que se dan las notas definidas por la misma de confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, y por ello se trata de “una única unidad de imputación en punto a hacer frente a las responsabilidades que derivan de los contratos de trabajo de quienes prestan servicios por su cuenta y orden”.

Desde el plano, ahora, del cumplimiento de los requisitos formales durante la tramitación del período de consultas, la sentencia destaca el incumplimiento de varios que llevan a aparejada la nulidad del despido, entre ellos, y no menos importante, el de la fijación del “período previsto para la realización de los despidos”, que no se cumple diciendo simplemente que se llevarán a cabo “a partir del 30 de marzo”.

La falta de concreción de los criterios para proceder a la selección de los trabajadores afectados es también criticada jurídicamente en la sentencia con una manifestación obiter dicta que creo válida para cualquier litigio judicial futuro sobre ERES: “una cosa es que el legislador haya flexibilizado las medidas tendentes a conseguir que las empresas adapten más fácilmente su plantilla a la situación económica por la que atraviesan si esta se vuelve negativa, o bien a las necesidades sobrevenidas debido a determinadas causas técnicas, organizativas o de producción, y otra, bien dispar, que para ello no tenga que someterse a unos requisitos mínimos, entre los que, en clave procedimental, se encuentra el de especificar debidamente los criterios para la designación del personal afectado, lo que en este caso no se hizo”.

Con rigurosidad jurídica, la sentencia pasa revista a la normativa sobre el período de consultas y su finalidad según la normativa internacional y europea, poniendo de manifiesto que no se respeta cuando no es hasta un día antes de finalizar el preceptivo

período consultivo cuando se presenta un importante informe técnico por parte de la empresa, o cuando buena parte de la restante documentación se presenta sólo ocho días antes de la finalización, dado que el llamado “efecto útil” de la normativa europea, en doctrina del TJUE, no se respeta en modo alguno.

#### **90. Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de junio de 2.012.**

La sentencia de 22 de junio, [La primera \(Recurso 19/2012\)](#), versa sobre la extinción de la totalidad de los contratos de la plantilla, un total de 31, en una empresa de transporte y con alegación de causas económicas, habiéndose celebrado tres reuniones entre la representación de la empresa y la comisión “ad hoc” de la plantilla antes de dar por finalizado sin acuerdo el período de consultas. En los hechos probados se efectúa una amplia referencia al Informe de la Inspección de Trabajo, en el que se afirma que no ha quedado acreditado que el período de consultas “haya versado sobre la manera de atenuar sus consecuencias” (del ERE), y que las razones económicas aducidas por la empresa, que trabaja para un solo cliente y que también presentó, en la misma fecha que esta, un ERE para todo su personal, no cuentan con el apoyo documental requerido por la normativa vigente. Igualmente, y en estrecha relación con lo anterior, en otro hecho probado se expone por la Sala que la empresa no ha aportado durante el período de consultas la documentación contable “a que hace referencia en su memoria explicativa”, ni cuentas cerradas, auditadas y depositadas de los ejercicios 2009 y 2010, ni balance y cuenta de pérdidas y ganancias de 2011.

Ante esta situación, la Sala entiende que se ha vulnerado el art. 51.2 de la LET y el art. 6 del RD 801/2011, por no haber cumplido la empresa con las obligaciones fijadas en las normas de aportar la documentación que acredite fehacientemente todo aquello que alega en la memoria explicativa de la situación económica y que lleva a la empresa “al pleno convencimiento de la inviabilidad del proyecto empresarial y, asimismo, de la necesidad perentoria e inmediata de proceder, mediante despido colectivo, a la regulación de la totalidad del empleo de la empresa”. Por el contrario, desestima la petición de la parte demandante de la existencia de un grupo de empresas y la consiguiente condena solidaria de ambas tras examinar si concurren o no los requisitos requeridos por el TS para definir la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, afirmando que sólo consta que las dos empresas tienen un domicilio común y un administrador común, y que la empresa para la que prestaban servicios los demandantes sólo trabajaba para la empresa de la que se pide la responsabilidad solidaria, pero no se aportan pruebas que permitan deducir la existencia de esa actuación conjunta en el ámbito laboral. Incluso, hay una crítica a la parte demandante sobre la documentación aportada, que ni tan siquiera permite a la Sala poder afirmar que se esté ante un grupo de empresas a efectos mercantiles, ya que no se aportó por la parte actora “ni siquiera una copia simple de las certificaciones registrales de ambas sociedades...”.

#### **91. Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de junio de 2.012.**

[La segunda sentencia del TSJ de Madrid se dicta en el recurso 20/2012](#) y versa sobre la impugnación del ERE presentado por la empresa para la totalidad de la plantilla por problemas de naturaleza económica que se expone en la memoria explicativa presentada. En los hechos probados se recoge que la empresa no ha presentado la documentación a que está legalmente obligada para justificar la causa del ERE a la representación de los trabajadores, y que tampoco formuló propuesta alguna de plan de

acompañamiento para los trabajadores mayores de 50 años afectados por el ERE, y que en la comunicación individual de despido a cada trabajador no se expresó su causa ni tampoco se puso a su disposición la indemnización legal. El incumplimiento fue reiterado ante la autoridad judicial en las dos ocasiones en que la Sala pidió que se le aportara la documentación y las actas del período de consultas, completando la empresa su actuación al margen de la legalidad con la no comparecencia al acto de la vista.

Ante este “panorama”, no es de extrañar, lógicamente, que la Sala, tras exponer los preceptos que son de aplicación al litigio, los art. 5.1 2 de la LET, art. 6 del RD 801/2011 y el art. 2.3 de la [Directiva 1998/59/CEE](#), llegue a la conclusión de actuación contraria a derecho de la empresa. Es especialmente interesante el fundamento jurídico cuarto, en el que la Sala destaca la importancia jurídica que tiene la transmisión de la información a la representación del personal, considerándola, con apoyo en la [sentencia de 18 de enero de este año del TS \(Rec 139/2011\)](#) “un requisito constitutivo para la acción sindical”, por lo que la falta de información “afecta a la libertad sindical”. La actuación de la empresa “es un incumplimiento flagrante del procedimiento establecido”, no perdiendo la oportunidad la Sala para afirmar la importancia que tiene la correcta transmisión de la información para el control judicial de la incidencia de las causas en el funcionamiento de la empresa, así como también, y aquí la Sala se reafirma, de forma indirecta, en la obligación empresarial de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en su decisión, “la suficiencia de la medida, que habrá de relacionarse necesariamente con su intensidad en el funcionamiento de la empresa, ya que no es posible admitir que la intensidad sea irrelevante”. En fin, la actuación pasiva de la empresa en el período de consultas vulnera igualmente la normativa estatal y europea sobre cómo han de actuar las partes durante el mismo, reiterando su tesis expuesta en la sentencia de 30 de mayo de que la postura pasiva e inamovible “no constituye una negociación, un proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas”.

## **92. Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2.012.**

La sentencia, dictada el [11 de julio por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid](#), realiza un análisis exhaustivo de los requisitos que una empresa debe cumplir para presentar un (ERE) con arreglo al nuevo marco legal, y destaca dos claras y contundentes afirmaciones. Para el TSJ “no hay causa económica que ampare la destrucción de empleo cuando la misma sólo se base en la conveniencia empresarial de obtención de un mayor beneficio y no en pérdidas, presentes o futuras, o en decrecimiento evidente de ingresos que dificulten sus sostenibilidad futura”; para el tribunal, los ERES “no son ni deben ser un medio destrucción de trabajo para generar más riqueza y beneficio al empresario que no está en crisis ni tiene dificultades reales acreditadas y objetivas, pues ello perjudica no sólo a los trabajadores y a la sociedad sino al resto del tejido empresarial realmente necesitado de acudir a medidas de crisis de tan alto impacto humano y social.”

## **93. Sentencia del TSJ de Madrid de 25 de julio de 2.012.**

La [sentencia de 25 de julio](#) plantea una interesante cuestión jurídica que hasta ahora no se había suscitado en sede judicial, y cobra particular importancia al tratarse de la primera resolución judicial que aborda la cuestión del despido colectivo por centros de trabajo o únicamente por empresa tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 6 de julio,

de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La tesis de la sentencia se recoge con todo detalle en su fundamento jurídico cuarto y se basa esencialmente en tres argumentos:

A) En primer lugar que ni la [Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio](#), ni el artículo 51.2 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), contemplan que la tramitación de un ERE pueda hacerse por centros de trabajo, y de ahí concluyen que ambas normas apuestan “por un proceso único, con resultado homogéneo para la totalidad de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial” y que no cabe negociar de forma separada en cada centro de trabajo afectado. Con esta tesis, el siguiente paso dado por la sentencia es considerar que el RD 801/2011 de 10 de junio, que regula el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, ha ido más allá de lo permitido por la ley (ultra vires) y que no es conforme a derecho el artículo 11.2 que permita la creación de comisiones negociadoras en los distintos centros de trabajo afectados, y la posterior tramitación y resolución del ERE.

B) En segundo lugar, y aquí se centra el mayor interés de la sentencia a mi parecer, la AN entiende que la nueva redacción del art. 124 de la LRJS, que regula la modalidad procesal de “Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor” sólo permite la impugnación del despido colectivo “en su conjunto”, aduciendo la importancia jurídica, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, de los apartados 3 y 13 del citado precepto, en cuanto que la sentencia dictada en proceso de impugnación colectiva del despido “posee efecto de cosa juzgada respecto de los procesos individuales”. Para la Sala de lo Social, la razón de posibles soluciones diferentes, en razón de la presentación de ERES en distintos centros de trabajo, radicaba en que se trataba de un procedimiento administrativo que finalizaba con resolución estimatoria o no de la autoridad administrativa laboral, resolución que ha desaparecido en la nueva regulación de los ERES.

C) Por último, y reconociendo la Sala que se trata de “un elemento adicional”, afirma que la peculiar Orden de 8 de marzo que dispone qué artículos del RD 801/2011 siguen vigentes tras el RDL 3/2012, no incluye entre estos a los artículos 14.4 y 15.2, disponiendo este último que “En el caso de expedientes de regulación de empleo que afecten a dos o más centros de trabajo, la estimación en parte podrá referirse a un centro de trabajo determinado... “.

#### **94. Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2012.**

La [sentencia del TSJ de Madrid de 14 de septiembre](#) versa sobre un aspecto formal concreto, qué debe entenderse por notificación del despido colectivo y cómo debe llevarse a cabo, con un amplio y detallado esfuerzo de argumentación tanto por la sentencia, que estima la demanda interpuesta y declara la nulidad de los despidos, como por el voto particular que considera que del conjunto de las actuaciones, y muy en especial del acta final del período de consultas, queda debidamente acreditada dicha notificación. El caso, además, tiene particular interés, por tratarse de una sociedad pública de alquiler que se encontraba en período de liquidación y a la que es de aplicación la [Orden HAP/583/2012 de 20 de marzo](#), por la que se da publicidad al acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo por el que se aprueba el “plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial”. Recuerdo en primer lugar, brevemente, algunas notas de esta Orden.

En la introducción del Acuerdo se explica que “Como una pieza más de las medidas estructurales y coyunturales que el Gobierno está adoptando para crear un entorno económico favorable y reducir los desequilibrios fiscales, es conveniente abordar de forma decidida la reducción y el saneamiento del sector público empresarial y fundacional”, una medida más, según el Gobierno, que forma parte del “conjunto de reformas estructurales orientadas al retorno a una senda de crecimiento y de empleo apoyada en la actividad privada, y la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Constitución española”. El apartado más relevante del acuerdo por lo que afecta al impacto de la reforma laboral, sobre la “reestructuración y racionalización del sector público empresarial”, el quinto se dedica de manera concreta y específica a las medidas laborales que se adopten “en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento”, las cuales parece ser, siempre según la redacción del texto, que significarán la extinción de relaciones laborales, ya que “se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”.

Por consiguiente, por una vía indirecta, se crea una nueva causa de extinción de las relaciones laborales del personal laboral de las empresas del sector público estatal) en las que van a operarse cambios jurídicos y que están recogidas en el anexo del Acuerdo, o si se quiere decir de otra forma, se concreta que la decisión política de reestructurar y racionalizar el sector público empresarial, y su obligada concreción por las sociedades afectadas, es un supuesto posible de extinción de las relaciones laborales de los trabajadores de las empresas afectadas por cualquiera de las causas listadas en la citada disposición adicional segunda del RDL. El apartado quinto también impacta de otra manera en las relaciones laborales de las empresas afectadas, ya que las decisiones que se adopten no podrán significar “incremento alguno de la masa salarial en las entidades afectadas”. En fin, con el objetivo de evitar, supongo, que el personal laboral afectado por el acuerdo pudiera alterar su estatus jurídico en la empresa a la que se incorpore, por una vía indirecta, se dispone que en los procesos de integración que se lleven a cabo “habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la [ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público](#), cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica”.

Vuelvo a la sentencia. El litigio se centra, como he dicho, en la existencia o no de comunicación a la representación de los trabajadores de los despidos decididos por la empresa. En el antecedente de hecho vigésimo sexto se expone que tras finalizar sin acuerdo el período de consultas el día 29 de junio de 2012, “la parte demandada en ningún momento notificó formal y fehacientemente a los representantes de los trabajadores su decisión de extinguir los contratos de todos los trabajadores de la plantilla, así como tampoco las condiciones del despido colectivo”, notificación que sí formalizó de manera individual a cada uno de los trabajadores afectados el día 6 de julio. Con apoyo en la normativa vigente y en el diccionario de la RAE sobre la definición de notificar, la Sala concluye que no se ha producido dicha comunicación, y que no puede subsanarse por “una cualquiera de las actuaciones habidas durante la fase previa de negociación con la representación legal de los trabajadores”. En apoyo de esta tesis, la Sala trae a colación la [sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 27 de enero de 2005 \(Asunto C-188/03\)](#) para defender que debe haber una notificación expresa por la parte empresarial a la representación de los trabajadores de la adopción de la

extinción. Para la Sala, o más exactamente la mayoría, “de ningún modo puede entenderse equivalente a la notificación a la representación legal de los trabajadores de la decisión final de despido colectivo y las condiciones del mismo, presupuesto al que hace meritos el artículo 51.2 del Estatuto laboral, lo que pueda haberse plasmado en el acta final del período de consultas sin acuerdo....”.

La notificación es considerada un presupuesto constitutivo de la extinción, no aceptando la mayoría de la Sala que pueda entenderse producida dicha comunicación, aún a pesar de la flexibilidad que impregna la reforma laboral, con “la simple constancia de que el período de consultas ha terminado sin acuerdo, y de que se hace entrega a los representantes de los trabajadores del plan de recolocación y acompañamiento social, uniéndose asimismo al acta la lista definitiva de los trabajadores afectados”. Siendo consciente la Sala de que estamos en presencia de extinciones en el sector público, afirma con claridad que la única diferencia respecto a aquello que puede darse en el sector privado es “la propia materialidad de la causa económica alegada”, pero no “en el procedimiento necesario para tramitar su despido colectivo”.

Por lo demás, y conviene destacarlo ya que, lógicamente, la subsanación del incumplimiento formal por la empresa llevará a que nuevamente, si se impugnan los despidos, la Sala vuelva a pronunciarse sobre el conflicto, se desestiman los argumentos “de fondo” de la parte demandante, destacando la clara afirmación de que en el supuesto objeto de atención “consta demostrada la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente que afecta a la mercantil demandada y sirve, en suma, de fundamento a la causa económica alegada”.

Lógicamente, el voto particular va en dirección contraria, utilizando también en apoyo de sus tesis la doctrina del TJUE y el diccionario de la RAE, pero poniendo especial atención en los apartados 2 y 4 del art. 51 de la LET, para defender que la comunicación a los representantes de los trabajadores “no está sujeta a ningún formalismo especial, siempre que conste la decisión final del despido y sus condiciones”, insistiendo el voto particular, al examinar la sentencia citada del TJUE que “una cosa es la inobservancia de este requisito (comunicación) y otra exigirle unos formalismos enervantes no previstos ni literal ni teleológicamente”. El voto particular entiende que la empresa cumplió escrupulosamente la normativa cuando tras finalizar el período de consultas “reiteró la decisión extintiva y entregó por escrito la lista nominal de trabajadores afectados, excluyendo sólo casos singulares debidamente justificados”. Será interesante conocer el criterio del TS si llega a pronunciarse en alguna sentencia sobre la cuestión que acabo de analizar.

## **95. Sentencia del TSJ de Madrid de 8 de enero de 2.013.**

Trato de la sentencia [dictada por el TSJ de Justicia de Madrid el pasado 8 de enero en el ERE presentado por la empresa Promotora de Informaciones SA \(PRISA\) de extinción de contratos de 24 trabajadores.](#) Tiene importancia que radica en el reconocimiento del valor jurídico de los pactos de empresa y de su obligado respeto por parte de la empresa en el momento de aplicación del ERE y en concreto de las indemnizaciones a abonar a los trabajadores afectados, más cuantiosas en el pacto de empresa que en la decisión adoptada por la empresa en el ERE.

Desde el plano del conocimiento de la realidad del grupo PRISA, la sentencia tiene un indudable interés, y comprendo perfectamente que la Sala no haya respetado el plazo para dictar sentencia “debido a la complejidad del asunto”, porque permite conocer toda las actividades del grupo y sus cuatro grandes áreas de negocio: “Educación/editorial, prensa, radio, audiovisual, estructura que se completa con dos unidades de negocio, Digital y PBS, que operan transversalmente en todas las áreas”.

Las razones aducidas para la presentación del ERE fueron de índole económica y organizativa, y guardan relación con el “deterioro comercial y económico del Grupo PRISA” que afecta directamente a la empresa que ha presentado el ERE. En los hechos probados hay una excelente y exhaustiva descripción de todo el proceso negociador desde la comunicación por parte de la empresa del inicio del ERE el 3 de septiembre, la documentación presentada, las reuniones de las partes y la falta de acuerdo final. Dado el cuidado análisis de los problemas económicos alegados por la empresa, vinculados a los del grupo, no me resisto a reproducir un párrafo del hecho probado decimonoveno que no afecta directamente a la resolución del litigio ahora objeto de comentario pero sí que puede tener incidencia en otros frentes abiertos en sede judicial, como el despido de 129 trabajadores de El País, y que además pone de manifiesto las diferencias abismales existentes entre el salario de los trabajadores y las retribuciones de los Consejeros Ejecutivos del Grupo, que en 2011 aumentaron más del 160 % con respecto a las de 2010. Dice la sentencia que “Algunos elementos retributivos de los consejeros han tenido incrementos por encima del 337 % (en el caso del bono de referencia para consejeros ejecutivos) (tres) de 4.056.860 en 2011 a 10.566.920 en 2012, estas cifras no incluyen las retribuciones por pertenencia a otros Consejos o alta dirección de sociedades del grupo (cifras obtenidas de página 25, 26, 9 y 10 de informes corporativos a CNMV de 2010, 2011 y 2012, respectivamente)”.

Vuelvo a la dura realidad (para algunos), es decir al ERE, en el que la empresa acordó el abono de la indemnización legalmente establecida, es decir 20 días de salario por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades. Este es el punto de fricción principal, ya que en 2011 se habían firmado acuerdos entre los sindicatos CC OO y UGT y la representación empresarial del grupo, en el marco de un proceso negociador de ajuste de las empresas del grupo a la nueva situación económica, y en concreto los suscritos el 20 de mayo y el 14 de junio en el que las partes acordaron en caso de extinciones contractuales, y entre otros contenidos, “establecer como módulo indemnizatorio de referencia el abono de 45 días por año de servicio con un tope de 42 mensualidades...”. Como cuestión formal que adquiere mucha importancia para la Sala, se destaca la creación el 14 de septiembre de una comisión paritaria de seguimiento de los acuerdos, disponiendo las partes que su funcionamiento durarán todo el tiempo de vigencia de aplicación del Plan del Acuerdo, “y en todo caso hasta el 31 de diciembre de 2012...” (hecho probado vigésimo quinto). En otras empresas del grupo, y tal como se recoge en el hecho vigésimo sexto, los ERES pactados fijaron una indemnización en los términos recogidos en los acuerdos de 20 de mayo y 14 de junio, es decir 45 días por año de servicio y un máximo de 42 mensualidades.

El núcleo del conflicto se centra en la validez de los acuerdos referenciado, adoptados según deja constancia el fundamento de derecho primero en el seno de un plan estratégico de futuro del grupo, “con vigencia, al menos hasta 2015”. Además, la parte demandante alega vulneración del art. 51.2 de la LET sobre incumplimiento de requisitos formales, falta de voluntad negociadora y existencia de mala fe por la

empresa, cuestiones todas ellas que serán rechazadas en la sentencia, sin entrar a conocer de la alegación de inexistencia de causas económicas y organizativas planteadas también por los demandantes, en cuanto que el TSJ sólo se pronunciará sobre la vulneración de los acuerdos de 2011 y su efecto jurídico, rechazando la argumentación de la empresa de que el Acuerdo de 14 de junio y su aplicación al despido colectivo promovido el 3 de septiembre no era aplicable a la empresa ni se encontraba vigente.

La Sala, repito, procede al estudio de la posible infracción del artículo 51.2 de la LET, y del Reglamento 801/2011 (interpretado/modificado por la Orden ESS487/2012). De una forma un tanto confusa a mi parecer, ya que resulta complejo diferenciar el argumentario de la parte demandante con la decisión del TSJ, la sentencia afirma que los miembros de la comisión negociadora ad hoc no tienen la prioridad de permanencia en la empresa de la que disponen los representantes de los trabajadores ex art. 68 b) de la LET, que la comunicación a los representantes de los trabajadores no exige la expresión formal de la causa de despido, “porque las causas y motivos en el que el empresario ampara su decisión ya han sido puestas de manifiesto y analizadas en el período de consultas” (con una argumentación basada en una interpretación literal del art. 51.2 de la LET que no estoy precisamente seguro de que sea que corresponde a una interpretación de la norma basada en la utilización conjunta de los criterios fijados en el art. 3.1 del Código Civil, ni en los de la Directiva de 1998 de la UE), y que la documentación entregada durante el período de consultas se ajustó a la legalidad.

La sentencia acepta la tesis de la parte demandante sobre la validez y aplicación de los pactos objeto de litigio, poniendo de manifiesto que tienen la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo y que vinculan a todos los trabajadores y empresas incluidos en su ámbito de aplicación durante el período de vigencia, poniendo de manifiesto que los pactos estaba vigentes cuando se presentó el ERE, rechazando la argumentación de la empresa respecto a la pérdida de su vigencia, y también a su inaplicación por la alteración de las condiciones sobre las que se basó el acuerdo, es decir la cláusula “rebus sic stantibus”, ya que los propios pactos preveían las adaptaciones necesarias en caso de alteración de las condiciones pactadas. Por ello, la Sala acuerda estimar en parte la demanda y fija que la indemnización a abonar a los trabajadores debe ser la de los acuerdos de 2011 y no la del ERE, sin que acepte la tesis de la parte demandante de que el incumplimiento del acuerdo signifique que la empresa haya actuado de mala fe y que ello implique la nulidad de las actuaciones. En conclusión, se trata de una sentencia que desestima gran parte de los argumentos de la demandante en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de la normativa vigente, y que acepta sólo el incremento de la indemnización en cuanto que sigue vigente un pacto de empresa con el mismo valor jurídico que un convenio colectivo y que afecta obligatoriamente a todas las empresas del grupo.

#### **96. Sentencia del TSJ de Madrid de 25 de marzo de 2.013.**

[La sentencia que motiva este comentario es la dictada el 25 de marzo por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid](#) con ocasión de la demanda interpuesta el 28 de diciembre de 2012 por la representación unitaria de los trabajadores de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid por el despido producido en dicha empresa de la totalidad de sus trabajadores.



He calificado la sentencia de complicada, no por su dificultad respecto al contenido y análisis jurídico propiamente dicho, sino por la diversidad de cuestiones abordadas y una falta de hilo conductor, a mi parecer, que le otorgue una cierta coherencia argumental, pero repito que esta apreciación es obviamente muy subjetiva y sometida a mejor parecer (o a parecer más espabilado) de otros juristas. Mi propósito es centrar la atención en aquel aspecto que considero más relevante de la sentencia, esto es la existencia de “despidos preventivos”, producidos antes de que existiera la causa que justificaría el ERE, y su valoración negativa por la Sala, que declara nulo el despido colectivo efectuado, “con los efectos legales inherentes a tal declaración y condenamos a las demandadas a estar y pasar por esta declaración”.

Como he indicado el litigio se suscita por el despido colectivo de los trabajadores de la APD, ente de derecho público. El origen del conflicto se encuentra en el inicio el 28 de noviembre de los trámites legales previstos por la normativa vigente para la extinción de los contratos por “extinción de la personalidad jurídica del contratante” (art. 49.1 g). Repárese por consiguiente que la empresa no acude a la vida del despido colectivo por ERE, aún cuando la normativa citada remita a la tramitación de aquella extinción a lo dispuesto en el art. 51, con lo que deberá seguirse en cualquier caso idéntica tramitación que si se tratara de un ERE. [En un comunicado del personal de la empresa](#) se explicaba que “El personal laboral de la Agencia es personal laboral fijo, que accedió a sus puestos mediante la superación de distintos procesos selectivos, en algunos casos procedente de la propia administración de la Comunidad de Madrid y con antigüedades que superan los 25 años”, y que “Este proceso de despido colectivo sienta un precedente que abre la puerta al despido de cualquier trabajador laboral fijo de cualquier administración pública”.

El argumento alegado por la empresa para despedir a sus trabajadores era su prevista desaparición a partir del 1 de enero de 2013, fecha en la que tenía previsto (y así efectivamente ocurrió) la (entonces en fase de tramitación parlamentaria) ley autonómica de medidas fiscales y administrativas. Dejo para el estudio de las personas interesadas en la materia la interesante cuestión de si estamos en presencia o no de una sucesión de empresa, de tal manera que los trabajadores no podrían ser despedidos sino que se integrarían en la Comunidad Autónoma, tesis que es la que recoge la sentencia en los fundamentos de derecho decimoprimer y decimosegundo, con remisión a su sentencia de 15 de diciembre de 2011, que reproduce ampliamente, y que cabe deducir de su referencia en el segundo fundamento de derecho citado a que la nulidad del despido debe predicarse “tanto de la APDCM cuanto de la Comunidad de Madrid”. En la comunicación del inicio del ERE la empresa exponía su voluntad de extinguir los contratos el 31 de diciembre de 2012. El período de consultas se celebró de acuerdo a lo previsto en la LET y el RD 1483/2012, finalizando sin acuerdo entre las partes. La decisión de la empresa fue comunicada a la representación de los trabajadores el día 13 de diciembre, justo dos días después de la finalización del período de consultas.

En la justificación de los despidos, la empresa alega que es consciente de que las extinciones se van a producir antes de la entrada en vigor de la ley que regula la desaparición de la APD, y que ello “resulta lógico por la vigencia de las mismas y su proyección sobre un período de tiempo definido”, ya que además la Ley autonómica de presupuestos para 2013, que también entra en vigor el 1 de enero, no preveía crédito alguno para su mantenimiento, por lo que la representación de la empresa considera que “aún siendo algo en principio anómalo, en este caso cobra coherencia el hecho de que la

extinción de contratos sea anterior (un día) a la entrada en vigor de la Ley que decreta su desaparición”.

La parte demandante solicita la declaración de nulidad de la decisión empresarial por no existir fundamentación jurídica y económica alguna para ello, sino sólo la previsión de la desaparición de la empresa, estando pues en presencia de un despido preventivo, algo que reconoce la propia empresa cuando, en la carta de extinción de los contratos, hace saber a los trabajadores afectados que la decisión de despido quedaría sin efecto, es decir habría una renuncia de la empresa a la adopción de la medida, “en el hipotético supuesto de que la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013 no declare finalmente la extinción de la APD” (algo que no se produjo, ya que la APD desaparece a partir del 1 de enero de 2013 por lo dispuesto en la [Ley 8/2012 de 28 de diciembre](#)). En los hechos probados queda constancia, en coherencia con lo explicado con anterioridad, que en el momento de la comunicación de los despidos no existía la causa que los justificaba, la causa alegada, “ya que ni siquiera había finalizado el trámite parlamentario en el Proyecto de Ley en que se basa el despido”.

Además, se alegan otras varias causas de posible nulidad de la decisión empresarial y, subsidiariamente de no conformidad a derecho, siendo especialmente conveniente destacar su argumentación (fundamento de derecho primero) que el despido es en realidad consecuencia de un ERE, es decir que debe acreditarse alguna de las causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) previstas en el art. 51 de la LET, “toda vez que la extinción de la personalidad jurídica del empresario por mera voluntad no es causa objetiva suficiente para la extinción de los mismos”.

Con respecto a esta argumentación, y en el marco de la sentencia que he calificado de “complicada” hemos de llegar al fundamento de derecho noveno para conocer la tesis del Tribunal, en el que se recuerda que la causa en que se basaban los despidos “no existía al tiempo de entregarse las cartas de despido a los trabajadores”, no aceptando la validez de la decisión preventiva empresarial con acogimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (aunque no hay cita expresa de sentencias) de exigencia de la existencia de la causa en el momento en que se efectúa la comunicación por parte empresarial. En cuanto que no existe la causa, condicionada a la aprobación de un proyecto de ley que ciertamente sí se produjo pero que igualmente hubiera podido no producirse (mi memoria histórica, y los años, me llevan a recordar la casi segura aprobación de la Ley de Huelga en el año 1993, a la que sólo le faltaba un trámite en el Senado,... hasta que poco antes de ese día el entonces Presidente del Gobierno, Sr. Felipe González disolvió el Parlamento y convocó elecciones generales), es un argumento adicional para declarar la insuficiencia formal de la tramitación del despido, que llevará aparejada la nulidad de la decisión empresarial, no pudiendo alegarse tampoco la extinción de la personalidad jurídica de la APD, no obstante el esfuerzo realizado por su dirección al comunicar la extinción de los contratos, ya que en el momento de los despidos “todavía no se había producido la extinción de la APDCM”, no siendo conforme a derecho que las extinciones contractuales se produjeran previamente a la extinción de la personalidad jurídica del ente público.

### **97. Sentencia del TSJ de Madrid de 9 de abril de 2.013.**

El martes, 9 de abril, el TSJ de Madrid hizo pública la [sentencia](#) dictada con ocasión de las demandas por impugnación de despidos colectivos interpuestas por la Federación

Regional de Servicios UGT-Madrid, Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC OO, y la Confederación General del Trabajo, contra el Ente Público Radio Televisión Madrid, Televisión Autonomía Madrid SA y Radio Autonomía Madrid SA. Se trata del conflicto conocido más coloquialmente como “el ERE de [Telemadrid](#)”, que supuso el despido por parte de la empresa de 925 trabajadores. El fallo de la sentencia es el siguiente: “declaramos no ajustada a derecho la decisión empresarial de extinción de 925 contratos de trabajo del Ente y sus sociedades, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración”. Recuerdo aquí que a 30 de noviembre de 2012 la plantilla total era de 1161 trabajadores, de los que 967 pertenecían a Televisión Autonomía Madrid.

Mi propósito es apuntar algunos de los contenidos más destacados a mi parecer de esta compleja sentencia de 60 páginas, que el magistrado del TSJ de Catalunya y director de la revista [Jurisdicción Social](#), Miquel Àngel Falguera, ha tenido la amabilidad de enviarme; y digo compleja porque últimamente, y en este caso aún más, los tribunales laborales están teniendo que realizar complicados análisis económicos en sus resoluciones para poder llegar a una conclusión jurídica determinada, tarea de la que están saliendo con buena puntuación a mi entender.

La petición de las demandantes fue la declaración de nulidad de los despidos llevados cabo por el Ente y sus sociedades, y de manera subsidiaria la declaración de que no se ajustaron a derecho. En los hechos probados se pasa revista a la naturaleza jurídica del ente público RTVM y las dos sociedades, de televisión y radio, a través de las que desarrolla su actividad, y queda constancia de cómo se financian, mediante las aportaciones de la Comunidad, la comercialización y venta de productos, y la publicidad. La decisión empresarial de extinguir los contratos guarda relación justamente con la financiación, y más exactamente, por la reducción los ingresos comerciales y de la aportación pública.

En el hecho probado sexto se recoge con claridad la causa objetiva económica de los despidos, concretada en la insuficiencia presupuestaria, “determinada por la reducción de los ingresos comerciales, centrados sobre todo en la sociedad de Radio Televisión Madrid y de las partidas públicas con la que se financia el Ente, teniendo en cuenta que además presenta, como gasto asumido, un alto grado de endeudamiento con entidades financieras, a las que ha acudido en los últimos años como consecuencia de superar sistemáticamente, los ingresos con gastos no previstos en el presupuesto”. De los datos recogidos en la sentencia cabe destacar la reducción de 79 a casi 71 millones de euros de la aportación pública al presupuesto de 2012 a 2013, y la previsión de ingresos por publicidad para este año de 15 millones, frente a los 19 de 2012 y más de 22 en 2011. Otro dato especialmente relevante es la deuda que tiene la ahora parte demandada con entidades de crédito, que a 31 de diciembre de 2012 es de más de 261 millones de euros, de los que casi 132 vencen este año. En cuanto a la reducción de costes de personal durante el período de años anteriores, sólo consta acreditada la reducción de gastos por haberse reducido la contratación de personal temporal durante los años 2007 a 2011. La causa económica alegada por la empresa se sustenta en un estudio realizado por la empresa [Deloitte](#) y en cuyas conclusiones, según los hechos probados de la sentencia, “se pone de manifiesto que el modelo empresarial actual no es viable” y como propuesta “se propone reducir los costes asociados a programas que se tienen que reducir en línea con los contenidos de nuevas parrillas que también se proponen”. La propuesta pasa por la reducción de la producción propia y ampliar la producción externa con un menor

coste, y ello genera lógicamente, siempre según esa tesis, la necesidad de externalizar servicios.

Suele haber una cierta opacidad sobre los costes salariales del personal excluido de convenio, no sólo en este caso que ahora estoy analizando, sino también en buena parte de grandes empresas. El interés de la lectura de los hechos probados radica ahora justamente en que por una vez se puede disponer de esta información siquiera sea de forma agregada, a 31 de diciembre de 2011, para poder compararla con los datos siempre públicos y disponibles de personal acogido a convenio, cuyo montante salarial total (gasto de personal) es de 37.434.279,49 de euros. Hay 100 personas excluidas de convenio cuyo gasto asciende a 4.521.817,67 euros, mientras que el de las 12 personas que forman el comité de dirección asciende a 1.058.223,73 euros. Todo ello suma un total de 43.014.320,89 euros en concepto de cuantía de gastos de sueldos y salarios. Según la propuesta de la empresa, la externalización de parte de su actividad, mediante la suscripción de acuerdos con diversos proveedores, supondría un ahorro mensual de costes de más de 423.000 euros, si bien consta en el hecho probado octavo que “no se ha podido constatar fehacientemente” la tesis defendida por la empresa.

Con fecha 5 de diciembre se inició la tramitación legal del despido, con la comunicación de inicio del período de consultas, con la presencia en la reunión, a requerimiento empresarial, de un Notario, “con el objeto de tomar nota de los asistentes y recoger sus manifestaciones”. A partir de la reunión del día 13, y a petición de la parte empresarial, participó en el seguimiento de las negociaciones un miembro de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicha posibilidad está expresamente contemplada en el art. 10.2 del [Real Decreto 1483/2012](#): “La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de asistencia. En especial, podrá dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa”.

Sigo con los hechos probados, en los que se da debida cuenta de toda la documentación aportada por la parte empresarial con ocasión del inicio del expediente, así como también de que la se ha ido entregando por ambas partes durante el período de consultas. Es de especial interés la cuidada relación de todas las propuestas presentadas por la representación de los trabajadores, que partían de la premisa de que era “desproporcionada” la extinción de contratos del 96 % de la plantilla, y también de que “el cumplimiento del presupuesto se tendría que constatar a finales de 2013”. En cuanto a los criterios de selección del personal afectado por el ERE, consta acreditado que se realizó por las respectivas Direcciones y que no se planteó inicialmente cuáles debían ser las personas afectadas, si bien en general se asumió que deberían extinguirse los contratos de aquellas personas cuya actividad pasaría a ser desempeñada por una productora externa una vez externalizado el servicio. En cuanto a los departamentos o áreas sólo afectadas parcialmente por ese proceso, se acordaron aplicar criterios de “capacidad e idoneidad de gestión”, concretados en la comunicación final empresarial y que pasan por conceder prioridad en el mantenimiento del empleo a quienes aportaran “valor añadido” al ente público, un concepto que lógicamente guardará relación con la imagen que la dirección desea que se tenga de la empresa ante la sociedad, no tomando en consideración ni el criterio de antigüedad ni el de forma de ingreso. La extinción afectó a varios miembros de los comités de empresa y a delegados sindicales, y de

forma sorprendente, por decirlo de alguna manera ya que parece que quedan claras las opciones de la empresa al adoptar esta medida, el personal fijo fue el más afectado por el ERE, “resultando menos afectados los (trabajadores) temporales y los cargos de libre designación”.

Por consiguiente, la decisión final se tomó por “--- La imagen que para RTVM el trabajador pueda suponer. - La especial significación, aquellos trabajadores que, aunque su imagen no se asocie a RTVM, sea una figura destacada dentro de la comunicación y/o periodismo. - El valor o desarrollo organizativo de cada uno de los trabajadores. - El valor o desarrollo de la gestión de los mismos, teniendo en cuenta criterios de efectividad y calidad.”. Reconozco que hay ser un buen especialista en la materia para saber cómo aplicar estos criterios, pero sí afirmo desde la perspectiva jurídica que abren la puerta para, bajo la apariencia de una actuación objetiva, encubrir actuaciones claramente discriminatorias.

¡Bueno, ya hemos llegado a la página 29 de la sentencia, pero todavía quedan por comentar los contenidos jurídicos más destacados recogidos en los fundamentos de derecho!

A) En primer lugar tiene especial importancia delimitar cuál es la naturaleza jurídica del ente público demandado, ya que se suscitó discrepancia entre las partes respecto a la misma, defendiendo las demandantes la aplicación del art. 3.2 de la [Ley de contratos del sector público](#) y entendiendo que tenían la consideración de Administración Pública, mientras que las demandadas planteaban su inclusión en el art. 3.1 h), es decir por formar parte del sector público en general y no de las AA PP en particular (“Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”), diferencia importante ciertamente por la distinta documentación que debe aportarse con ocasión de la presentación de un ERE según lo dispuesto en el art. 34.3 del RD 1483/2012. La sentencia, después de un estudio de la doctrina jurisprudencial, acoge la tesis de la parte demandada, poniendo de manifiesto que el conflicto versa sobre una sociedad mercantil, el ente público RTVM, “creada para satisfacer necesidades de interés general, incluida en el sector público, cuyo objeto es prestar un servicio público de radio y televisión en la Comunidad de Madrid”.

B) La sentencia se detiene a continuación sobre la legitimación de un grupo de empresas para instar un despido colectivo, legitimación que, recuerdo, ha sido aceptada ya por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y también por algún TSJ. El Tribunal de Madrid pasa revista a la jurisprudencia del TS y a las características que se predicen como necesarias para acreditar la existencia de ese grupo a efectos laborales, tales como “funcionamiento integrado o unitario”, “prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios empresarios”, “confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”. La Sala recuerda, y así también lo había hecho la AN, que no hay una referencia expresa al grupo, ni en la normativa europea ni en la estatal, como sujeto negociador, pero que sí puede ocurrir que la realidad empresarial del grupo acerque a éste a la noción de empresario “de la que se parte tanto en la directiva como en el

Estatuto de los trabajadores y en el Reglamento de despidos colectivos”, y que si se dan las notas antes citadas estaremos ante un supuesto claro de grupo de empresas a efectos laborales, tal como ocurre en el litigio enjuiciado. La Sala aporta, además, otro argumento interesante en apoyo de su aceptación del grupo de empresas como sujeto que presenta el ERE, ya que “además de los requisitos jurisprudencialmente exigidos el legislador ha querido que los Grupos de Empresa puedan ser ámbito de la negociación colectiva, lo que en cierta forma facilita también las negociaciones globales en casos de causa económica afectante a todas las empresas del grupo”.

C) En el fundamento cuarto se analiza la conformidad a derecho del cumplimiento de los requisitos respecto a la documentación a presentar, ya que la parte demandante alega incumplimiento del art. 124.9.3ª de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), y por consiguiente también incumplimiento del art. 51.2 de la LET, si bien la Sala no se centra sólo en aspectos formales, en los que entenderá la actuación empresarial ajustada a la normativa, sino que también formula valoraciones sobre los datos económicos aportados por la empresa y que deben ponerse en relación con la falta de fundamentación de la causa económica que llevará a la Sala a considerar no ajustado a derecho el ERE.

Como digo, la Sala asume que la empresa ha aportado la documentación económica a la que estaba obligada, y que de la misma se deduce que su situación económica es negativa y que “se prolonga más de los tres meses que se exigen por la norma para tener por consolidada dicha situación”, y valora que el nivel de gasto “se ha mantenido sobredimensionado en relación con las aportaciones reales por actividad propia unida a las aportaciones públicas”, sin que quede fehacientemente probado los motivos de ello, y sólo apuntando ahora que “dejaremos para la fundamentación jurídica y valoración de la causa el criterio y la consecuencia jurídica que ello nos merece”.

D) Una cuestión que suscitó especial debate en sede judicial fue la argumentación de las demandantes sobre la falta de buena fe por parte de la demandada, tanto en la negociación previa como durante el período propiamente dicho de consultas, de la que me interesa ahora destacar, por su impacto sobre la resolución final, la tesis del abuso de derecho por parte empresarial por considerar que, aunque se acepte la difícil situación económica de la empresa, la decisión de despedir a un 80 % de la plantilla por una reducción del 5 % en las partidas presupuestarias sería desproporcionada, “al no guardar adecuada relación entre las causas y las medidas resultantes”, y esta actuación empresarial se consideraba “abusiva y contraria al [Convenio 158 de la OIT](#)”.

En este punto la Sala realiza un estudio doctrinal de los conceptos jurídicos citados y cuyo cumplimiento se ha puesto en tela de juicio por las demandantes, con obligada mención a los correspondientes preceptos del Código Civil y referencia a cómo han sido interpretados por la doctrina civilista, echando en falta por mi parte que no se haga mención algunas a las excelentes aportaciones doctrinales de la doctrina iuslaboralista sobre la materia. A partir del estudio y construcción teórica, la Sala no entiende debidamente acreditado por los demandantes los incumplimientos alegados, y pone de manifiesto que la extremadamente difícil situación que existía durante el proceso negociador hace imposible llegar a la conclusión de incumplimiento, afirmando que “Hemos de convenir que, en situación de conflicto activo, es difícil valorar la existencia de la alegada buena fe tanto en acciones, como en omisiones que están entroncadas en el conflicto mismo y que son la consecuencia de procesos previos, ya largos y de causas

anteriores no resueltas, que no han sido tratadas con este criterio ni con ningún otro, salvo la pura oportunidad, antes de que obligadamente las partes implicadas se tuvieran que sentar en una mesa negociadora ,obligadas por la ley, para conseguir un fin que probablemente nadie quiera”. Nuevamente he de destacar la importancia de las actas de las reuniones, porque su contenido es uno de los argumentos de la Sala para rechazar el presunto incumplimiento empresarial.

No obstante, la lectura del fundamento jurídico quinto es compleja, porque en algún momento a mi parecer la Sala reconoce que la actuación empresarial no ha respetado la buena fe, tal como alegan los demandantes, y en concreto con respecto a la contratación con empresas externas para realizar una parte importante de su actividad, al haber alegado que “era provisional”. A partir de los datos recogidos en los hechos probados sobre el coste de los servicios, y el hecho acreditado de que la partida que descompensa el balance “viene determinada por la cantidad que se arrastra de deuda, 261.389.493 millones de euros, de los cuales 131.739.783 vencen este año”, la Sala afirma con rotundidad, y con consecuencia finales en el fallo, que no puede aceptar que la citada contratación con empresas externas para la prestación de servicios sea provisional, argumentando que “Será provisional con quién, pero no puede serlo el porqué, si se mantiene como tesis causal la externalización de los servicios que EPRTM consideró externalizables en su propuesta de reducción de gasto para obtener el obligado equilibrio financiero en 2013”.

E) Se detiene la sentencia en la alegación de nulidad efectuada por inexistencia del listado de trabajadores afectados por el ERE, y pasa revista a las obligaciones fijadas en la normativa legal y reglamentaria estatal durante el período de consultas, consistentes en aportar los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados”, recordando la estrecha relación de la normativa interna con la [Directiva europea de 1998 sobre despidos colectivos](#) y el deber de información impuesto al empresario para posibilitar que el período de consultas se desarrolle de forma eficaz.

La Sala recuerda que esa documentación se aportó, y que fue después en la comunicación final cuando se “redefinen” y se acaban de concretar, siendo los de “la imagen, la especial significación del trabajador, el valor o desarrollo organizativo o de gestión que hemos de entender se refieren a cargo de organización o gestión”. La Sala estudia si estos criterios cumplen con los requisitos de idoneidad y suficiencia a los que antes se ha referido, y tomando en consideración la importancia de la decisión en los correspondientes ámbitos departamentales de la empresa. La Sala, que parece moverse, y puedo entenderlo perfectamente, con “pies de plomo” en una cuestión en donde se combina el dato jurídico con unas determinadas estrategias empresariales, afirma que no puede afirmarse que no se haya cumplido por la empresa con los requisitos formales, y que “no cabe concluir” (vuelvo a insistir en la prudencia de la Sala al tener que adoptar una decisión) “que estos criterios resulten, a priori, discriminatorios por alguna de las causas previstas en el artículo 17 del [Estatuto de los Trabajadores](#) y la decisión de la empresa, adoptada al amparo de estos criterios, resulta ajustada a derecho”.

Y sin embargo, no es esa conclusión la que creo que pueda deducirse de las propia palabras de la sentencia poco antes, cuando afirma con toda claridad, y tiene toda la razón ya que el debate planteado en sede jurídica debe resolverse con arreglo a derecho pero la cuestión debatida es mucho más que un mero conflicto jurídico ya que gira sobre un cambio sustancial en la gestión y estructura organizativa de la empresa, que los

argumentos utilizados por la empresa para seleccionar a los trabajadores afectados no sólo (y yo diría que bastante poco) guardan relación con la justificación objetiva de la extinción del puesto de trabajo del trabajador afectado, sino mucho más con ese cambio de modelo que defiende la empresa y que apoya a efectos económicos y jurídicos en los Informes elaborados por Deloitte.

Y fíjense si es claro lo que dice la sentencia cuando argumenta que el auténtico elemento causal es el cambio de modelo y no cómo afecta la decisión a un determinado puesto de trabajo, que ello, me parece, no va en la misma línea de la conclusión expuesta poco más adelante en la sentencia, y que sin duda será uno de los argumentos que las partes demandantes utilizarán en el Recurso de Casación que ya ha sido anunciado (y que también será interpuesto por la empresa). Conviene leer con atención este párrafo: “3.- Se dice literalmente que el criterio de extinción de los contratos está vinculado no a la “causa”, sino a la capacidad e idoneidad de gestión y mantenimiento de la estructura organizativa. Incidimos en este argumento causal porque son estos dos elementos la “capacidad e idoneidad de la gestión” y “el mantenimiento de una estructura organizativa, los que entendemos vienen a distorsionar el cumplimiento del requisito causal justificativo del despido, e inciden en el requisito de elección de trabajadores que estamos examinando, y ello, porque se trata de dos elementos que no inciden en el contrato, y por lo tanto en la causa económica que examinamos, inciden en la gestión, organización y dirección del Ente”.

F) De menor importancia a mi parecer, pero desde luego hay que agradecer el esfuerzo de la Sala por ir analizando punto por punto todas las alegaciones de las partes demandantes, es el análisis de la falta de suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, que en ningún caso se recoge como causa de nulidad del ERE y que sólo se puede cumplir cuando se conoce la relación de personal afectado; o sobre el no cumplimiento de la regla de prioridad de permanencia del personal laboral fijo, ya que dicha regla va referida al personal afectado por un ERE en las Administraciones Públicas, y la Sala ha entendido que la normativa aplicable al ente RTVM es la del sector público; en cuanto a la recolocación externa, la Sala concluye, a partir de los hechos probados, que sí se ha presentado y que se ha ido ajustando durante el proceso negociador, y que además su incumplimiento no se incluye entre las causas de nulidad del ERE.

Sobre los costes salariales, que la empresa considera una parte fundamental de su plan de reducción de gastos para conseguir la estabilidad presupuestaria a la que está obligada por imperativo legal, la Sala no cuestiona que sean elevados pero centra su atención en la recurrente argumentación de las partes demandantes sobre la inexistencia de una situación presupuestaria sobrevenida (requerida por la normativa) y que aquello que ocurre realmente es “una insuficiencia presupuestaria estructural que se ha venido cubriendo con aportaciones extraordinarias” en años anteriores, y a partir de todos los datos económicos disponibles concluye que esa tesis “resulta plenamente acreditada”, algo que tendrá una incidencia indudable sobre la resolución adoptada por la Sala.

En fin, sobre algunas alegaciones sobre una sucesión empresarial expuesta por la CGT que se produciría con ocasión de la contratación a proveedores externos que he analizado con anterioridad, la Sala procede a un estudio teórico muy interesante de la normativa comunitaria y estatal sobre transmisión de empresas, para concluir que no ha existido cambio de titularidad de la empresa, “ya que ese cambio de titularidad no



podría realizarse a través de los contratos o acuerdos (con proveedores)..”, y en cuanto al elemento objetivo la Sala argumenta, con buen criterio a mi parecer que tampoco existe, “porque según se desprende del relato de hechos probados, se ha transferido la producción de noticias la recepción de señales, la realización de programas y buena parte de su soporte material, pero en todo caso, lo que no se ha transferido es una organización, un conjunto de medios organizados a un fin y este es el factor objetivo necesario para la aplicación de la Directiva y del art. 44 del E.T”.

G) ¡Ya llega! Hemos de esperar a la página 54 para poder leer, y analizar, como abordar la sentencia el fundamento de la causa económica alegada por la empresa, una vez desestimada todas las argumentaciones de las partes demandantes sobre la declaración de nulidad de la decisión empresarial. Veámoslo, pues, con detalle.

¿Fundamentación de empresa para extinguir 925 contratos? No se trata de la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas, sino de la obligación de cumplir con el requisito al que está legalmente obligada la empresa de “estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, vinculado a la “reducción real del presupuesto” de RTVM al que antes ya me he referido, centrado tanto en la disminución de la aportación de la Comunidad madrileña como de la reducción de ingresos derivados de la publicidad, o más exactamente con respecto al primer punto, el que puede ya constatarse, se trata de una reducción del 5 % de las aportaciones públicas pero que inmediatamente se añade que “en cálculos no concretados, y que recogemos como alegación, suponen aproximadamente un 10 % menos de lo otorgado en el año 2012”.

La parte empresarial realiza la interpretación de la reforma laboral que más se ajusta a sus intereses y defiende a efectos de poder presentar el ERE que solo requiera acreditar “la antedicha reducción presupuestaria”; es decir, se trataría de acudir a la interpretación de la norma que resulta más coherente con la reforma laboral que ha revisado, se afirma, “la definición de las causas para tratar de proporcionar una mayor seguridad a la hora de adoptar las decisiones extintivas y superar las interpretaciones restrictivas dadas por la jurisprudencia, tras la reforma de 2010”.

La necesidad, únicamente, de justificar la antedicha reducción presupuestaria convertiría a mi parecer a la decisión de la empresa en conforme a derecho basada en un dato objetivo recogido en una norma presupuestaria y sin posibilidad alguna de intervención interpretativa por parte de la autoridad judicial, algo que muy probablemente es lo que pretendió nuestro legislador como ya he explicado en numerosas ocasiones en este blog al efectuar un análisis crítico de la reforma laboral, y según la empresa bastaría con ajustarse al artículo 4.4 del RD 1483/2012 para dar cumplimiento a las obligaciones del fondo (“Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior”).

La Sala no acepta esta tesis, aunque lo haga con la prudente afirmación de que “se han de matizar” las alegaciones de la empresa, y sienta una interesante doctrina que a buen seguro será tomada en consideración por las representaciones empresariales y de los trabajadores en otros ERES presentados en empresas del sector público, y lo hace a partir de una pregunta cuya respuesta va a condicionar sin duda la decisión final, esto es, determinar “si de cualquier situación negativa se puede derivar o, por sí misma, justifica los despidos, o bien, se tienen que valorar, además de hechos propiamente dichos, otras situaciones”.

Previamente a la formulación de esa pregunta, la Sala ha dejado constancia de varios datos, obtenidos a partir de los hechos probados, que contribuirán a dar una respuesta afirmativa a la pregunta desde la óptica de la protección de los derechos de los trabajadores: que el ente RTVM no sólo se mantiene por las aportaciones presupuestarias; que la reducción del 5 o 10 % del presupuesto para este año “no justifica la situación de desequilibrio financiero que presentan las cuentas de la Entidad”; o que la empresa no ha sido eficaz en la gestión de los ingresos externos a las aportaciones públicas.

La Sala reconoce que la situación económica de la empresa es negativa (algo tampoco cuestionado por las representaciones de los trabajadores, habiendo hecho propuestas algún sindicato, tal como se recoge en hechos probados, de la reducción de plantilla, si bien en un número sensiblemente inferior y con utilización de las vías de acceso voluntario, y no forzado, a dicha extinción), pero que ésta “por sí misma” no basta para justificar la extinción de un número tan elevado de contratos (925) sobre el total de la plantilla de la empresa (1.161). La Sala entiende que debe haber un “plus”, que yo calificaría como respeto al principio de proporcionalidad e idoneidad de la decisión que se adopte, y que justifique que dicha situación, que recuerda muy acertadamente la Sala que “no es nueva” y que “no puede actuar de forma abstracta”, actúe sobre la plantilla de la empresa “creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un ceses total de la actividad, y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad”.

La Sala sigue los tres pasos que ya han devenido clásicos en las resoluciones judiciales para determinar la consistencia jurídica del despido, y hago hincapié en lo de “jurídica” porque la Sala, que es perfectamente consciente de la importancia social de la decisión que adopte, pone de manifiesto la existencia de criterios de todo tipo en la decisión empresarial y en las argumentaciones sindicales, pero que aquello que puede hacer la Sala sólo es jurídico, en cuanto que muchos de ellos, y señaladamente por parte empresarial, se han presentado a “una convalidación judicial que sólo puede y debe tener en cuenta criterios jurídicos”.

En primer lugar, analizar si queda debidamente acreditada la existencia de una situación económica negativa, y nuevamente reitera la Sala que aquello que ha quedado probado es “una situación económica de pérdidas”, algo tampoco cuestionado por los demandantes, pero que no equivale mecánicamente a “situación económica negativa”, porque aquello que pretende la empresa, bajo la apariencia de dar cumplimiento al principio de estabilidad presupuestaria, es proceder a una amplia reestructuración empresarial que incluye un fuerte proceso de externalización de actividades productivas. Coincido con la Sala en que se trata de una estrategia empresarial cuya viabilidad o interés puede y debatirse en el ámbito organizativo y con la representación del personal,

y que la reducción del presupuesto público para 2013 le lleva a ir en esa dirección, y la Sala, que es consciente de que entra en un terreno resbaladizo donde prevalece el mundo económico y el jurídico queda muy diluido, entiende que esa decisión empresarial puede ser factible, esto es que no cuestiona que se desee realizar una revisión general de toda la contabilidad y cambiar el sistema de producción, pero inmediatamente añade, en su papel de guardiana del ordenamiento jurídico, que “esto, que cómo decimos, se puede aceptar como planteamiento estratégico y decisión empresarial, no constituye una causa de extinción de despido colectivo para así eludir las consecuencias legales que de dicha decisión se derivan”. La Sala refuerza su tesis sobre la no equivalencia entre situación de pérdidas y situación económica negativa, poniendo de manifiesto los distintos interrogantes que se han suscitado en el acto del juicio, y en la documentación aportada, sobre la justificación de ingresos que no proceden de los presupuestos públicos.

El segundo requisito a respetar es determinar qué existe un indudable efecto de la situación económica sobre los concretos contratos de trabajo que se van a extinguir, es decir demostrar que puede justificar la necesidad de amortización de determinados puestos de trabajo. Aquí la Sala no formula consideraciones y se remite a las valoraciones de cada parte, en el bien entendido que cabe recordar como antes ya había formulado críticas a los criterios de selección y a su utilización no desde la lógica jurídica de relación entre la decisión empresarial y el concreto puesto de trabajo a extinguir sino desde un planteamiento puramente económico y vinculado a la reestructuración de la gestión y organización de la empresa, desvinculados pues de la necesidad de justificarlos para cada extinción individualmente considerada, que las medidas adoptadas sean proporcionalmente adecuadas, con criterio de ponderación, a la necesidad de corregir la situación económica negativa.

Último, y no menos importante, es el tercer criterio, la necesaria proporcionalidad y ponderación entre la medida adoptada y la necesidad alegada por la empresa para cambiar su situación económica negativa. Pues bien, no de está de más reseñar que un primer argumento de la Sala para afirmar que la decisión empresarial no respeta esa proporcionalidad y ponderación es el hecho de que la gran mayoría del personal afectado estaba sometido a convenio, mientras que es muchísimo menor el afectado que se encontraba excluido de su aplicación, afirmando que a partir de este dato, de esa “premisa”, “puede llegarse a la conclusión de que el recurso al despido masivo no está justificado porque la causa no está bien ponderada y el resultado no es razonable a la causa económica alegada”. No hay correspondencia entre la entidad de las causas económicas y el número de extinciones planteados, algo que implica “no causalizar las (extinciones) que resulten desproporcionadas”. Por consiguiente, sí que tiene que haber causa para extinguir uno o muchos contratos, y no basta para justificar la decisión con que se argumente que se trata de una medida racional de la empresa para corregir una situación económica negativa (o de pérdidas), es decir para corregir “una determinada patología empresarial”. No hay relación, según la Sala, entre los objetivos perseguidos por la empresa y la medida adoptada.

Por fin, la Sala concluye que la idoneidad de la medida no se observa cuando una reducción de un presupuesto público, “que es insuficiente y congénito a un servicio público”, entre un 5 y 10 % lleva a una decisión de tal calado e importancia como la que se adoptó en su momento por la empresa. Observación-afirmación que tiene más importancia de la que pueda parecer por ser despachada en cuatro líneas, ya que

cuestiona con claridad que la estabilidad presupuestaria puede ser siempre, y sin ningún condicionamiento, una razón que justifique las extinciones contractuales.

### **98. Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de junio de 2.013.**

La [sección sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó el pasado 10 de junio](#) sentencia en el conflicto derivado de la demanda presentada en procedimiento de despido colectivo por los sindicatos CSIT, CC OO y UGT y el comité de empresa contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma y la agencia para la formación, investigación y estudios sanitarios Pedro Laín Entralgo. De dicha sentencia ha sido ponente el magistrado Benedicto Cea. La demanda solicitaba la nulidad de la decisión adoptada por la empresa, y de manera subsidiaria la declaración de no ser ajustada a derecho. Ya adelanto, y ha sido muy difundido por los medios de comunicación, que la sentencia desestima la demanda y declara ajustada a derecho la decisión extintiva.

Tuve conocimiento de la resolución del litigio pocos días después a través de una nota de prensa publicada por el diario electrónico RR HH Digital, que el pasado día 20 publicó el texto de la misma. He consultado la base de datos del CENDOJ para saber si ya estaba incorporada en la base del TSJ de Madrid, pero hasta el momento en que redacto esta nota la última sentencia incorporada es de fecha 14 de mayo. Por cierto, hay otro ERE del que se ha hablado muy poco en los medios de comunicación, cuál es el de los agentes locales de promoción de empleo de Andalucía, con ocho sentencias del TSJ de dicha Comunidad que desestiman las demandas presentadas. La sentencia ahora comentada se aparta de la doctrina mantenida en otras sentencias de la Audiencia Nacional y de TSJ, mucho más atentas al cumplimiento de los requisitos formales por la empresa y al respeto de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión empresarial.

Si sumamos estas sentencias a todas las ya comentadas, superaría el número de 97 al que se refería el [Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Jesús Gullón](#), durante una conferencia pronunciada el pasado día 21 en la UNED de Melilla y de la que me quedo con una frase que me parece muy significativa: “el juez es un intérprete de la norma y en el tema de los despidos colectivos tiene que haber una valoración y ponderación de las causas. No puede ser una máquina. Para eso bastaría un simple ordenador para dar una sentencia”. Por su parte, [la magistrada del TS Lourdes Arastey](#) ha recogido, en una ponencia presentada el 3 de junio en el Ciclo de Debates Laborales organizados por GRI sobre “El procedimiento de despido colectivo y su control judicial”, un listado muy detallado de 94 sentencias dictadas hasta el 20 de mayo de 2013.

A) A través de las redes sociales puede seguirse con detalle la historia del ERE presentado por la agencia PLE. De los hechos probados de la sentencia me interesa destacar su consideración jurídica de Ente de Derecho Público, adscrito a la Consejería de Sanidad, prestando servicios en ella personal funcionario y personal sometido a normativa laboral; también, su extinción jurídica a partir del 1 de enero de este año según lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la [Ley autonómica 4/2012 de 4 de julio](#) “de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica”, y de dicha disposición interesa recordar estos tres apartados: “2. El personal funcionario de carrera

que a la entrada en vigor de la presente ley se encuentre prestando servicios en la Agencia Pedro Laín Entralgo se adscribirá a la Comunidad de Madrid. 3. Se amortizarán los puestos de trabajo de la Agencia Pedro Laín Entralgo y se extinguirán los contratos de trabajo del personal laboral. 4. No obstante, el personal laboral fijo de la Agencia comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid se integrará en la plantilla de la Administración de la Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el apartado primero de la disposición adicional cuarta de la Ley 5/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012”. También queda probado que la Consejería de Sanidad ha desarrollado a partir del 1 de enero las funciones que anteriormente desarrollaba la agencia extinguida, tanto con su propio personal como con el incorporado de esta.

De la tramitación del ERE, iniciado el 13 de noviembre, destaco la afectación prevista a 88 trabajadores, del total de 105 de la plantilla, siendo todos los incluidos trabajadores que no ostentaban la condición de fijos. Durante el período de consultas hubo debate sobre los datos económicos aportados por la empresa y la recolocación de los despedidos, no alcanzándose acuerdo y decidiendo finalmente la empresa extinguir 77 contratos en virtud de diversas vicisitudes de la relación jurídica de 11 trabajadores inicialmente incluidos en el ERE y de las que se deja debida constancia en el hecho probado noveno (en el bien entendido que ninguno de ellos era fijo laboral), estando incluidos los tres miembros del Comité de Empresa en la relación de afectados, teniendo los tres contratos de duración determinada. Consta también el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el [RD 1483/2012](#) sobre la emisión de informes por las autoridades públicas competentes de la Comunidad.

B) En los fundamentos de derecho se recoge en primer lugar las excepciones procesales opuestas por la parte demandada, que tratan sobre la improcedencia de entrar a valorar las “preferencias” en la selección de trabajadores afectados, y de la alegación de la parte demandante sobre la existencia de una sucesión de empresa, al amparo del art. 44 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), entre la agencia y la Comunidad. La Sala estima el primero, con apoyo en el art. 124.2 y 11 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#), que remite al proceso individual de despido el posible debate sobre las reglas de prioridad o permanencia en la empresa, mientras que no acepta el segundo por entender que se trata de una cuestión que afecta al fondo del litigio, esto es a la justificación o no de la medida adoptada, y que por ello debe ser objeto de debate y discusión en esta sede del proceso de despido colectivo y de sus causas.

C) La Sala se pronuncia primeramente sobre las causas de nulidad alegadas en la demanda, siendo varias por vulneración de derechos fundamentales (no aceptadas por el Ministerio Fiscal), como por ejemplo la vulneración del principio de no discriminación entre trabajadores por razón de la modalidad contractual, del derecho de libertad sindical al no haber respetado la empresa compromisos adquiridos en el convenio colectivo de no acudir a las vías del art. 51 y 52 c) durante su vigencia, o la inclusión de los representantes del personal en el ERE. Otras causas alegadas de vulneración versan sobre la inexistencia de buena fe negocial por parte de la empresa, falta de presentación de la documentación a la que estaba obligada la empresa, e incumplimiento de los trámites legales a efectos de comunicación de la extinción.

a) La Sala rechaza la queja de discriminación de unos trabajadores, los “no fijos” con respecto a otros, los “fijos”, acudiendo sustancialmente a la regla recogida en la disposición adicional vigésima de la LET, reiterada en el art. 41.1 del RD 1483/2012, sobre la prioridad de permanencia del personal laboral fijo, condición obtenida a través de un proceso de selección con respeto a los principios del art. 23 de la Constitución. Hay aquí una cuestión interesante a poner de manifiesto, cual es la importancia que adquiere la diferencia jurídica, no ya entre trabajadores con contrato temporal o indefinido, sino entre aquellos que son indefinidos no fijos, en terminología acuñada por la jurisprudencia del TS desde 1998, y los fijos, y cómo impacta en un ERE. Está por ver si el TS va a seguir manteniendo esta diferencia de trato entre unos trabajadores u otros, hasta ahora ha sido así, si se siguen produciendo situaciones como las que se contemplan en el presente ERE. La Sala además recuerda que la extinción encuentra su razón de ser en una disposición legal “de la que no consta .. que se haya planteado.. cuestión alguna de inconstitucionalidad sobre este u otros extremos de la misma..”.

b) Sobre la posible vulneración del derecho de libertad sindical por haber incumplido lo pactado en convenio colectivo (relación del art. 28.1 con el 37.1 de la [CE](#)), la Sala se acoge al principio de jerarquía normativa (ley prima sobre convenio), acudiendo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al respecto desde su Auto 85/2011 de 7 de junio y la obligación del convenio colectivo “de respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico, y no al contrario”. Frente a otra alegación de incumplimiento del convenio por no haber negociado con la representación del personal las modificaciones operadas, la Sala responde que no se trata de una modificación sino de la extinción de contratos derivada de la extinción de la personalidad jurídica del ente para el que prestaban sus servicios los trabajadores, argumentación que es técnicamente correcta en cuanto al fondo pero que no hubiera debido impedir una mayor negociación durante el período de consultas entre las partes.

c) La nulidad por defectos formales gira, una vez más, alrededor del cumplimiento de la buena fe negocial. Aquí la Sala pasa revista a la normativa reglamentaria de aplicación, el título III del RD 1483/2012, y recuerda la obligación de que el período de consultas cumpla con el objetivo de posibilitar una negociación con información suficiente y adecuada para ello por ambas partes, y sustancialmente por la representación del personal, recordando la [primera sentencia dictada por el TS sobre la reforma laboral de 2012, en concreto de 20 de marzo](#). Del análisis de la documentación aportada, y de los hechos probados, concluye que la empresa ha respetado y cumplido con la normativa aplicable.

Una cuestión de no menor interés, y que creo que hubiera podido valorarse en otros términos por la Sala, o al menos justificar más su tesis desestimatoria, es la planteada por la parte demandante respecto al “desconocimiento” de la persona representante de la empresa en el período de consultas de cómo poder explicar todos los datos económicos presentados; es decir, señalo yo ahora, si quien se sienta en la mesa por una parte obligada a explicar debidamente la argumentación del ERE es alguien que no puede negociar por no disponer de conocimientos sobre aquello de que se habla, no parece que la parte afectada actúe precisamente de buena fe. Pero, no es esta la tesis de la Sala, que acuda a razonamientos puramente formalistas y que pueden desvirtuar a mi parecer el objetivo del período de consultas, ya que defiende que no hay obligación de que la persona o personas que participen en la mesa tengan esos conocimientos, y que además

todos los datos pueden impugnarse en juicio, que corresponde en este caso a la parte actora, y como los contenidos de los informes presentados por la empresa “cumplen con las exigencias formalmente impuestas” debe ser desestimada la petición de la parte demandante. Es decir, si hemos de seguir el hilo conductor del razonamiento de la Sala, basta con que se presente la documentación debida, no importa que el o los representantes de la empresa sepan de que van estos informes, y ya tendrá la parte actora posibilidad de demostrar en juicio que no son correctos, pero si no lo prueba decaerá su petición (aunque la parte empresarial presente en la mesa desconozca los términos de la negociación) ¿Les convence esta tesis? A mí, personalmente no.

d) Sobre la alegación de la inexistencia de negociación propiamente dicha, en cuanto que se trató de “una formalidad vacía de contenido”, no ya por lo anteriormente expuesto sino porque la empresa no ofreció ninguna alternativa, la Sala rechazará esta tesis pero no lo hace, al menos hasta donde entiendo su razonamiento, no sólo porque durante esos treinta días de consultas se haya negociado más o menos sino porque la negociación se integra “en el contexto económico y legislativo derivado de la obligada reducción del déficit estructural de las distintas Administraciones Públicas...”, y porque la parte demandada ha logrado probar que formuló propuestas que no fueron aceptadas por la contraparte (debidamente detalladas en el fundamento de derecho octavo), por lo que el fracaso de las negociaciones “no puede atribuirse en exclusiva a uno sólo de los interlocutores”. Tampoco acepta la Sala la argumentación de que buena parte de las propuestas se formularon sólo un día antes de la finalización del período de consultas, argumentando, y haciendo suya la tesis de la parte demandada, de que con esas propuestas se sintetizaba buena parte de las ofertadas durante el período negociador, algo que de ser cierto sí que creo que valida la decisión empresarial pero que suscita muchas dudas sobre la existencia de buena fe negocial en caso contrario.

e) En fin, la Sala desestima la última petición de nulidad por presunto incumplimiento del requisito formal previsto en el art. 51.2 de la LET sobre la obligación empresarial de comunicar a la representación del personal y a la autoridad laboral la decisión final del despido y las condiciones del mismo, por entender que la empresa ha cumplido debidamente con los requisitos legales. De la lectura del fundamento jurídico noveno no puedo deducir si se trata de un caso semejante al planteado en la [sentencia del mismo TSJ de 14 de septiembre de 2012](#), que versaba sobre un aspecto formal concreto, qué debe entenderse por notificación del despido colectivo y cómo debe llevarse a cabo, con un amplio y detallado esfuerzo de argumentación tanto por la sentencia, que estimó la demanda interpuesta y declaró la nulidad de los despidos, como por el voto particular que consideró que del conjunto de las actuaciones, y muy en especial del acta final del período de consultas, quedaba debidamente acreditada dicha notificación.

C) Una vez desestimadas todas las alegaciones de nulidad del ERE, la Sala entra en el estudio de los argumentos de la parte demandante sobre la inexistencia de las causas económicas y organizativas aducidas por la empresa para proceder a las extinciones contractuales, básicamente la insuficiencia presupuestaria y el exceso de plantilla, así como también con la alegación de una sucesión de empresa entre la agencia y la Comunidad que impediría la presentación de un ERE, apoyándose en la ley 4/2012 y el [Decreto de desarrollo 112/2012 de 11 de octubre](#), tesis rechazada por la parte demandada (rechazo acogido en la sentencia) por entender que no hay transmisión de empresa sino incorporación de los elementos, patrimoniales y personales, de una entidad disuelta por la ley a la Consejería que realiza las mismas funciones.

a) Con un razonamiento que en alguna ocasión, al menos para quien suscribe este comentario, no resulta sencillo de seguir, la Sala considera que sí es posible la extinción de contratos por causas debidamente acreditadas “si las mismas son preexistentes a la extinción del ente u organismo público”, ya que un planteamiento contrario “haría de imposible apreciación en el sector público la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas...”. No alcanzo a entender hasta qué punto las causas deben ser preexistentes, ya que la normativa europea, al que se refiere más adelante la Sala, no impide la presentación de un ERE si se dan las mismas también como consecuencia de la sucesión de empresa (recuerdo el art. 4.1 de la [Directiva 77/187/CEE](#): “El traspaso de una empresa , de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad , no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario . Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización, que impliquen cambios en el plano del empleo”), pero en fin remito a las personas interesadas a la lectura detallada del fundamento jurídico décimo.

Estrechamente vinculado al apartado anterior se encuentra el análisis que efectúa la Sala sobre la existencia o no de una sucesión de empresas, en el que recoge en varias páginas de la sentencia la jurisprudencia del Tribunal del Justicia de la Unión Europea y del TS sobre qué debe entenderse como tal. La Sala insiste, con apoyo en alguna sentencia de la propia Sala y que toma como referencia otra del TJUE que los despidos debe producirse por causas producidas antes de la subrogación, que quede debidamente acreditado que no guardan relación con el traspaso de la actividad. Para la Sala, con apoyo de su tesis en el art. 30 del RD 1483/2012 y del art. 49.1 g) de la LET, dado que el despido se apoya en causas económicas, “... salvo que estas últimas se hubiesen invocado para eludir la sucesión o subrogación ex art. 44 ET, su posible concurrencia, en los términos legalmente exigibles, justificaría la extinción de los contratos de trabajo operada por la demandada y en tal caso la mentada subrogación operaría exclusivamente en los términos previstos en la propia norma de extinción de la agencia”. A partir de este razonamiento previo, la Sala procede al examen de la existencia de las causas económicas alegadas, la insuficiencia presupuestaria, concluyendo del examen de los hechos probados que sí ha existido durante los ejercicios 2010 y 2011, “es decir con anterioridad a la extinción de la Agencia”. La Sala no acepta las críticas de la parte demandante a los datos provisionales aportados del año 2012 argumentando que no han sido desvirtuadas por la parte actora y, de forma más que sorprendente a mi parecer, que las cifras aportadas por la demandada “han de estimarse como ciertas, habida cuenta (que) está aún en plazo para su formulación definitiva”, afirmación que merecería un comentario crítico más detallado si no fuera porque se acompaña, insisto, de que “no ha sido desvirtuadas por la otra parte”. No acepta en cambio la Sala la concurrencia de las causas organizativas alegadas, ya que aquí no se trata de valorar “las necesidades organizativas de la Consejería, sino de las que debería afrontar la Agencia que ha dejado de existir”.

b) Último, pero no menos importante, es la argumentación de la Sala sobre “la proporcionalidad de la medida”, o mejor dicho de la no ponderación de la proporcionalidad, con cita de otra sentencia de la misma Sala de 15 de abril, no disponible en CENDOJ, acudiendo a los términos literales de la reforma del art. 51 de la LET por la [Ley 3/2012](#), y que se aparta de otras sentencias de la AN y de TSJ, incluido el mismo TSJ de Madrid, que han defendido la adecuación de la medida adoptada por la empresa.



Lo más significativo a mi parecer es la importancia que se concede a la exposición de motivos de la Ley 3/2012, y cómo se acude a la doctrina del TC sobre el criterio interpretativo de tales textos con respecto a las disposiciones normativas, concluyendo, o pretendiendo concluir sería más acertado decir a mi parecer, que “por decisión expresa del legislador claramente patente en el texto legal y explicada en la Exposición de Motivos, se ha omitido el llamado juicio de razonabilidad cuya justificación no puede ya exigirse a la empresa..”, y para intentar proteger al máximo su argumentación jurídica afirma también con contundencia que la subsistencia del citado juicio de razonabilidad “tampoco podría ampararse en el Convenio 158 de la OIT – en todo caso aquí no alegado – ni en la Directiva 98/59, como ha recordado la STS 18-3-09”, aunque sí acepta acudir al Código Civil para controlar una decisión empresarial que se hubiera adoptado con abuso de derecho y fraude de ley, incurriendo en las prohibiciones de sus arts. 6.4 y 7.2. Hubiera sido interesante conocer la referencia exacta de la sentencia del TS, ya que de todas las recogidas en el CENDOJ de dicha fecha la que plantea la interpretación de la normativa comunitaria en relación con la española es la dictada en el [recurso 1878/2008](#), de la que fue ponente el magistrado Jordi Agustí, y que versa sobre el cómputo de trabajadores por empresa o centro de trabajo, pero no alcanzo a encontrar qué punto de conexión tiene con el argumento de la Sala para excluir su aplicación en el juicio de razonabilidad.

Frente a la escueta y mínimamente motivada argumentación de la Sala, vale la pena acudir a la fundamentada exposición en contrario del magistrado de la Sala de lo Social del TS Fernando Salinas, en su [ponencia presentada a las jornadas catalanas de derecho social](#) de este año y que versó sobre “La visión judicial de la reforma laboral” en la que afirma tajantemente, y de forma muy crítica, sobre la citada exposición de motivos y el deseo de reducir el papel de los jueces a “actuar” y “no pensar”, que “No obstante tales conclusiones no pueden ser aceptadas, partiendo de que es función jurisdiccional la de “juzgar”, conforme al art. 117 CE, la que comprende no solamente la del control o fijación de los hechos que sirvan de sustrato a las normas que el juez deba aplicar conforme a las reglas generales de la carga y de la valoración de la prueba, las que no sufren en el texto de la reforma laboral variación alguna, sino que también forma parte integrante de la función jurisdiccional la de determinar las consecuencias jurídicas que puedan derivarse legalmente de los hechos probados y la correspondiente relación de causalidad entre unos y otras, entrando aquí en juego las reglas o principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas, el que exige tener en cuenta la finalidad pretendida y la adecuación de la medida a tal fin. Obsérvese que en alguna de las enmiendas presentadas en el Senado por el GPCIU, que no fueron aceptadas, se pretendía la adición de la exigencia de, al menos, una “mínima proporcionalidad”.

En fin, que yo sepa el Convenio 158 de la OIT es una norma de obligado cumplimiento por todos los tribunales, ya que está ratificada por el reino de España e incorporada al ordenamiento jurídico interno ex art. 1.5 del citado Código Civil, y la imposibilidad de un despido sin causa es clara y manifiesta en dicho texto, y me quedo con las ganas de saber el motivo de la no aplicación de la Directiva de 1998, tan amplia y profusamente utilizada en otras sentencias de ERES para valorar la adecuación la decisión empresarial, y recuerdo que una hipotética falta de control de la razonabilidad no significa falta de control de la justificación de la medida, salvo que ello fuera expresamente excluido de la norma interna, como ya se ha pedido desde algunos

ámbitos empresariales, y aún así muy difícilmente pasaría el filtro del respeto a la normativa internacional.

### **99. Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de junio de 2013.**

Mucho interés, no sólo jurídico sino también social, tiene la [sentencia dictada por el TSJ de Madrid el 13 de junio](#), de la que ha sido ponente la magistrada Rosario García Álvarez. Se trata de una demanda interpuesta el 15 de febrero, y posteriormente ampliada, por la sección sindical del sindicato CGT de la empresa [Printermanindustria gráfica SA](#), contra la misma, otras dos empresas codemandadas y también contra una persona física en su condición de administrador único de las tres empresas. En las páginas web de la CGT puede seguirse con todo detalle el conflicto y la opinión de los representantes sindicales sobre dicha persona física, así como también acceder al [texto de la sentencia](#), aún no disponible en CENDOJ.

a) En los hechos probado se deja debida constancia de una situación laboral muy conflictiva en la empresa Printerman, que llevó a los representantes de los trabajadores (sindicales y unitarios) a presentar convocatorias de huelga indefinida para obtener de la empresa el pago de los salarios adeudados y que respetara la normativa laboral, así como a la retirada de un ERE de suspensión. Un día después del inicio de la huelga, el 3 de enero, la empresa presentó un ERE de extinción de todos los contratos de su personal (47), con alegación de causas económicas debidamente referenciadas en el hecho probado segundo y que se refieren tanto con carácter general a la crisis del sector de las artes gráficas como más concretamente a la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa, y con la puesta a disposición de la documentación económica que a juicio de la empresa así lo acreditaba. Los trabajadores eligieron una comisión ad hoc para negociar, si bien también se reconoció por los propios trabajadores (aunque no era necesario a mi entender) la legitimación para negociar del delegado sindical de la CGT, por tener este sindicato implantación en la empresa (poco después se celebrarían elecciones a representantes de personal, con presentación, y elección, únicamente, de candidatos de la CGT). Sobre la cuestión de la composición negociadora “híbrida” por la parte trabajadora, no hay manifestación alguna en la sentencia.

b) El período de consultas constó de dos sesiones, participando la representación sindical y unitaria por la parte trabajadora, formulándose propuestas por la parte empresarial de finalización de la huelga para poder intentar llegar a un acuerdo que pusiera fin a la difícil situación económica vivida por la empresa y cómo atrasar el pago de la indemnización debida, incorporándose a la segunda reunión la persona física codemandada (recuérdese que es el administrador único de las tres empresas codemandadas). Consta recogido en hechos probados un grave incidente entre el codemandado y los representantes, en especial con el representante sindical de la CGT, que me permito reproducir por su claridad que me exime de cualquier comentario al respecto:

“**SEXTO:** A los folios 95 y siguientes de autos figuran las actuaciones practicadas remitidas a este Tribunal en relación con el Atestado 2013-000333-00000093 levantado como consecuencia de la discusión antes reseñada ocurrida el día 15 de enero de 2013 con ocasión del período de consultas. Concretamente, al folio 96 de autos los Agentes actuantes recogen cómo mientras se procede a la identificación del Sr. Jiménez Godoy

éste no cesa de insultar y amenazar a las otras personas allí presentes (los trabajadores encargados de negociar) con frases como *SOIS UNOS HIJOS DE PUTA, ME TENÉIS HARTO DE LA TROMPETITA Y OS LA VOY A METER POR EL CULO, OS JURO QUE NO OS VAIS A OLVIDAR DE MÍ*. Por parte de los agentes se le solicita que cese en su actitud para poder mediar en la situación, haciendo caso omiso de las indicaciones de los Agentes allí presentes hasta que se le informa que de no dejar de insultar se le podría denunciar por alteración del orden público (...) que mientras se procede a la identificación de este núcleo de personas JOSE RAMÓN en reiteradas ocasiones hace caso omiso de los agentes y de nuevo vuelve a proferir insultos tales como *SOIS UNOS HIJOS DE PUTA DE ESTA OS JURO QUE OS VAIS A ACORDAR SOIS UNOS MIERDAS, SOIS ESCORIA A TI TE VOY A METER LA TROMPETA POR EL CULO* (refiriéndose a Juan Carlos Álvarez Redondo), teniendo que intervenir los agentes ya que JOSE RAMÓN se dirigía a los presentes en actitud amenazante alzando los brazos y dando empujones.

*Que JOSE RAMÓN comenta a los agentes que está harto de los trabajadores y de que se pongan en la puerta de la empresa con pancartas y realizando pintadas en las cercanías de la misma (...).*

*Que mientras se encuentran negociando tanto los abogados de la empresa como los representantes de los trabajadores JOSE RAMÓN de nuevo comienza a insultar a dichas personas diciéndoles *SEREIS UNOS HIJOS DE PUTA, ME VOY A ENCARGAR DE QUE NO OS DEN TRABAJO EN NINGUNA EMPRESA DE MADRID Y A TI GORDO DE MIERDA* (dirigiéndose a JUAN PRADO) *TE VOY A AMARGAR LA VIDA Y SABES QUE LO PUEDO HACER*. Que ante esta situación por parte de los agentes allí presentes se le vuelve a indicar que cese en su actitud ya que no beneficia en nada la situación; Que JOSE RAMÓN hace caso omiso de las indicaciones dadas por los agentes y continua haciendo comentarios hacia la persona de JUAN PRADO continuando diciendo *MIRA EL GORDO DE MIERDA QUE LO QUE QUIERES ES CERRARME LA EMPRESA QUE HIJO DE PUTA*. Los agentes informan que si continua con su actitud procederían a denunciarle por alteración del orden público”.*

c) Vuelvo al “contenido jurídico” del caso e indico que en el informe emitido por la Inspección de Trabajo se recogen una amplia serie de incumplimientos por la empresa en cuanto a la documentación que está legalmente obligada a presentar, poniendo de manifiesto que “no se han cumplido los aspectos formales contenidos en el art. 51.2 del Et y arts. 2 y 3 del Reglamento de procedimiento, al no contener la comunicación los requisitos exigidos en la citada disposición”.

La demanda fue inicialmente presentada contra la empresa Printerman, si bien se amplió con posterioridad a otras dos, por entender la parte demandante que había un grupo de empresas a efectos laborales o patológico, tanto por la confusión de plantillas como por realizar las tres empresas la misma actividad pero en diferentes fases del proceso productivo. Consta que las tres empresas se encuentran en situación de liquidación desde el 1 de febrero de 2013, y que el administrador único ha sido nombrado liquidador de las tres, ex. Art. 363 b) de la [Ley de sociedades de capital](#) “por imposibilidad de alcanzar el fin social”.

Más incidencias “interesantes” del conflicto son nuevas denuncias de los trabajadores ante la ITSS, y reconocimiento por parte de esta de que la empresa adeuda salarios a los

trabajadores y que no ha abonado 2.012 horas extras realizadas durante 2012; que los trabajadores de dos empresas prestan sus servicios en el mismo local y utilizan las mismas máquinas; que los trabajadores podían prestar, en virtud de la organización del sistema productivo, trabajo para ambas, y que un trabajador responsable del departamento contable y administrativo de una empresa realizaba también trabajos para la segunda, “sin retribución adicional o suscripción formal de contrato”. Aún más “interesante” es el dato de que el administrador único de las tres empresas percibió en 2010 una remuneración de 165.234,44 euros y que en 2011, en una situación ya definida por la empresa demandada de grave crisis económica, sus emolumentos subieron a 310.025,41 euros.

La comunicación de la extinción de los contratos a los trabajadores se produjo el 5 de febrero mediante un extenso escrito que reproduce sustancialmente la argumentación empresarial utilizada para presentar el 4 de enero el ERE extintivo.

d) Es muy interesante la lectura detallada de los fundamentos jurídicos de la sentencia, en los que se abordan, de forma muy bien delimitada, en primer lugar las excepciones alegadas por las codemandadas y que versan sobre falta de legitimación activa de la sección sindical, acumulación indebida de acciones, caducidad de la acción para la demanda ampliada a dos empresas, y falta de legitimación pasiva por inexistencia de grupo de empresas a efectos laborales.

e) Todas las alegaciones han sido desestimadas por el TSJ, con argumentos con los que coincido. Sorprende que se alegue falta de legitimación activa cuando se trata de una sección sindical del único sindicato que tiene presencia en la empresa y que, además, ha presentado ocho candidatos en una elección para delegados de personal en una empresa de 46 trabajadores. La implantación así expuesta (que no fue cuestionada en ningún momento durante el proceso negociador por la empresa) lleva a considerar a la Sala que se cumple el requisito del art. 124.1 de la LRJS, esto es que la representación sindical que presente la demanda deberá tener “implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”, o dicho en otros términos debe existir “conexión entre la organización que acciones y la pretensión ejercitada”. En relación con la presunta acumulación indebida de acciones, no se trata de tal sino de una incorrecta técnica procesal de la parte demandante al calificar de demanda “por conflicto colectivo” lo que es una demanda “por despido colectivo”, pero estando debidamente acreditado, más allá de este defecto formal, que el litigio versa sobre despidos la Sala concluye, con buen criterio antiformalista, que “un simple defecto formal no puede llevar aparejada una consecuencia negativa de tal índole pues, de aceptarse, se lesionaría sin duda el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales que consagra el art. 24 de la CE”.

f) Respecto a la presunta caducidad de la acción ejercida contra las dos empresas posteriormente demandadas, no puede aceptarse porque estamos en presencia de un único despido, acudiendo, además de referirse en apoyo de sus tesis a los art. 59.3 de la LET, 64.2 b) de la LRJS y 1141 del [Código Civil](#), a su propia doctrina contenida en la [sentencia de 1 de marzo de 2013](#) sobre el despido “uno y único” y la “única acción” contra la decisión extintiva empresarial, porque “una cosa es la caducidad de la acción, que mal puede concurrir si la demanda rectora de autos se formuló antes de agotarse el plazo previsto en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, y es inescindible en atención a quién sea el demandado, y otra, bien dispar, la imputación de responsabilidad

frente a los efectos legales del despido, al estar facultada la parte actora para traer al proceso a cuantas personas considere que puedan tener responsabilidad frente a ellos, cualquiera que sea su naturaleza u origen”. Por último, la cuestión sobre la existencia del grupo de empresas se trata de un asunto que debe resolverse ineludiblemente al examinar toda la situación empresarial cuando se ha alegado, como es justamente en el caso enjuiciado, su existencia, y poder después concluir con su existencia o no, y las responsabilidades que en su caso se deriven. No obstante, la Sala aprovecha ya este trámite formal para avanzar una conclusión jurídica (¿es el lugar correcto para ello?) al afirmar que “en cualquier caso, como luego se verá, la existencia del grupo a efectos laborales es evidente”.

g) Una vez rechazadas las excepciones alegadas, la Sala pasa al examen del cumplimiento de los requisitos formales por la parte empresarial y se detiene en primer lugar en los requisitos que debe reunir la comunicación empresarial de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3 del RD 1483/2012, concluyendo, a partir de los hechos probados, que “ninguno de ellos se ha cumplido debidamente”. La Sala se pregunta a sí misma si el hecho de que el despido afecte a la totalidad de la plantilla podría llevar a una “flexibilización” o menor concreción, y parece dejar una puerta abierta para otros supuestos que le puedan llegar, pero no lo acepta en este caso concreto en el que concurren “numerosas y graves irregularidades” que llevan a una degradación de “las exigencias legales y la determinación de los umbrales que la misma establece”. Es decir, la Sala coloca el listón de la interpretación más flexible o abierta de la norma en punto a los requisitos procedimentales a respetar a una actuación correcta por parte empresarial (de “rigor y corrección” habla la sentencia), pero no puede aceptar el incumplimiento de reglas formales cuya dicción legal es “clara” y cuya exigencia “es sencillo y de fácil cumplimiento por el empleador”, cuando se ha apreciado en todo el conflicto, y la Sala ya apunta que ha existido, “un mal hacer empresarial”. Apunto ahora incidentalmente que sobre la noción de la flexibilidad en la interpretación de la normativa que regula las obligaciones formales empresariales también se ha pronunciado recientemente la AN en su sentencia de 8 de julio citada al inicio de esta entrada, una sentencia que requiere también por su interés y sus “luces y sombras” de un comentario específico.

La Sala concluye, en segundo término, que tampoco se ha presentado la documentación económica legalmente requerida por el art. 4 del [RD 1483/2012](#) para acreditar la existencia de la causa económica alegada, ya que difícilmente puede considerarse que la acredite la memoria económica que, en sólo tres páginas, “reproduce el contenido de la comunicación”, así como también la no presentación de las cuentas de 2012 en su versión provisional y debidamente firmadas. La parte empresarial aportó otra documentación adicional, mencionada con detalle en el número 2 del fundamento jurídico segundo (ej.: copias de las declaraciones del IVA), pero aquí la Sala, con acertado criterio a mi parecer, mantiene la obligación de ajustarse, como mínimo, a lo dispuesto en la normativa vigente.

h) Sobre el período de consultas, que se está convirtiendo en numerosas sentencias en uno de los ejes centrales del litigio a la hora de la resolución por parte del Tribunal, la Sala procede en primer lugar a un estudio normativo y judicial, desde la afirmación previa y acertada de que “No puede haber verdadero período de consultas cuando no se ha proporcionado toda la información a la representación de los trabajadores desde su inicio, concretamente la documentación que señalan los arts. 3, 4, y 5 para cada uno de sus supuestos. Y ello es así porque de esta forma lo establece el art. 7 del RD 1483/12 al

señalar que los representantes deben disponer de aquella documentación a los efectos de negociar la posible consecución de un acuerdo”. Si esa es la finalidad, parece lógico y correcto que la Sala concluya que no se ha cumplido en el caso concreto, en cuanto que no se presentó toda la documentación, la empresa sólo insistió en que cesara el ejercicio del derecho de huelga y cómo aplazar el pago de la indemnización legal, y el no acuerdo se produce después de los graves insultos pronunciados por el administrador único, y liquidador de las tres empresas, hacía los trabajadores, de una manera que la Sala califica de “grave e ignominiosa”, considerando como tal el hecho de que les llamara “escoria, mierdas, etc., al mismo tiempo que tampoco considera correcta que el empresario “vociferaba que se iba a encargar de que no les den trabajo en ninguna empresa de Madrid, por la simple circunstancia de ejercitar su derecho a la huelga anunciada el día antes de la decisión de despido colectivo”.

i) Pasa a continuación la Sala al examen de la acreditación de la causa económica alegada para presentar el ERE, y parece que lo desea hacer para poner de manifiesto aquello que califica de “una serie de cuestiones relevantes” que fortalezcan jurídicamente su resolución, aún cuando afirma previamente de forma clara e indubitada que todas las irregularidades ya analizadas, todas probadas, justifican “sin necesidad de mayores argumentaciones” la nulidad del despido colectivo al amparo de lo dispuesto en el art. 124.11 de la LRJS.

Me interesa destacar, de la cuidada argumentación de la Sala, y me imagino que ese es, como mínimo, uno de los motivos por los que ha entrado, sin necesidad, en el examen de la causa alegada, que los datos económicos facilitados no demuestran la “persistente y notable caída del nivel de ingresos ordinarios o ventas, con la correspondiente falta de liquidez en la tesorería de la empresa”, y el hecho de que se haya reducido un 10 % de la cifra de negocios de 2011 con respecto a 2010 (recuérdese que no se aportaron la cuentas provisionales de 2012) no parece tan grave para extinguir los contratos de todos los trabajadores de la empresa si se repara en que durante esos dos años la empresa ha acreditado “un fondo de maniobra o capital circulante positivo”, y en especial si se tiene en cuenta el dato de que los incrementos de gastos de la empresa coinciden en el tiempo con “la desorbitada subida salarial del administrador” antes indicada, y la compra de dos vehículos de lujo por parte de la empresa, datos que ponen de manifiesto la contradicción de la (mal llamada) memoria económica cuando se alude al “recortes de gastos generalizado”. No hay, en definitiva, una “imposibilidad de cumplir con el fin social”, motivo alegado para proceder a la liquidación de las tres empresas, sino una causa irreal en cuanto que coincide una alegación de pérdidas con el hecho de que, en el mismo año, “el liquidador como hemos dicho se dobla el sueldo y procede la sociedad a la compra de los vehículos de lujo antes indicados”.

j) Parece que la Sala no quiere dejar ningún cabo suelto en su exposición, muy probablemente ante la hipótesis de presentación de recurso de casación contra su sentencia (que desconozco si se ha producido) y pasa a continuación a dar debida respuesta, en términos de cuestión jurídica de fondo y no de mera formalidad, a la alegación por la demandada de la inexistencia de un grupo de empresas entre las tres empresas codemandadas, algo que es rotundamente rechazado a partir de los hechos probados, en los que destaca la dirección y control de todas ellas por un único administrador y la prestación de servicios de forma indistinta e indiferenciadas por los trabajadores para ellas. Si existe un grupo de empresas a efectos laborales o patológico, consecuencia de que ha quedado debidamente acreditado para la Sala que hay “el

funcionamiento unitario, la prestación de trabajo simultánea, común o sucesiva, la confusión de plantillas con una apariencia externa de unidad y la creación de empresas instrumentales de otras”, remitiéndose a la sentencia del TS de 20 de marzo de 2003, la consecuencia obligada es la existencia de una nueva causa de nulidad por no haberse presentado en el período de consultas todos los datos económicos del grupo.

k) Finalmente, la Sala pasa a pronunciarse sobre la posible vulneración de derechos fundamentales por la actuación del administrador único de las tres empresas codemandadas contra los representantes de los trabajadores, en los que se incluye al delegado sindical del sindicato CGT, destacando en relación con esta cuestión que “no puede dejarse de pasar de alto una serie de elementos especialmente relevantes que se han apreciado en el presente supuesto”. Recomiendo con detalle la lectura del fundamento jurídico quinto, en el que la Sala parte de los hechos probados y que he transcrito literalmente con anterioridad para concluir que estamos en presencia de un comportamiento que vulnera la garantía de indemnidad de los trabajadores en cuanto que se produce un perjuicio para los mismo que guarda relación causal con la actuación empresarial, vulneración que se produce, recuerda la Sala con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, aún cuando no hubiera habido intencionalidad lesiva, dato que por otra parte sería bastante difícil argumentar que se produce en este litigio ya que se han constatado indicios sólidos y no destruidos mediante prueba en contrario de que la decisión empresarial del despido se adoptó como represalia al ejercicio por los trabajadores del ejercicio del derecho fundamental de huelga en defensa de sus derechos laborales (señaladamente el de percibo de la prestación económica por el trabajo realizado).

Una cuestión de especial interés, y sobre la que Sala se pronuncia debidamente, es la no presencia del Ministerio Fiscal en este proceso en el que ha quedado probada la vulneración de un derecho fundamental, siendo así que en la demanda se alegaba la vulneración del derecho pero no se llamaba a juicio al Ministerio Fiscal. La Sala, de forma muy prudente y ponderada, valora, en un examen de conjunto de todos los avatares del litigio, en el que se produjo una suspensión y en el que las partes en ningún momento hicieron “salvedad o protesta alguna” respecto a esta cuestión, y tomando en consideración el trámite preferente que se otorga por la LRJS a este proceso llega a la conclusión de que “no encuentra motivo alguno para anular las actuaciones ni, desde luego, para dejar de proteger el derecho fundamental que estima violado”, dado que no se ha producido ninguna denuncia ni indefensión, trayendo en apoyo de su tesis las Sentencias del TS de 29 de junio de 2001 y de 19 de abril de 2005, ampliamente reproducidas en el texto, de las que me quedo, por su especial interés con las manifestaciones de que “no se alcanza a comprender como pudo causar indefensión a la empresa la falta de una garantía que la ley establece, sin duda, en beneficio del trabajador”, y la de que “Si la indefensión consiste en la privación o limitación injustificada y relevante de las facultades de alegación y prueba que causa o puede causar grave perjuicio a quien la alega, resulta evidente que la falta de citación del Fiscal como parte --que no su ausencia en el acto del juicio, puesto que la asistencia que es potestativa para él-- no pudo causar ninguna indefensión a las empresas recurrentes, que mantuvieron íntegras en todo momento las posibilidades y garantías necesarias para alegar y probar cuanto estimaron necesario para su mejor defensa o resistencia”.

Constatada la inexistencia de indefensión para las demandadas, y probada la vulneración de un derecho fundamental, la Sala considera que estamos en presencia de

una actuación que debe declararse radicalmente nula, con reposición de los trabajadores a su situación jurídica anterior y al abono de los salarios adeudados por las empresas codemandadas en responsabilidad solidaria, condenando igualmente a la persona física codemandada “a estar y pasar por las anteriores declaraciones en su condición de liquidador de las sociedades”. No obstante, y siendo consciente la Sala de que los puestos de trabajo pueden haber dejado de existir, remite al juzgado de lo social ante el que se tramiten las demandas individuales de ejecución de sentencia (no aceptando la tesis de la ejecución por parte del propio TSJ) para que determine si es posible la readmisión, y en tal caso el debido cumplimiento de la sentencia, y en caso contrario la indemnización que deba percibir por extinción contractual, acudiendo a la doctrina del TC, datada de 1983 y reiterada con posterioridad de que “«tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación”. Al tratarse de la violación de un derecho fundamental, y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 183.3 de la LRJS, corresponderá a cada demandante, y así se lo recuerda la Sala, solicitar la reparación completa del derecho, “incluida si a su derecho conviniere la indemnización adicional que, ofrecidas las pertinentes bases de cálculo, consideren procedente al ser perfectamente compatible la misma con otro tipo de indemnizaciones”.

#### **100. Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de junio de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de Madrid de 14 de junio](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> del Carmen Prieto, versa sobre la demanda interpuesta por la sección sindical de UGT de la Universidad Politécnica de Madrid y la Federación de enseñanza de CC OO frente a la UPM y el FOGASA, solicitando la declaración de nulidad de los despidos de 145 trabajadores interinos cuyos puestos de trabajo habían sido amortizado por decisión del Consejo de Gobierno de dicha Universidad el 9 de marzo, y subsidiariamente la declaración de improcedencia. Según la demandada, las razones de esas extinciones, que considera que no son colectivas sino individuales en cuanto que cada una de ellas sería una extinción de contrato temporal de interinidad por vacante, se debieron al déficit económico acumulado y el incremento de la jornada laboral por imperativo legal (37,5 horas semanales).

La Sala se acoge a la doctrina del Tribunal Supremo, que acepta que es posible la extinción por amortización de la plaza y que no necesita acudir a los procedimientos de extinción colectivas de contrato, enfatizando las diferencias entre la interinidad en el sector privado y la que puede darse en la Administración, y el hecho de que las potestades organizativas de esta llevan a defender que no quedan ni limitadas ni eliminadas sus facultades sobre modificación o supresión de puestos de trabajo.

#### **101. Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de julio de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de Madrid de 28 de junio](#), de la que fue ponente la magistrada Emilia Ruiz-Jarabo, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la representación legal de los trabajadores contra la empresa CONFAIRE SA, en la que se alega, entre otras, la inexistencia de un período de consultas real y efectivo, por no haber presentado la empresa la documentación debida ni haber justificado los criterios de selección de los trabajadores afectados. La actitud de la empresa según consta en hechos probados, inflexible y “cerrada en banda” a cualquier modificación de su



propuesta inicial, llevará a la Sala a estimar la demanda y declarar la nulidad de la decisión empresarial.

La Sala, en la misma línea que otras sentencias de la Audiencia Nacional y TSJ, no cuestiona que en alguna ocasión pueda ajustarse a derecho una actuación empresarial de no modificación de la propuesta inicial, según cuáles sean las circunstancias, pero de los hechos probados concluye que nunca hubo voluntad real de la demandada de negociar, por lo que la decisión extintiva estaría viciada de nulidad. Para la Sala, “no puede entenderse que ha habido un verdadero período de consultas cuando no ha versado sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”.

### **102. Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de julio de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de Madrid de 1 de julio](#) de la que fue ponente el magistrado Benedicto Cea, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la representación de los trabajadores contra varias empresas, incluidas las tres promotoras del ERE. En la demanda se solicita la nulidad por entender que se trataba de un grupo empresarial a efectos laborales siendo así que la Sala reconoce esta existencia, si bien no algunos de los indicios habituales y definidos por la jurisprudencia (unidad de dirección, confusión de plantillas,..), sino por razones de índole económica, esto es “la existencia de trasvases dinerarios entre las empresas que lo componen, o de otras operaciones de contenido patrimonial entre ellas, no justificadas” que según alegaba la demandante, y acoge la Sala, “denotarían lo que se ha venido en calificar como caja única y que servirían para acreditar la existencia del grupo...”. Para la Sala, este dato avala la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y por consiguiente la declaración de nulidad del ERE instado en cuanto afecta a las empresas que los promovieron, pero no para todas las demás codemandadas a las que se absuelve de los pedimentos de la demanda.

### **103. Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de julio de 2.013.**

La [sentencia del TSJ de Madrid, de 22 de julio](#), de la que fue ponente, el magistrado Enrique Juanes, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por la Federación de Sanidad y Servicios Sociosanitarios de Comisiones Obreras contra varias residencias geriátricas. En los hechos probados se constata la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales o patológicos, por darse coincidencia de objeto social y actividad, el mismo administrador único, y trasvase de personal de unas residencias a otras, e incluso la manifestación escrita contenida en el contrato de una trabajadora de que, en caso de producirse un despido objetivo, sería válido para dos centros productivos. La existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y el hecho de que sólo una ha presentado un ERE, sin que las dos restantes lo hayan presentado ni hayan aportado documentación alguna, lleva a la Sala a la declaración de nulidad por no haberse respetado la normativa legal y reglamentaria sobre tramitación del período de consultas, con responsabilidad solidaria para todas las codemandadas.

### **104. Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de julio de 2013.**

La [sentencia del TSJ de Madrid de 29 de julio](#), de la que fue ponente la magistrada Begoña Hernani, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por los representantes legales de los trabajadores y la Federación de comercio, hostelería y turismo de CC OO, y contra la empresa Hostelería Unida Dos SAU y el Instituto de Turismo de España-Ministerio de Industria, energía y turismo. La decisión unilateral de la empresa de dar por extinguidos los contratos por entender que se había producido una sucesión empresarial al amparo del art. 44 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, tesis rechazada en la sentencia, lleva a declarar la nulidad de la decisión empresarial por no haber respetado la normativa sobre tramitación de un despido colectivo, en cuanto que su decisión afectó a 37 trabajadores. La sentencia también tiene interés desde la perspectiva de qué codemandada traída al proceso ha de responder de la decisión judicial, siendo HUSA y no el Instituto, “no siendo la falta de prestación del servicio de restauración imputable a la Administración sino a la contratista que deja de prestar el servicio conociendo que la suspensión de la actividad no afectaba al servicio de cafetería”.

### **105. Sentencia del TSJ de Madrid de 28 de octubre de 2.013.**

Toca ahora el turno a la [sentencia del TSJ de Madrid de 28 de octubre](#), de la que fue ponente la magistrada Alicia Catalán.

La Sala estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por varios trabajadores y declara la improcedencia de los despidos efectuados como consecuencia de la tramitación de un procedimiento de despido colectivo. Queda probado, y servirá para la citada resolución, que la parte empresarial no alegó motivos para no poner a disposición de los trabajadores la indemnización debida en el momento de la comunicación del despido, y que las comunicaciones efectuadas a cada uno de ellos no fueron puestas en conocimiento de su representante, remitiéndose a su sentencia de 14 de octubre de 2012, en la que se afirma que “La opinión mayoritaria de esta Sección de Sala es la de que la notificación a la representación legal de los trabajadores, mediante entrega de copia de la carta para su conocimiento y ulterior examen, también debe exigirse con todo su rigor, en los despidos objetivos que derivan, como aquí ocurre, de un expediente de regulación de empleo, negociado con el comité de empresa, en el que se ha alcanzado un acuerdo y en el que obra una relación nominativa de trabajadores afectados. Y ello porque ha sido el legislador, quien así lo ha dispuesto en los artículos 124.11 , 122.3 de la LRJS y 53.1 c) del ET , ordenando de manera nítida que las impugnaciones individuales, se rijan por lo establecido en la regulación de la extinción por causas objetivas”.

### **106. Sentencia del TSJ de Madrid de 31 de octubre de 2.013.**

Es momento de prestar atención a la [sentencia del TSJ de Madrid de 31 de octubre](#), de la que fue ponente la magistrada M<sup>a</sup> José Hernández.

La sentencia desestima el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador despedido en un procedimiento colectivo y que afectaba a todos los centros de trabajo de la empresa, con alegación de que no se había constituido correctamente la comisión negociadora. Para la Sala, “no resulta nada coherente que el hoy recurrente, junto con otro de los afectados por el ERE, se autoatribuyera la condición de representante de los trabajadores del centro de Algete, la empresa admitiera esa atribución y ahora diga

aquél que su designación debió haberse efectuado por medio de asamblea de todos los trabajadores del centro. No es coherente ni acorde a la buena fe, ni puede advertirse en ello causa alguna de nulidad del ERE, no sólo por lo dicho, sino porque, además, en este caso el hipotético error en la designación de representantes de los trabajadores a éstos serían atribuibles las consecuencias de su actuación”. Respecto a la negociación por centros de trabajo o en el ámbito de toda la empresa, la Sala se pronuncia, con buen criterio jurídico, a favor de la segunda opción y expone lo siguiente: “los tres trabajadores del centro de Algete afectados por el ERE mantuvieron que la extinción de sus contratos de trabajo debía negociarse considerando exclusivamente ese centro y participando dos de ellos como representantes de los trabajadores, lo cual partía del erróneo presupuesto de que la negociación debía ser centro por centro y, una vez que advirtieron que iba a ser conjunta, se negaron a formar parte de la comisión única que procedería a la negociación, pese a ofrecerse su participación, siendo obvio que la continuación de la negociación y el acuerdo así alcanzado no puede tacharse de nulo en función de los argumentos de recurso, que siguen siendo que debió haber una comisión negociadora "ad hoc" para el centro de Algete, lo que ya se ha dicho no es admisible”.

### **107. Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2013.**

La Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2013, de la que fue ponente la magistrada Rosario García Álvarez, se dicta con ocasión del recurso de suplicación interpuesto por ediciones El País SA contra la sentencia dictada en instancia por el el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en proceso de despido de un trabajador de dicha empresa.

La sentencia, de marcado carácter doctrinal, tiene especial importancia por el estudio que efectúa, y después traslada al caso concreto, sobre la eficacia de la cosa juzgada del acuerdo de conciliación judicial alcanzado en la AN el 14 de julio de 2013 y que puso fin al proceso de conflicto colectivo instado por la representación trabajadora, y sobre el carácter limitado de dicha eficacia en el proceso individual. Para la Sala, y este me parece el contenido más relevante de la sentencia, en aplicación de lo dispuesto en el art. 160 de la LRJS, “en cada uno de los despidos individuales que se hayan formulado opera como cierta y vinculante el efecto declarativo que es propio del proceso colectivo, en lo que aquí importa la existencia de causas legales para proceder al despido”. Por consiguiente, si las causas de despido existen porque se reconocieron en el acuerdo transaccional jurídicamente homologado, este acuerdo “se impone al juez de instancia y a esta Sala y nos vincula al emitir nuestro fallo, impidiendo que en el proceso individual se decida esta pretensión de modo contrario a como lo han resuelto las partes en la transacción, pues no puede haber dos resoluciones distintas de un mismo objeto procesal”.

### **108. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 2.014.**

Es objeto de anotación la [Sentencia del TSJ de Madrid de 27 de enero de 2.014](#), de la que fue ponente la magistrada Alicia Catalá. La sentencia estima parcialmente la demanda y declara no ajustada a derecho la decisión empresarial de proceder a los despidos colectivos, condenando de forma solidaria a la empresa que procedió a los mismos, “Madrid, Espacios y Congresos SA”, y la que asume su actividad en virtud de acuerdo adoptado en el Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 30 de julio de 2013,

“Madrid destino cultura, turismo y negocio SA”, al mismo tiempo que acepta la excepción de caducidad alegada por el letrado del Ayuntamiento, dado que la demanda se presentó originariamente contra las empresas ahora condenadas, y no fue hasta posteriormente cuando se amplió la demanda contra el Ayuntamiento, habiendo transcurrido en exceso el plazo de veinte días para accionar, a computar desde el día que la empresa comunicó la decisión final de despido, entendiéndose la Sala que los tres sindicatos demandantes “poseían datos suficientes, desde el inicio, para justificar su posición (del Ayuntamiento) en el proceso, en calidad de demandado...”.

La Sala desestima todas las alegaciones de defectos formales que hubieran llevado, en caso de aceptación de alguna de ellas, a la declaración de nulidad de la decisión empresarial, tales como la no comunicación formal del despido colectivo a la representación de los trabajadores (a ello me refiero en un comentario posterior), la no comunicación a dicha representación de los despidos individuales (entendiéndose la Sala que en todo caso esta cuestión deberá ser planteada en las impugnaciones de los despidos individuales que en su caso se presenten), el no respeto de la buena fe negocial (la Sala entiende que del contenido de las actas ha quedado debidamente acreditado que ha habido negociación, con diversas propuestas y contrapropuestas de las partes, y que el hecho de que no se alcance un acuerdo no implica que no se admitieran parte de las reivindicaciones de la parte social), la no entrega de la documentación solicitada (quedando probado según la Sala que sí se llevó a cabo en el marco normativo vigente), o la falta de concreción de los criterios de selección de los trabajadores afectados (entendiéndose la Sala que el hecho de que haya varios criterios concretos – preparación académica, polivalencia, productividad e importe de la retribución salarial – permite salvar esa objeción aunque la misma sea válida para otros criterios expuestos por la parte empresarial y que no pasan el filtro de la concreción requerida, tal como ya señaló la propia Sala en sentencia de 14 de octubre de 2013, no aceptándose criterios que tengan un mero carácter subjetivo y que no permitan de alguna manera su evaluación objetiva).

La Sala estimará la demanda por razones de fondo, esto es por no acreditar debidamente su situación económica negativa, no sin antes haber repasado la doctrina del TS (aún no jurisprudencia) sentada en la polémica sentencia de 20 de septiembre de 2013, y aceptando realizar ese “juicio de adecuación” al que se refiere dicha sentencia, concluyendo que las cuentas aportadas por la empresa y que reflejan pérdidas en los dos ejercicios anteriores “no nos parece que expresen la imagen real de la situación que atraviesa Madrid, Espacios y Congresos SA”, por los motivos que desarrolla a continuación (la no toma en consideración de la venta de un importante inmueble, las objeciones realizadas a dichas cuentas por la auditoría externa efectuada, o la no explicación suficiente de la “elevadísima cuantía” de los gastos de explotación en relación con la cuantía mucho menor de los gastos de personal. Para la Sala, los datos económicos aportados y las contradicciones detectadas le merecen “desconfianza”, por lo que no puede considerar probadas las causas alegadas y de ahí que la empresa que procedió a los despidos deba ser condenada solidariamente junto con la que es su continuadora según he explicado con anterioridad. Para la Sala, la solidaridad deriva de que la empresa que despidió todavía no había procedido a la extinción de su actividad cuando se produjo la subrogación de las actividades y del personal, de tal manera, afirma, que del carácter no ajustado a derecho del despido colectivo “deriva para los veinticinco trabajadores afectados un crédito indemnizatorio... que puede hacerse efectivo en la sucesora de Madrid, Espacios y Congresos SA, motivo por el que de las

consecuencias del despido debemos condenar tanto a la empleadora y autora de la decisión de extinguir los contratos, como a la entidad que ahora le sucede”.

#### **108-bis. Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de febrero de 2014.**

La sentencia [dictada el 10 de febrero](#), de la que fue ponente el magistrado Luis Lacambra, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador despedido en una extinción contractual colectiva y valida tanto los criterios de selección utilizados por la empresa como la causa que justificó la decisión, poniendo de manifiesto que existió causa organizativa que afectaba al puesto de trabajo y que, a juicio de la Sala, tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, ha desaparecido “el juicio añadido sobre la razonabilidad de la medida”.

#### **180-ter. Sentencia del TSJ de Madrid de 24 de febrero de 2014.**

La [sentencia dictada el 24 de febrero](#), de la que fue ponente también el magistrado Luis Lacambra, declara no ajustada a derecho la decisión empresarial de extinción contractual colectiva. Nuevamente se plantea la diferenciación entre grupo empresarial mercantil y grupo empresarial laboral o patológico, sin que se reconozca la existencia del segundo por no haber quedado acreditado que los trabajadores prestaran sus servicios de forma indistinta para las empresas del grupo. La falta de prueba por parte empresarial de la plena veracidad de la información económica aportada llevará a la Sala a estimar la demanda, entendiendo que ello se produjo porque los datos aportados no fueron debidamente explicados por el técnico que los elaboró (fase probatoria), por lo que en este caso se hurtó a las partes y al propio tribunal “la posibilidad de pedir aquellas aclaraciones y plantear las pertinentes dudas respecto de la situación productiva y sus consecuencias económicas, que ha desembocado en las medidas extintivas acordadas”. No es ocioso mencionar aquí el “recordatorio” de la Sala de que las causas del despido “han de ser fehacientemente e inexcusablemente probadas, aún con las recientes orientaciones normativas y jurisprudenciales habidas en la materia”.

### **XV. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO.**

#### **109. Sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2012.**

La [sentencia](#) del TSJ del País Vasco de 4 de septiembre, al igual que lo hizo la de 9 de octubre, se pronuncia sobre un supuesto de vulneración del derecho de libertad sindical de afiliados a ELA-STV afectados por un ERE de extinción de contratos. Tal como puse de manifiesto al [explicar en el blog la segunda sentencia citada](#), “se trata, sin duda, de dos sentencias que aportan un punto de novedad con respecto a las dictadas por otros TSJ y por la AN, ya que aquí el eje central del debate es la posible vulneración de ese derecho por razón de los concretos trabajadores afectados por la decisión extintiva y su militancia sindical en el sindicato nacionalista (mayoritario en el País Vasco) que ha presentado la demanda”.

2. En los hechos probados de la sentencia de 4 de septiembre queda probado, al igual que en la sentencia de 9 de octubre, que había conflictos laborales entre la dirección de la empresa (KOYO BEARINGS ESPAÑA SA) y sus trabajadores desde abril de 2009, con una convocatoria de huelga indefinida que devino tras un largo período en huelga

intermitente y que finalizó el 31 de diciembre de 2010. Varios trabajadores participaron en dicho conflicto y fueron despedidos en octubre de 2010 con alegación de causas económicas y productivas, que tras el periplo judicial de instancia (procedencia de los despidos), TSJ (estimación del recurso y declaración de nulidad por apreciar indicios suficientes de vulneración de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical) y TS (inadmisión del recurso de casación para la unificación doctrina por no apreciarse contradicción), concluyó con la reincorporación de los trabajadores despedidos a sus puestos de trabajo en julio de 2011.

Mientras tanto, se habían celebrado elecciones para representantes de los trabajadores en diciembre de 2010, con la elección de tres miembros de UGT (dos en el colegio de técnicos y administrativos, y uno en el de especialistas y no cualificados) y dos de ELA-STV (ambos en el segundo colegio). Durante el año 2011 se autorizaron dos ERES de suspensión de contratos, que tuvieron la oposición de los representantes de ELA en el Comité.

3. El ERE presentado por la empresa el 27 de febrero de 2012 afectaba a la extinción de 16 de contratos de trabajo y a la suspensión durante tres meses de otros 20, más exactamente de 25 jornadas durante dicho período, con alegación de causas económicas y productivas, y aportación de una amplia documentación de cuyo contenido se da debida cuenta en el hecho en el antecedente de hecho décimo tercero. Tras la celebración de varias reuniones durante el período de consultas, se llegó a un acuerdo entre las partes, con el voto en contra de los dos representantes de ELA-STV, quedando reducido el número de contratos extinguidos a 13 (11 de producción y 2 de oficinas) y el de suspensión a 14 trabajadores de taller, por un período de 89 jornadas de trabajos durante el año en curso, con fijación detallada de los criterios a seguir para determinar los trabajadores afectados. En fase de informe de la Inspección de Trabajo queda constancia en el antecedente décimo sexto que el Inspector actuante manifestó que a su juicio concurría la causa económica alegada por la empresa, y que en el acuerdo alcanzado no se apreciaba la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en su conclusión. En los restantes antecedentes la sentencia recoge con detalle y minuciosidad los resultados económicos de la empresa.

4. En los fundamentos de derecho cabe dejar constancia en primer lugar de que la Sala no entra en el análisis y examen de documentos presentados en lengua inglesa, sin traducción, por no ser un idioma oficial de la Comunidad Autónoma vasca y por no tener obligación los magistrados de conocer dicha lengua según lo dispuesto en el art. 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También se deja constancia de que la Sala es “mera receptora” de los informes de auditorías presentados por la empresa de los últimos cinco años, con críticas a su contenido y a las posibles lecturas contradictorias que pueden hacerse de las mismas según los intereses en juego. Igualmente, la sentencia recuerda que sólo puede pronunciarse sobre el “contenido de carácter colectivo” de la demanda interpuesta por ELA-STV, remitiendo los posibles conflictos de carácter individual a las demandas que en su caso se presenten ante los juzgados de lo social.

Una buena parte de los fundamentos de derecho giran alrededor del debate suscitado sobre la existencia de un grupo de empresas en el que estaría incluida la demandada junto a las otras empresas también traídas al litigio, realizando la Sala un amplio estudio de qué debe entenderse por grupo de empresa y alcanzando la conclusión de su existencia aún cuando falte el requisito de la prestación indistinta del trabajo por parte

de los trabajadores entre las diversas empresas del grupo, tal como ha recogido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por considerar sólidos y consistentes todos los demás datos aportados y demostrados (apariencia externa de unidad empresarial, situación de confusión patrimonial). La Sala añade una reflexión obiter dicta de indudable interés práctico, cual es que la exigencia del requisito de prestación indistinta, sin excepciones, “haría casi imposible que en empresas multinacionales con un solo centros de trabajo en España, como es la que nos ocupa, pudiera declararse la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales y pese a que el resto de circunstancias así lo avalaran”.

Con mucho cuidado la Sala analiza si con ocasión de la presentación del ERE, y del posterior acuerdo alcanzado, se ha producido vulneración de alguno de los dos derechos fundamentales laborales recogidos en el art. 28 de la Constitución, esto es el de libertad sindical y el de huelga, concluyendo de forma negativa sobre el segundo por no apreciar conexión suficiente entre el ERE y la participación de los afectados en la huelga que tuvo lugar durante 2009 y 2010, por haber transcurrido quince meses desde la finalización del conflicto.

Por el contrario, sí queda acreditada para la Sala la existencia de vulneración del art. 28.1 y también el art. 1.1 de la Directiva 1998/59/CE que prohíbe la existencia de despidos colectivos por motivos inherentes a las personas de los trabajadores. Indicios suficientes de esa vulneración, que no han sido desvirtuados por la empresa son en primer lugar que el 92 % de los despedidos están afiliados a ELA-STV, aún cuando la empresa alegara desconocimiento de este dato, algo difícil de creer para la Sala cuando todos los despedidos “se presentaron como elegibles en la candidatura del sindicato demandante y de acuerdo al Colegio Electoral al que en su caso estuvieran adscritos”, comparando este dato cuantitativo reseñado con el hecho de que el otro sindicato presente en el Comité “no se ha visto afectado en afiliado alguno tanto en el presente despido colectivo como en los anteriores despidos objetivos”. Todos estos datos, repito, así como la beligerancia del sindicato al que pertenecen los despedidos frente a la política de la empresa permiten asumir a la Sala que los indicios de discriminación por motivos sindicales existen y que podrían significar la vulneración del derecho de libertad sindical, con la obligada consecuencia de la declaración de nulidad de la decisión empresarial.

Y en efecto, la Sala declara dicha nulidad porque la empresa demandada no aporta la necesaria “justificación objetiva y razonable” respecto a los despidos acordados, como ya he apuntado con anterioridad respecto al presunto desconocimiento de la afiliación sindical de los despedidos, ni aporta datos objetivos que separen su decisión de la militancia sindical de los afectados. Una vez no demostrada ni argumentado que la decisión no tuviera un motivo antisindical, la Sala ya no entra en el análisis de las causas económicas y productivas alegadas por la empresa, aceptando a los meros efectos dialécticos que estas podrían existir pero que no va a entrar en su análisis ya que otorga prioridad a la reparación de la vulneración de un derecho fundamental. Para la Sala se trata de garantizar “que la libertad sindical no sea desconocida por el empresario bajo la cobertura formal de los derechos y facultades que le reconocen las normas laborales; necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades legalmente asignadas al empleador”.

5. Para concluir, recuerdo que la [sentencia de 9 de octubre](#) apreció igualmente la vulneración del derecho de libertad sindical a partir de un dato objetivo, que el 54,49 % de los afectados estaban afiliados a un solo sindicato, en concreto a ELA.STV, dato que para la Sala era suficiente indicio, y así lo expliqué en mi comentario, “como para trasladar la carga de la prueba a la demandada, prueba que no puede aportar, e incluso “ni lo ha intentado” según la Sala, ya que no hay criterios conocidos que haya podido seguir la empresa para tomar las decisiones sobre trabajadores concretos, pues tal como consta en el FJ séptimo “tampoco ha expresado ni un solo criterio de determinación o designación de los concretos trabajadores a los que va extinguiendo los contratos, desconociéndose si se está haciendo por sectores en relaciones a las necesidades productivas, o si se están siguiendo criterios personales tales como la antigüedad...””.

### **110. Sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de octubre de 2012.**

La vulneración del derecho fundamental de libertad sindical con motivo de un ERE ya había sido analizada, con aceptación de la demanda, en la sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de septiembre, y vuelve a plantearse, con igual estimación de la demanda, en la [dictada el 9 de octubre](#) con ocasión de la interpuesta por ELA-STV y el Comité Intercentros de la empresa Celsa Atlantic SA. Se trata, sin duda, de dos sentencias que aportan un punto de novedad con respecto a las dictadas por otros TSJ y por la AN, ya que aquí el eje central del debate es la posible vulneración de ese derecho por razón de los concretos trabajadores afectados por la decisión extintiva y su militancia sindical en el sindicato nacionalista (mayoritario en el País Vasco, no se olvide) que ha presentado la demanda, porque las extinciones se han producido en dos centros de trabajo situados en esa Comunidad Autónoma, aunque la empresa también tiene centros fuera de la misma.

En los hechos probados queda constancia de un conflicto entre empresa y trabajadores con ocasión de la propuesta empresarial de modificación de condiciones de trabajo al amparo del art. 41 de la LET, la convocatoria de una huelga indefinida por los trabajadores a partir del 8 de mayo de este año, y la comunicación al día siguiente de un escrito de la dirección de la empresa citando a la representación del personal (comité intercentros) para iniciar el período de consultas por presentación de una ERE por razones productivas y económicas, versando las primeras “sobre descenso de pedidos, ventas y facturación”, y la segundas en resultado neto de explotación negativo en el ejercicio 211 y unas pérdidas acumuladas a 31 de marzo de 2012 de 79 millones de euros. Consta acreditado igualmente que de las 178 extinciones contractuales operadas por la empresa 97 han sido de trabajadores afiliados a ELA-STV. Es ciertamente muy importante para la resolución del conflicto, y así lo ha tenido en consideración el TSJ, el informe preciso de la ITSS, en el que se manifiesta que las razones económicas, que implican el cierre de los dos centros de trabajo ubicados en el País Vasco, “podrían justificar la adopción de medidas tendentes a reducir el gasto social vía extinción colectiva, pero en ningún caso el cierre definitivo y la extinción de contratos de toda la plantilla”, con mención expresa al hecho de “la no disminución de ingresos ordinarios o ventas de manera persistente durante tres trimestres consecutivos”.

El núcleo fundamental de la sentencia, que desestima en primer lugar cuestiones formales sobre la pretendida, y no aceptada, falta de legitimación del Comité Intercentros y de ELA.STV para interponer la demanda, es la posible vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga, por lo que la Sala acude a las reglas procesales de la inversión de la carga de la prueba previstas en el art. 181.2 d) de la



LRJS y examina si se han aportado indicios suficientes para trasladar la carga de la prueba a la parte demandada, concluyendo que tales indicios “se nos han proporcionado sobradamente”, por la clara relación entre la huelga iniciada el día 8 de mayo y el ERE iniciado el 20 de abril, siendo así que las medidas planteadas en este son mucho más duras que las presentadas en la propuesta de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pasando en pocos días, y sin que haya justificación económica al parecer de la Sala, de una propuesta que incluía extinción de 91 contratos a otra que implica la decisión de extinguir 358 contratos en dos centros de la provincia de Álava.

Del conjunto de la prueba practicada, y del importante informe de la ITSS, la Sala concluye que la empresa sí ha acreditado que tiene una situación económica complicada, “pero en modo alguno se prueba que esta situación sea suficiente para poder adoptar la medida extintiva de la intensidad de la adoptada”. La Sala considera suficientemente probada, y mucho más ante la inexistencia de causa económica, “una directa e inmediata conexión entre el ejercicio del derecho de huelga por la plantilla de los centros de trabajo de la demandada en Araba y la decisión empresarial impugnada”.

Sobre la vulneración del derecho de libertad sindical se ha de partir de un dato objetivo, que el 54,49 % son de afiliados a un solo sindicato, en concreto a ELA.STV, dato que para la Sala es suficiente indicio como para trasladar la carga de la prueba a la demandada, prueba que no puede aportar, e incluso “ni lo ha intentado” según la Sala, ya que no hay criterios conocidos que haya podido seguir la empresa para tomar las decisiones sobre trabajadores concretos, pues tal como consta en el FJ séptimo “tampoco ha expresado ni un solo criterio de determinación o designación de los concretos trabajadores a los que va extinguiendo los contratos, desconociéndose si se está haciendo por sectores en relaciones a las necesidades productivas, o si se están siguiendo criterios personales tales como la antigüedad...”.

#### **111. Sentencia del TSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2.012.**

Lejana en el tiempo, pero con un contenido doctrinal de elevada categoría, es la [sentenciadictada el 27 de noviembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco](#), de la que fue ponente el magistrado Manuel Díaz de Rábago, y que muy probablemente “escapó” de mi control más o menos regular de las sentencias publicadas en el CENDOJ por tratarse de una demanda de despido planteada como consecuencia de la extinción del contrato por la vía de un ERE acordado entre la empresa y la representación de los trabajadores.

Este “olvido” ha sido “subsano” después con el estudio de dos importantes sentencias de los TSJ de Castilla y León, y País Vasco, sobre el derecho del trabajador despedido a percibir su indemnización aunque haya habido acuerdo en el período de consultas para diferir su pago, siempre y cuando obviamente la empresa no pueda probar que no dispone de liquidez para hacer efectiva la misma. Esta misma cuestión se planteó por el trabajador despedido en su demanda ante el juzgado de lo social, pero no fue examinada por el juzgador al haber declarado la improcedencia por no haberse respetado el período mínimo de 30 días que el art. 51.4 de la LET establece que debe ser respetado por el empleador desde que se comunica a la autoridad laboral el inicio del período de consultas hasta la fecha de efecto del despido. También se planteó en la demanda la inexistencia de la causa productiva alegada, pero ello tampoco fue objeto de atención por el juzgador.

Vista ahora en perspectiva histórica, resulta cuando menos curiosa la argumentación empresarial de que el art. 51.4 limita su alcance a los despidos sin acuerdo, “puesto que cuando se alcanza acuerdo sólo cabe declarar la procedencia, sin que los trabajadores puedan impugnarlos, no aplicándose a los mismos lo dispuesto en el art. 53.1 ET (carta de despido individual y puesta a disposición de la indemnización)”.

La Sala pasa revista a la normativa de aplicación en razón del momento del inicio de tramitación del ERE, esto es el art. 51 de la LET y el RD 801/2011, sin olvidar la importancia de la Directiva comunitaria de 1998 sobre la materia y el Convenio número 158 de la OIT, con el reconocimiento del derecho del trabajador a la impugnación del despido, y mucho más cuando el acuerdo en un despido colectivo no tiene la presunción de legalidad que sí le atribuye de forma expresa el art. 47 de la LET a los ERES de suspensión de contratos y de reducción de jornada, diferencia que la Sala considera “de la máxima relevancia”. Esa diferencia y la interpretación de la normativa internacional y comunitaria llevan a la Sala a concluir que “Decae, con ello, la comprensión del acuerdo alcanzado en un despido colectivo entre empresario y los representantes de los trabajadores como expresión de concurrencia de la causa, sin perjuicio de que si así se manifiesta de manera expresa en los términos del pacto alcanzado (no es el caso del acuerdo alcanzado en el despido colectivo de autos) pueda valorarse como un medio probatorio de dicha concurrencia y que, aunque pueda estimarse cualificado, queda sujeto a valoración con el resto de la prueba válidamente practicada en el litigio sobre dicho extremo de controversia”.

Además, de la dicción del art. 51.6 LET es claro para la Sala que también los despidos con acuerdo están sujetos a control judicial y que por consiguiente “el acuerdo con los representantes de los trabajadores no elimina el control de la causa”. La imposibilidad de impugnar por la parte trabajadora el despido, aun existiendo acuerdo en el período de consultas, sería contraria a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, y así se cuida de recordarlo el Tribunal.

Insiste la Sala, en una sentencia de marcado carácter doctrinal, en que el legislador español no ha querido dar el efecto de presunción de concurrencia de la causa en los despidos con acuerdo, y que todas las extinciones “han quedado sujetas al cumplimiento de determinadas formalidades, cuya transgresión genera la declaración de improcedencia”. Uno de esos requisitos es justamente el de puesta a disposición de la indemnización, y el hecho de no hacerlo genera el incumplimiento por parte empresarial, en cuanto que la empresa sí está obligada al respeto de lo dispuesto en el art. 53 de la LET. Con sinceridad, me gusta y resulta bien convincente el argumento de que si el legislador hubiera querido introducir algún cambio al respecto, lo hubiera debido anunciar de alguna manera, o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “un cambio de esa relevancia se habría anunciado, cuando menos, en el preámbulo del RDL y habría salido a relucir en el debate público sobre su alcance, lo que nadie ha defendido ni insinuado”. Por el contrario, sí entiende la Sala existente la concurrencia de la causa productiva, en cuanto que las menores necesidades de mano de obra por parte de la empresa (de seguridad) por razón de la disminución de las necesidades de seguridad por muchas personas de relevancia política abonarían la validez de la decisión empresarial.

## **112. Sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012.**

Estaba consultando las páginas web de las organizaciones sindicales cuando encontré esta noticia [“Valoración positiva del Comité de Empresa de Corrugados Azpeitia ante la sentencia del TSJPV”](#). El interés de la noticia me animó a buscar el [texto de la sentencia](#), y tuve la suerte de encontrarla después de un buen período de rastreo.

Auguro que la sentencia no recibirá el visto bueno ni será del agrado de los autores de la reforma laboral, ni tampoco de quienes en los últimos tiempos están mostrando su insatisfacción, ya no sólo en privado sino también en público, por los formalismos y rigurosidades impuestas por la judicatura en la aplicación de la nueva regulación de los expedientes de regulación de empleo, aunque más correcto sería decir que aquello que hacen los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional es sólo aplicar lo que disponen los artículos 47 y 51 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), su desarrollo reglamentario (según la fecha de conocimiento del conflicto) y la importante [Directiva comunitaria de 1998 sobre despidos colectivos](#) y cuya utilidad me anima un poco a seguir creyendo en la importancia del modelo social europeo (bueno, no sólo en este ámbito sino también en la ordenación del período vacacional por ejemplo, y las importantes resoluciones del TJUE que han llevado a la importante sentencia de nuestro TS de 3 de octubre, dictada en Sala general, en la que se reconoce el derecho al disfrute “auténtico” de vacaciones aún cuando la baja se haya producido durante dicho período). Dicho sea incidentalmente, ya hay un amplio análisis doctrinal del art. 51 de la LET, pero mucho menos del [RD 1483/2012 de 29 de octubre](#), siendo de especial interés la lectura del artículo del profesor A.V. Sempere Navarro publicado recientemente en la revista [Aranzadi Social](#), en el que de forma muy didáctica analiza la citada norma y aprovecha, según sus propias palabras, “para realizar algunas reflexiones críticas acerca del nuevo régimen jurídico del despido colectivo, sus dificultades, inconcreciones o riesgos”.

La [sentencia del TSJ de 11 de diciembre](#), podría resumirse a mi entender en una frase muy parecida a ésta: las empresas tienen ahora mayor libertad para proceder a expedientes de regulación de empleo, dada la supresión de la autorización administrativa laboral, pero la normativa obliga a que el período de consultas sea de auténtica negociación y nunca de imposición de la tesis inicial empresarial, algo que ciertamente supone una limitación al poder de decisión empresarial y que obliga, y las empresas lo están haciendo con mucha lentitud, a ajustar sus estrategias negociadoras, no ya sólo por lo que respecta a las causas aducidas para presentar los ERES sino también para demostrar que hay una voluntad real de negociar con la parte trabajadora para evitar o atenuar los efectos negativos de la medida sobre los trabajadores afectados.

En síntesis, la sentencia encuentra su origen en la demanda presentada por los sindicatos ELA-STV y LAB, y por varios integrantes del Comité de Empresa afiliados a dichos sindicatos contra la decisión de la empresa de extinguir los contratos de 60 trabajadores por causas económicas, organizativas y productivas. Desde la perspectiva procesal es interesante destacar que el juicio se celebró el 16 de septiembre y que el Tribunal, al amparo de la normativa vigente (art. 87 de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social](#)), concedió un plazo a las partes para que formularan sus conclusiones por escrito, trámite que se dio por cumplimentado “por diligencia de ordenación de 12 de noviembre”. La Sala hace constar que no se ha respetado el plazo para dictar sentencia “dada la complejidad del asunto”, y desde luego tras la lectura de la sentencia coincido en la existencia de dicha complejidad y el importante esfuerzo de argumentación jurídica llevado a cabo por el Tribunal.

De los hechos probados interesa destacar que el Comité de Empresa estaba integrado por cinco representantes de ELA, dos de la LAB y seis de una candidatura independiente, y que en enero de 2012 la autoridad laboral había autorizado un ERE de extinción de 100 trabajadores y de suspensión contractual de 303 más durante un promedio de 60 días, autorización que se vinculaba, y el dato me parece importante destacarlo aunque no incida directamente en la resolución del Tribunal, “con el compromiso de continuidad y empleo presentado a la Autoridad Laboral, a virtud del cual el Grupo Alfonso Gallardo se responsabilizaba de mantener la actividad de la industria durante el período de duración del Plan de Viabilidad 2012-2016 y se comprometía a favorecer y no obstaculizar el que desde Corrugados Azpeitia SL se desarrollasen las operaciones mercantiles necesarias y las actividades de explotación conducentes al cumplimiento del Plan. A tal fin, Corrugados Azpeitia SL recibió del Gobierno Vasco un Préstamo Participativo de 5.000.000 euros, destinado exclusivamente a la financiación del Plan de Viabilidad”.

Poco tiempo después, el 31 de mayo, la empresa anunció a la representación del personal su intención de presentar un nuevo expediente de extinción de 60 contratos y suspensión del resto (por cierto, no se incluían a los miembros del comité de empresa y delegados sindicales, y se “dejaba” a su decisión si eran incluidos en el ERE o no), intención que se concretó jurídicamente el 15 de junio y que encontraba su causa en “el incumplimiento de las previsiones del plan de viabilidad” y que hacían insuficiente, a juicio de la empresa, el ajuste de plantilla realizado con el ERE anterior. Tras la reunión del 31 de mayo, los trabajadores de la empresa acordaron llevar a cabo una huelga de una semana, del 15 al 22 de junio, y posteriormente tomaron el acuerdo de convocarla con carácter indefinido a partir del día 23 del mismo mes.

Elementos destacados del conflicto, siempre según hechos probados, y que incidirán de forma decisiva en la resolución del Tribunal son básicamente dos: el primero, que cuatro días después de la presentación del ERE, la empresa “comunicó a los trabajadores afectados por la medida extintiva su inclusión en la misma”, y que durante todo el período de consultas (siete sesiones) la empresa no modificó su postura inicial de extinción de 60 contratos. De la síntesis que efectúa el Tribunal de las actas del período de consultas (período que, vuelvo a insistir, está adquiriendo cada vez mayor importancia, no sólo de carácter formal sino en cuanto a su desarrollo, contenido y resultados) destaco una referencia de interés: en la segunda reunión se expuso por la empresa “que el ajuste de la plantilla de 60 personas no puede ser objeto de consideración”, tesis mantenida en las restantes sesiones sin ningún cambio, negándose a aceptar otras propuestas presentadas por la parte trabajadora y manifestando sólo su disponibilidad a estudiar las extinciones voluntarias siempre y cuando se presentara alguna “solicitud individual”, y confirmando la decisión en la última reunión, coincidiendo esta con “el mantenimiento de las extinciones de los contratos de trabajo de los 60 trabajadores cuyos datos personales fueron detallados en la apertura del período de consultas”.

En la documentación de apertura del período de consultas, la empresa aportó, junto con la relación de las personas afectadas por la extinción de sus contratos, los criterios utilizados para adoptar la decisión, el plazo en que se producirían una vez finalizado el trámite procedimental, y las indemnizaciones a percibir, así como también las medidas a adoptar con la empresa adjudicataria del plan de recolocación, al afectar el ERE

extintivo a más de 50 trabajadores. De los 60 trabajadores despedidos 30 estaban afiliados a ELA y 14 a LAB.

Como nueva estrategia empresarial, lo de nueva lo digo yo ciertamente pero es lo que permite la reforma laboral de 2012, mientras el ERE extintivo y de suspensión estaba en período de consultas, la empresa comunicó al Comité su intención de proceder a “modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de la totalidad de la plantilla por causas económicas y productivas”, al amparo del art. 41 de la LET. Obsérvese, pues, el importante margen de flexibilidad que otorga la reforma laboral con el juego combinado de los artículos relativos a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensiones de contratos de trabajo o reducción de jornada, y extinciones contractuales.

En los fundamentos de derecho la Sala debe conocer en primer lugar de una excepción procesal alegada respecto a la falta de legitimación activa de los demandantes miembros del Comité de Empresa, tesis aceptada en cuanto que no se puede cuestionar en modo alguno la legitimación sindical para presentar la demanda por su relación con el conflicto (presencia de varios de sus miembros en el comité, e importante número de despedidos pertenecientes a los sindicatos demandantes), pero sí la de los miembros de empresa a título individual, que no tienen legitimación activa para impugnar, ex art. 124 LRJS, a título individual, “y tampoco en nombre del órgano unitario cuya representación no acreditan ni deviene del mero hecho de que sean la mayoría”.

Sobre la vulneración de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical no se considera suficientemente probado, a través de la prueba de indicios que permita invertir la carga de la prueba, ninguno de ellos, tras proceder la Sala a un riguroso análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional y del nuevo marco normativo procesal recogido en los arts. 177 a 184 de la LRJS. La Sala argumenta que la convocatoria de huelga fue anunciada antes de la presentación del ERE, justamente como respuesta a las intenciones manifestadas previamente por la empresa de su presentación, y de ahí que entiende que no hay relación de conexión entre ERE y vulneración del derecho de huelga. Respecto a la vulneración del derecho de libertad sindical, tampoco se considera acreditado, además de formular varias críticas formales a la parte demandante en cuanto que dicha alegación se formuló por primera vez en el acto del juicio, y también porque no hubo ninguna manifestación de esa pretendida discriminación durante el período de consultas, en el que la parte trabajadora ya conocía los nombres de los trabajadores despedidos. Como criterios más objetivos, la Sala argumenta que no ha quedado probado que la empresa conociera la militancia sindical de los despedidos, tampoco el número total de afiliados sobre el conjunto de la plantilla, y que la empresa no haya utilizado criterios objetivos en la selección. Dicho eso, sí me resulta sorprendente, por mucho que se alegue doctrina constitucional, que la Sala no otorgue mayor valor al hecho de que “el 73,66 % de los trabajadores a los que alcanzó la decisión extintiva estuviesen afiliados a los sindicatos ELA y LAB”, y supongo que ha pesado más en la decisión judicial la falta de una estrecha vinculación entre este dato y la decisión empresarial.

El fundamento jurídico cuarto es la pieza más importante de la sentencia a mi parecer, y donde la Sala ha realizado un amplio esfuerzo de argumentación jurídica para llegar a la conclusión de que la decisión de la empresa es nula por vulnerar la normativa sustantiva y procesal vigente.

Una primera cuestión de interés es cómo interpreta el art. 51.2 LET y su primacía sobre la normativa reglamentaria en aquel momento vigente, el RDL 801/2011 y la Orden ESS/487/2012, pero en un sentido muy diferente, por poner un punto claro de referencia, al de las sentencias dictadas por el TSJ de Galicia, en cuanto que la tesis del TSJ del País Vasco otorga mayor protección a los derechos de los trabajadores, ya que es del parecer que en la comunicación de apertura la empresa deben aportarse los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido, de forma que no se acepta la tesis de aplicación de la normativa reglamentaria y por consiguiente “la individualización a priori de los trabajadores a los que se proponía despedir, no eximía a la mercantil demandada de la obligación de consignar, en el referido escrito, los criterios de selección”. Es aquí donde la sala recuerda el amplio margen de discrecionalidad de que dispone el empleador siempre que actúe conforme al marco legal, y también la importancia del período de consultas previsto en la directiva comunitaria de 1998 y su interpretación jurisprudencial, destacando que aquello que importa es que la representación del personal disponga de los criterios utilizados por el empleador para poder formular sus propuesta, y no tanto el nombre de los trabajadores afectados, de tal manera que “si bien no puede exigirse al empresario una exhaustiva descripción de los criterios de selección de los trabajadores a los que va alcanzar el despido, sí se requiere que la comunicación primigenia proporcione a los representantes del personal un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de aquellos, de forma que durante el período de consultas puedan proponer su corrección, o presentar otros criterios alternativos, a fin de reducir el número de despidos y atenuar sus consecuencias, lo que no resultará factible cuando en la aludida comunicación sólo se recojan pautas genéricas e imprecisas”. Tras esta cuidada argumentación, y aplicada al caso enjuiciado, la Sala entiende que la empresa cumplió con sus obligaciones legales, a partir de la documentación obrante en autos, y más si acompañó a esos criterios la relación de trabajadores afectados, algo que hacía más fácil el análisis de idoneidad de la medida adoptada.

La Sala debe conocer de otras argumentaciones de la parte demandante sobre omisión de informes técnicos justificativos de las causas organizativas y económicas, y de la previsión de pérdidas, rechazando la petición porque se trataba de la alegación de unas causas que no requerían de tales informes, y también rechaza otras críticas de incumplimiento de los apartados 9, 10 y 11 del art. 51 LET, tanto por no haber quedado probado como porque en ningún caso podrían llevar a declarar la nulidad del despido, en cuanto que el art. 124.9 de la LRJS, modificado por el RDL 3/2012. “sólo sancionaba con nulidad las inobservancias del art. 51.2 ET”.

El núcleo duro de la sentencia es la respuesta de la Sala a la petición de nulidad de los despidos por no haber tenido la empresa voluntad negociadora durante el período de consultas y haber incumplido por ello las exigencias de la buena fe, acudiendo la Sala, para resolver este conflicto, a lo dispuesto en el art. 51.2 de la LET y a la Directiva 98/59, y partiendo de lo reflejado en los hechos probados y la actitud inflexible de la empresa durante el período de consultas. Para la Sala, con apoyo en la normativa europea y en la interpretación que ha efectuado de la misma el TJUE, el período de consultas ha de servir para permitir a los representantes de los trabajadores “formular propuestas constructivas” al objeto de mitigar el impacto de la decisión empresarial, y también para posibilitar el acuerdo entre las partes, por lo que concluye que el período de consultas “es un verdadero proceso de negociación”, que constituye una auténtica

obligación según la sentencia del TJUE de 27 de enero de 2005, y que debe estar guiado a juicio de la Sala “por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe”, es decir no adoptar una posición meramente formal de respeto de la legalidad, sino “mostrar una actitud abierta y dialogante”, algo que casa mal con mantener “una posición inamovible e inflexible” como la que mantuvo la empresa durante el período de consultas.

Obsérvese, pues, cómo analiza la Sala este período, tanto en términos de estricta legalidad como de estrategia negociadora por cada una de las partes, debiendo existir en cualquier caso una negociación de buena fe por ambas partes, algo que no se dio por parte empresarial según la Sala y que queda debidamente acreditado por las razones expuestas con todo detalle en el apartado cuarto del fundamento jurídico cuarto. La Sala es consciente de que su parecer sobre el período de consultas puede limitar el poder de decisión empresarial y añade a continuación que no se trataba de que la empresa redujera obligatoriamente el número de trabajadores despedidos si su tesis era procedente y bien y objetivamente justificada, pero que vulneraba la buena fe la forma cómo actuó la empresa desde el inicio del período de consultas, esto es “que al imponer como premisa previa y fundamental, antes de iniciar la negociación, que ni siquiera cabía hablar de un aspecto tan básico y relevante como el apuntado, cometió la infracción que se le imputa”. Por su interés para otros litigios, reproduzco textualmente los argumentos de la Sala para afirmar que la empresa no respetó la regla de buena fe durante el proceso negociador:

“a) la faceta excluida por la empresa de la negociación - el número de contratos a resolver - forma parte del contenido mínimo del período de consultas;

b) el carácter categórico de la negativa a abordar ese punto, y la ausencia total de explicaciones por parte de la demandada, acerca de los motivos por los que resultaba absolutamente innegociable;

c) la inexistencia, tan siquiera, de elementos de juicio de los que se pueda deducir la razonabilidad de la postura empresarial el sentido de que la disminución del número de extinciones resultaba del todo punto imposible;

d) la posición de la demandada impidió a la representación de los trabajadores formular propuestas en torno a ese tema, y su posterior discusión;

e) el proyecto extintivo iba acompañado en paralelo por medidas de flexibilidad interna (suspensión de contratos, reducción de salarios y ampliación de la jornada laboral), objeto de negociaciones paralelas, lo que constituía un marco especialmente propicio para el intercambio de ideas encaminadas a reajustar a la baja el volumen de mano de obra sobrante, máxime si se tiene en cuenta que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal no afectado podía provocar rescisiones voluntarias de contratos de trabajo, como efectivamente sucedió, según se puso de manifiesto en la vista oral;

f) la proximidad del anterior expediente de regulación de empleo en el que la empresa había obtenido autorización para extinguir 100 contratos de los 140 solicitados.

g) en el contexto del que se ha dado cuenta, la decisión empresarial de nominar «ab initio» a las personas a las que tenía intención de despedir e informarles individualmente de su propósito, violentó las reglas de la buena fe, pues su finalidad fue la de llevar el ánimo de los afectados, y de sus representantes, que la extinción anunciada tenía carácter firme, sin posibilidad de discusión alguna en cuanto al número y a la identidad de los trabajadores afectados”.

### **113. Sentencia del TSJ del País Vasco de 15 de enero de 2.013.**

Efectúo a continuación el comentario a la [sentencia dictada el 15 de enero por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco](#), de la que ha sido ponente el magistrado Emilio Palomo, que podría ser muy breve y reducirse a la siguiente frase: “esta sentencia se pronuncia en los mismos términos, y ante un supuesto prácticamente idéntico, que la [dictada porests del TSJ de Castilla y León el 23 de enero](#). Ahora bien, la rigurosidad jurídica y el cuidado esfuerzo argumental desarrollado por la Sala en su resolución merecen, sin duda, que le dedique algo más de atención.

A) El litigio no versa directamente sobre un ERE sino sobre el derecho del trabajador despedido a percibir la indemnización en el momento que se extingue el contrato, cuando en el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores se había acordado que el pago se diferiría en el tiempo. Por consiguiente, se trata de un recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 5 de San Sebastián, que desestimó su demanda, y que encuentra su fundamento jurídico en la vulneración alegada del art. 53.1 de la [LET](#), es decir “en la incorrección formal del acto de notificación individual del despido colectivo, como acto posterior y separado del pacto suscrito por los negociadores”, quedando claro en el recurso, y así también en la demanda interpuesta previamente ante el juzgado, que no se cuestionaba la validez del acuerdo alcanzado en el ERE instado por la empresa.

La Sala pone de manifiesto que el interés que hace valer el trabajador es “concreto, legítimo y actual”, con la finalidad de que se declare “la ilicitud, por defectos de forma, del acto de comunicación individual de su despido...”. La cobertura jurídica de este interés viene dada con carácter general, expone la Sala, por el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la [Constitución](#), concretada en el plano normativo legal por el art. 7.3 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) (“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión...”), 17.1 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) (“Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes”), y art. 5 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (“1. Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”). El TSJ del País Vasco, en la misma línea que el de Castilla y León, defiende la existencia de acción del trabajador individualmente considerado, no sólo por la fundamentación jurídica ya expuesta, sino también porque está afectado por un despido colectivo frente al que carece, ex art. 51 de la LET, “de legitimación para impugnar, de manera directa y general, el acuerdo alcanzado en el período de consultas y las estipulaciones contenidas en el mismo”.



Además, la posibilidad de acudir a la vía del procedimiento de despido por causas objetivas previsto en los arts. 121 a 123 de la LRJS cuando el trabajador considera que no se han cumplido las formalidades obligadas para proceder a la extinción del contrato no suscita ninguna duda para el Tribunal en el caso concreto enjuiciado, con independencia de que hubiera podido acudir al procedimiento ordinario para reclamar el pago de la indemnización no abonada.

B) Como ya he apuntado, las dos sentencias de los TSJ del País Vasco y de Castilla y León se parecen como dos gotas de agua, pero ya no sólo en la fundamentación sino también en el riguroso y cuidado análisis efectuado del marco normativo vigente desde la aprobación del [Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. De dicho análisis me interesa ahora destacar como se acude al art.3.1 del [Código Civil](#) y a la utilización conjunta de los diversos criterios hermenéuticos recogidos en el mismo para llegar a una conclusión favorable a la tesis de la declaración de improcedencia del despido por causas objetivas cuando no se haya puesto a disposición del trabajador despedido la indemnización legal fijada, “sin establecer distinción alguna en razón de que el tiempo de consultas haya terminado con avenencia o sin ella”. Recordemos que el art. 3.1 del Código Civil, al que me refiero en numerosas ocasiones en todas mis actividades docentes para destacar su importancia a los efectos de interpretación de las normas, dispone que “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

C) En mi estudio de la sentencia de 23 de enero del TSJ de Castilla y León expuse lo siguiente: “Estamos, pues, en presencia de una actuación colectiva, de una decisión adoptada por la representación de los trabajadores que incide sobre derechos individuales, debiendo recordarse ahora por mi parte el amplio haz de funciones y competencias que les atribuye el art. 64 de la LET y también la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de que su actuación puede limitar derechos individuales en el marco de la adopción de medidas que puedan repercutir de forma favorable sobre el conjunto de los trabajadores a los que pueda afectar la decisión. Ahora bien, una vez sentada esta afirmación por mi parte, hay que recordar, y así lo hace la Sala, que existen determinados límites a la limitación, valga la redundancia, de los derechos individuales por decisiones colectivas, siendo uno de esos límites, de acuerdo a las reglas de las fuentes del Derecho del Trabajo fijadas en el artículo 3 de la LET, la imposibilidad de “pactar condiciones por debajo de los mínimos legales de Derecho necesario”, considerando la Sala que entra en ese supuesto el percibo de la indemnización legalmente prevista en caso de despido objetivo y de forma automática junto con la comunicación de la extinción. Aceptado que ese “mínimo” de Derecho necesario puede verse alterado, legalmente, como consecuencia de la falta de liquidez de la empresa para el abono de la indemnización, la Sala acepta en tal caso que pueda diferirse el pago y ser objeto su fijación de acuerdo colectivo, pero como esa falta de liquidez no ha quedado probada en el litigio enjuiciado (y de ahí la importancia de los hechos probados, no siéndolo que el trabajador afectado hubiera dado su autorización a dicho acuerdo, y sí que la Sala parte “de que no está acreditada la situación de falta de liquidez para el pago de las indemnizaciones por despido...”), ni la decisión empresarial unilateral ni un acuerdo en ERE pueden imponer esperas a los trabajadores acreedores de la indemnización, ya que “tales esperas no justificadas suponen romper la simultaneidad exigida legalmente y determinan la improcedencia del despido”.

La Sala es consciente de que el nuevo marco legal de los ERES concede un rol prioritario al período de consultas para negociar, y acordar en su caso, todas aquellas medidas, que sirvan para atenuar los efectos de la decisión empresarial, entre las que, añadido yo ahora, podría encontrarse el pago aplazado de las indemnizaciones si hubiera justificación suficiente para ello por razones de falta de liquidez. Pero, una vez realizada esta afirmación, hay que estar de acuerdo con la afirmación de la sentencia analizada de que las posibilidades abiertas durante el proceso negociador “no implica derogación algunas de la obligación de respetar los derechos mínimos de los trabajadores individuales reconocidos por la Ley laboral”, concluyendo pues con la declaración de improcedencia del despido por esta causa”.

D) Con muy parecidas palabras, y tras un excelente análisis de la normativa vigente, y con utilización de los diversos criterios interpretativos que permite el Código Civil, el TSJ del País Vasco defiende la misma tesis, rechazando una interpretación de la normativa aplicable que pudiera llevar a entender que en los ERES “se pueden pactar indemnizaciones inferiores a la establecida legalmente para los expedientes sin acuerdo, y que los trabajadores afectados por los primeros no tendrían derecho a percibir la indemnización en el momento de recibir la comunicación de cese a diferencia de los segundos (salvo si las causas alegadas son económicas y la empresa carece de liquidez)”, rechazando de plano la Sala, pues, que puedan darse diferencias respecto de las formalidades aplicables a la comunicación individual del despido. Por consiguiente, la empresa queda obligada, con carácter general, a poner a disposición del trabajador despedido la indemnización legal fijada por la LET.

Dicho sea incidentalmente, la lectura y estudio de la sentencia ahora comentada me ha permitido acceder a otra dictada en fecha anterior, el 27 de noviembre, en la que también el TSJ se pronuncia sobre la misma cuestión, si bien de forma mucho más incidental ya que no es el eje central del conflicto, rechazando la validez de la puesta a disposición de una mínima parte de la indemnización (10 %) y “entregándole dos pagarés para el pago diferido del 90 % restante”, ya que con esa actuación la empresa “ha incumplido el deber que le impone el art. 53.1 b) ET...”, y mucho más cuando no consta en el acuerdo alcanzado en el ERE que se hubiera acordado el pago diferido de la indemnización (habiéndose previsto una indemnización algo superior a la legal). Además, deseo destacar la importancia de esta sentencia de 27 de noviembre, que no había leído, de la que fue ponente el magistrado Manuel Diaz de Rábago, como cuidadoso estudio teórico, obviamente con aplicación práctica al caso juzgado, de la reforma laboral en materia de ERE, y que espero poder comentar en otra entrada del blog.

E) En definitiva, la Sala se plantea la posible disponibilidad por parte de los sujetos que acordaron el ERE de la normativa relativa a la obligación de puesta a disposición del trabajador despedido de la indemnización legal, y concluye en los mismos términos que la sentencia del TSJ de Castilla y León, rechazando esa disponibilidad por considerar que los requisitos procedimentales del despido objetivo son regulados por una norma de rango legal (art. 53 LET) “con carácter imperativo”. No cuestiona la Sala que pueda pactarse el abono diferido de una parte de la indemnización superior a la legalmente fijada por la LET, dado que se trata de una mejora convencional, “pero no están habilitados para diferir el abono de la totalidad de la indemnización a una fecha

posterior a la de la notificación de los despidos a los trabajadores afectados” como han hecho los sujetos que han acordado en el ERE en el conflicto enjuiciado.

Por último, cabe indicar que la Sala deja una mínima puerta abierta a la hipótesis de que la indemnización legal pudiera diferirse en el tiempo si hubiera quedado debidamente acreditada en el ERE la dificultad económica de la empresa para proceder a su inmediato abono, pero casi la cierra a continuación cuando sostiene que este pacto sería una excepción a la regla general de la simultaneidad del pago, por lo que “requeriría que en el propio acuerdo se consignasen las causas motivadoras de la decisión, so pena de dejar a la libre voluntad de dichos sujetos la determinación de un aspecto tan importante, y abrir una espita para la arbitrariedad, sin coste alguno para la empresa”.

#### **114. Sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de marzo de 2013.**

1. Una sentencia que “saca los colores” a la empresa es la [dictada el 26 de marzo por el TSJ del País Vasco](#), de la que ha sido ponente el magistrado Florentino Eguaras. Versa sobre la demanda interpuesta por el sindicato ELA contra la empresa Transformado Industriales Colas SA, solicitando la nulidad o de forma subsidiaria la improcedencia de la decisión empresarial de extinguir los contratos de todos los trabajadores de la plantilla, un total de 22.

En los hechos probados queda constancia, a los efectos que interesan de mi exposición, de la presentación del ERE y de la aportación de diversos documentos económicos, del inicio del período de consultas el 9 de octubre de 2012 y de su finalización el 29, suscrita el acta del último día por la representación empresarial y el delegado de personal de la empresa, en la que se hacía constar “que no se había realizado reunión formal alguna”. Al día siguiente, la empresa comunicaba la extinción a todos los trabajadores con efectos desde el mismo día 30, si bien no procedió al abono de la indemnización debida por imposibilidad económica de hacerlo, e insistiendo (no alcanzo a entender el motivo) que durante el período de consultas “no se había llevado a cabo reunión formal con el delegado de personal”.

Por parte de la Inspección de Trabajo se emitió el preceptivo informe, constatando, y no podía ser de otro modo a la vista de lo más arriba explicado, que no se había celebrado el período de consultas, que no se había aportado por la empresa la documentación a la que está obligada, y que por ello la decisión de la empresa estaba viciada de nulidad, además de no existir la causa económica alegada que justificara la decisión.

Estamos, pues, en presencia de un despido colectivo que afecta a la totalidad de la plantilla, siendo de aplicación el art. 51.1 de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#). Como no podría ser de otra forma, a partir de los hechos probados, la Sala constata que no ha existido período de consultas, ya que no puede entender como tal la apariencia dada por la suscripción de un acta en la que se manifestaba su inicio, y que no se ha aportado la documentación necesaria para poder llevar a cabo la negociación pertinente durante aquel.

Desde el plano de la reflexión teórica, pero con indudable incidencia práctica en todo litigio y mucho más en este, la Sala enfatiza que se ha conculcado el art. 51.2 LET y afirma que este precepto no es meramente programático, “sino que responde a la imposición de la vía negociada en las extinciones de conformidad a la [Directiva 1998/59](#),

[de 20 de julio](#), cuyo artículo 2 regula la necesidad de este período de consultas, y a su vez el necesario arco temporal (tampoco respetado en el caso que examinamos), entre el inicio del período de consultas y la fecha de efectos del despido ( art. 51, 4 ET ), 4 de la Directiva 98/59 indicada”.

La Sala no ahorra críticas jurídicas a la decisión empresarial, ya que, además de los incumplimientos mencionados más arriba, también considera que el contenido de los escritos de extinción a cada trabajador incumple el art. 53.1 de la LET y que las causas económicas alegadas son “meras alegaciones vagas e imprecisas” frente a las cuales es difícil articular una respuesta jurídica, estando en presencia de “un marco claro de incumplimiento legal y de los derechos de defensa de los trabajadores”.

Con este panorama jurídico, en el que me imagino la difícil situación de la representación jurídica de la parte empresarial, no es de extrañar que, además de la declaración de nulidad de la decisión empresarial, se manifieste con rotundidad que en el caso enjuiciado “se aprecia la falta de observancia de cualquier trámite real del despido colectivo””. Más claro imposible, ¿verdad?

### **115. Sentencia del TSJ del País Vasco de 16 de abril de 2013.**

La [sentencia del TSJ del País Vasco de 16 de abril](#), de la que fue ponente el magistrado Pablo Sesma de Luis, podemos decir que se comenta por sí sola, sin prácticamente necesidad de añadir valoraciones personales. Encuentra su origen en la demanda interpuesta por el sindicato ELA contra la empresa y un trabajador que, según consta en los antecedentes de hechos, “sostiene ser representante de los trabajadores y que dice dar su acuerdo a la medida extintiva tomada por la empresa”. En el acto de juicio, y tras haber sido intentada sin éxito la citación de la empresa demandada, sólo compareció la parte actora. En los hechos probados queda debida constancia de la comunicación por la empresa a la autoridad laboral, el 17 de diciembre de 2012, de su intención de presentar un ERE, adjuntando diversa documentación económica, sin que respondiera a los requerimientos de la Administración para que aportara la documentación a que estaba legalmente obligada. Más claro aún, no había representación legal de los trabajadores en la empresa y dado que estos no llegaron a conocer las intenciones de la empresa de presentar un ERE no procedieron (hecho probado quinto) a elegir una comisión ad hoc, “por lo que no hubo negociación alguna”, es decir no hubo período de consultas antes de que la empresa comunicara, el 31 de diciembre, a todos los trabajadores, un total de 47, la extinción de sus contratos.

Ante tal cúmulo de irregularidades, la Sala sólo debe acudir a lo dispuesto en el art. 124.11, párrafo cuarto, de la [LRJS](#) (“La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley”) para declarar nulas las extinciones contractuales y reconocer el derecho de

los trabajadores a su readmisión, sin efectuar pronunciamiento respecto a la trabajadora codemandada.

#### **116. Sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de junio de 2013.**

1. [El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha dictado sentencia el 4 de junio](#), de la que ha sido ponente la magistrada Garbiñe Biurrun, con ocasión de la demanda en proceso de despido colectivo interpuesta por el delegado de personal de la empresa demandada y el sindicato ELA-STV (al que pertenece dicho delegado). La sentencia declara la nulidad del ERE. En un [comunicado emitido el 25 de junio](#), el sindicato accionante “felicitó a los y las trabajadoras de Upacat por esta victoria y se reafirma en que ante un mercado laboral cada vez más injusto, hay que utilizar todas las armas sindicales y jurídicas para defender los derechos de los y las trabajadoras”.

2. De los hechos probados deseo destacar que la empresa tiene dos centros de trabajo, en San Sebastián y Barcelona, y que en el momento de inicio de la tramitación del ERE impugnado la empresa estaba aplicando un ERE temporal de suspensión de contratos, pactado con el delegado de personal y con vigencia desde el 15 de junio de 2012 al 15 de diciembre de 2013, en el que constaba expresamente la siguiente cláusula: “En el supuesto de tener que tomar medidas distintas al presente expediente de suspensión de contratos, la dirección de la empresa se compromete a mantener las reuniones necesarias con la representación legal de los trabajadores con objeto de buscar medidas alternativas”. No consta que se celebraran reuniones.

El período de consultas finalizó sin acuerdo el 27 de febrero, quedando constancia de que las partes habían acordado la prórroga del mismo desde el día de su finalización legal (13 de febrero) hasta el 25 de dicho mes. Quedan recogidos amplios extractos de las actas, con el debate sobre el centro de trabajo de San Sebastián, la extinción de contratos de toda su plantilla, diferentes propuestas y entre ellas la hipótesis de crear una empresa de economía social como salida alternativa, si bien la empresa pedía que los trabajadores renunciaran a cambio a sus indemnizaciones, petición que no fue aceptada. La finalización del período de consultas se produjo el 27 de febrero a las 11 horas, según el acta de la reunión, mientras que las comunicaciones de despido a los trabajadores afectados se realizaron por burofax el mismo día a partir de las 9:44, “habiéndose remitido la mayoría de ellos antes de las 11,00 horas”. Igualmente, queda constancia de que la empresa demandada forma parte de un grupo que tiene una sociedad dominante.

En el acto de juicio el grupo alegó falta de legitimación pasiva por formar una unidad mercantil pero no laboral, tesis rechazada por la Sala en cuanto que al ser codemandada, y pedirse su condena solidaria, justamente por entender la parte demandante que si hay un grupo de empresas a efectos laborales o patológico, es eso lo que hay que analizar para llegar a una conclusión en un sentido u otro, y todo ello, tal como dice la Sala, se hará “sin perjuicio de lo que se decida sobre el fondo del asunto”.

3. La parte demandante alegó diversos motivos de nulidad y subsidiariamente de no ser ajustada a derecho la decisión empresarial, motivos que son analizados de forma detallada y separadamente, uno por uno, por la sentencia.

A) En cuanto a la iniciativa para tramitar y acordar un despido colectivo en los grupos de empresas, el debate en el litigio enjuiciado se centra en saber quién debió presentar el

ERE, si la empresa para la que prestaban sus servicios los trabajadores o la sociedad dominante del grupo ya que sería el empresario real. Dada la inexistencia de grupo laboral (así lo afirma ya la empresa en el fundamento jurídico cuarto), el ERE debe presentarse por la empresa que despide ya que el empresario real, recordando la Sala el art. 4.4 del [RD 1483/2012](#), admite que “en casos de grupos de empresas con obligación de formular cuentas consolidadas, una sola de esas empresas pueda iniciar el procedimiento de despido colectivo, aunque se le exija, como se prevé la aportación de determinada documentación del grupo”.

B) En segundo término, se debate la infracción del [convenio colectivo aplicable, de la industria siderometalúrgica de la provincia](#), cuyo art. 50 regula una serie de obligaciones para las empresas antes de acudir a despidos objetivos o presentar un ERE. Como ese precepto forma parte del contenido normativo del convenio vigente, y la modificación de la reforma laboral sobre la desaparición de la autorización administrativa no debe afectarle, la actuación de la empresa al no cumplir los trámites convencionalmente fijados debe ser calificada de nula.

C) Vayamos al desarrollo del período de consultas y la documentación que debe aportarse. La Sala critica la actuación empresarial de no aportar ninguna medida que pudiera evitar o reducir los despidos propuestos, y no considera como tal la hipótesis de poder constituir los trabajadores afectados que lo desearan una empresa de economía social, tanto ante la falta de concreción en su planteamiento como por el hecho de que no cree que pueda tratarse de una auténtica medida social de acompañamiento cuando “como en el caso, la empresa ha pretendido que los trabajadores renuncien a las indemnizaciones a las que legal y convencionalmente tienen derecho”, llegando a calificar la actuación empresarial de “mera argucia” o “apariencia de medida social de acompañamiento”, dando así formal pero no real a lo obligado por la normativa vigente.

D) Si nos fijamos en la duración del período de consultas, la sala aplica un criterio formalista para considerar que la decisión de la empresa se adoptó transcurrido ya el plazo máximo legal, debido a que el acuerdo de prórroga no consta firmado por la representación de los trabajadores ni fue comunicado a la autoridad laboral.

E) En cuanto a la exigencia de negociar de buena fe la Sala se remite a su doctrina sentada en sentencia de 11 de diciembre, y constata que la empresa no ha cumplido con esta regla, tanto por lo expuesto en párrafos anteriores como por el hecho de enviar las comunicaciones de despido individuales mientras aún no había finalizado, al menos teóricamente, el período de consultas, resaltando la Sala que “aunque ya hemos ido considerando la nulidad del despido por las concretas infracciones que han tenido lugar en el marco del período de consultas, esta visión de conjunto del mismo y de la actitud empresarial refuerza la consideración de la declaración de nulidad de la medida extintiva”.

F) Añade la Sala algunas consideraciones sobre la relación entre el actual ERE extintivo y el existente con anterioridad de suspensión de contratos, y que recuérdese que estaba vigente en el momento en el que se presentó el primero. Con independencia de la posible existencia de causas (que no quedarán probadas, o dicho con las palabras de la sentencia, “no concurren causas nuevas relevantes”) la Sala considera que el incumplimiento de lo pactado respecto al respeto de las reuniones con la representación de los trabajadores lleva también a la consideración de nulidad del ERE.

G) Para concluir, y esta es probablemente la parte más interesante de la sentencia, la Sala entiende que la responsabilidad ha de ser solidaria de la empresa que despidió y de la empresa dominante del grupo, aunque estemos en presencia sólo de un grupo mercantil y no laboral.

En apoyo de su argumentación acude tanto a la [Directiva de 1998](#), como al art. 51.8 de la [LET](#) y al art. 4.5 del RD 1483/2012 sobre la obligación de aportar las cuentas de la sociedad dominante del grupo, manifestando que el análisis de toda la documentación carecería de sentido si en el caso de una declaración de no ser ajustado a derecho el despido por inexistencia de causa económica, “las consecuencias de esta declaración se limitaran a la empleadora”, añadiendo esta reflexión que combina el marco jurídico con la reflexión social: “una respuesta distinta resultaría contraria a la lógica jurídica y social, pues la solidaridad en la condena constituye una garantía añadida para las personas trabajadoras afectadas, también desde el punto de vista de la estabilidad en el empleo mediante la pervivencia de su relación laboral, en la interpretación que del derecho al trabajo contenido en el artículo 35 CE ha hecho el Tribunal Constitucional - SSTC 22/1981 y 192/03 -. Se trata de evitar consecuencias indeseadas y contrarias a la lógica, cual la de que los efectos de una declaración judicial favorable a la pretensión de la parte trabajadora deviniera ineficaz incluso aunque la empresa económicamente dominante del grupo tuviera una situación saneada”.

En cualquier caso, no quiero dejar de plantear las dudas que pueden surgir, a mi parecer, sobre esta condena solidaria que obliga a la readmisión del personal, ya que la misma se predica de una empresa para la que no han trabajado nunca los trabajadores despedidos y que no ha quedado probado en juicio que se trate de un grupo de empresas a efectos laborales.

### **117. Sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de junio de 2013.**

1. La [sentencia del TSJ del País Vasco del 11 de junio](#) se dicta con ocasión de un recurso de suplicación interpuesto por la parte empresarial, dedicada a tareas de seguridad, contra la sentencia dictada por un juzgado de lo social el 19 de diciembre de 2012.

A) En los hechos probados se deja debida constancia de los trabajadores que prestan servicios; de una decisión empresarial de suspensión de contratos (abril y julio 2012- 16 de septiembre) que afectó, entre otros, a los dos demandantes; las jornadas de trabajo efectuadas durante el ERE de suspensión; de un nueva tramitación de otro ERE de suspensión con efectos desde el 16 de septiembre al 31 de diciembre de 2012; en fin, de la celebración de una reunión de período de consultas con la representación de los trabajadores en la que se facilita la información legal y reglamentariamente debida, concluyendo la reunión con acuerdo y dándose por finalizado el período de consultas.

El fallo de la sentencia de instancia declaró la nulidad de la decisión empresarial y obligó a la empresa “a reponer a los trabajadores en los derechos que estos habrían ostentado de no haberse procedido según la misma...”. En la demanda se había solicitado la nulidad de las decisiones de suspensión adoptadas desde el 10 de abril, pero la sentencia declaró la caducidad de la acción por lo que respecta al procedimiento suspensivo adoptado entre el 10 de abril y el 15 de septiembre, y sólo estimó la petición referente al período entre el 16 de septiembre de 2012 y el 31 de enero de 2013 (según

se recoge en el fundamento de derecho primero de la sentencia del TSJ). Para el mejor conocimiento del litigio, y para poder analizar la resolución del TSJ, reproduzco un fragmento de la sentencia del TSJ que recoge los datos más relevantes de la recurrida:

“... anula la medida, por una causa que no fue alegada en el escrito de demanda, consistente en no haberse sustanciado adecuadamente el período de consultas, finalizado con acuerdo suscrito por el Comité de Empresa. El Magistrado autor de la resolución impugnada funda su decisión en una triple consideración: a) el trámite en cuestión se inició y cerró el 13 de septiembre de 2012; b) ese mismo día, la empresa entregó a los representantes legales del personal la documentación exigida; y, c) en ese momento ya estaba predeterminada la fecha de inicio de efectos de la suspensión, consignada en la comunicación remitida a la autoridad laboral el 11 de ese mismo mes.

Para el juez "a quo", el período de consultas quedó desnaturalizado "ab initio", y no garantizó la consecución de los objetivos previstos en el artículo 23 del [Real Decreto 801/2011, de 10 de junio](#), aplicable por razones cronológicas, dada la extraordinaria celeridad del proceso, que no permitió al Comité de Empresa estudiar la prolija documentación recibida, valorar correctamente la incidencia que sobre tan alto número de contratos producía el expediente, y analizar el escenario donde se llevó a cabo, a continuación de otra decisión suspensiva, lo que podía apuntar a una situación de carácter estructural, para la que, advierte, están indicadas otras terapias”.

B) Una lectura descontextualizada de este párrafo de la sentencia de instancia llevaría a pensar que el juzgado únicamente ha aplicado la normativa vigente y la doctrina mayoritaria de la Audiencia Nacional y de los TSJ (y que hace suya el TS) sobre qué debe entenderse por período de consultas y cuál ha de ser el objetivo del mismo, pero no va a pronunciarse en los mismos términos la Sala de lo Social del TSJ por efectuar una interpretación mucho menos formalista del precepto al partir, en especial, de todos los datos disponibles sobre la situación de la empresa, su difícil situación y los anteriores procedimientos de regulación de empleo.

C) ¿Qué interesa destacar, a mi parecer, de la sentencia del TSJ? En primer lugar, su clara afirmación, en coherencia con la normativa procesal (arts. 138.6 y 191.2 e de la LRJS), y con rechazo de la tesis de la parte impugnada, que cabe recurso de suplicación contra la decisión empresarial de suspensión colectiva de contratos (art. 47 de la LET), decisión que fue la adoptada por la empresa al suspender contratos de 152 trabajadores de una plantilla de 1.500.

En segundo término, la aceptación de la modificación algunos hechos probados, de especial interés porque recogen las referencias a reuniones previas a la celebración de la del período de consultas y que ponen de manifiesto que las negociaciones “de facto” sobre la prórroga del período de suspensión se habían iniciado con anterioridad. Igualmente, la ampliación de los hechos probados, también para dejar constancia de datos que van a afectar a la resolución del litigio, afirmando la Sala que “la veracidad de los datos cuya inserción se postula se desprende directamente y con claridad de los documentos designados al efecto”, y además, “la parte recurrente les otorga relevancia a efectos de la resolución del litigio, lo que obliga a incorporarlos a la premisa histórica de la sentencia, sin perjuicio de la valoración que finalmente merezcan”.



En tercer lugar, y a efectos de análisis jurídico doctrinal, y no sólo de resolución del caso enjuiciado, es la parte más relevante de la sentencia, la Sala ha de pronunciarse sobre la argumentación jurídica de la parte recurrente, esto es su tesis de que la sentencia de instancia no había aplicado correctamente el art. 47.1, párrafo tercero de la LET, ni tampoco la doctrina del TS, ya que “el desarrollo del período de consultas ha de ser valorado en su contexto, es decir, teniendo en cuenta que desde el mes de noviembre de 2011 existía un proceso de negociación permanente con los representantes del personal, cuajado de reuniones y acuerdos tendentes a asegurar la viabilidad de la empresa y el mantenimiento del volumen de empleo”.

Es decir, la cuestión a debate, y que condicionará la resolución de la Sala, es si el período de consultas cumplió la función prevista por la normativa, y si la decisión adoptada lo fue tras un auténtico período de negociación entre las partes. En apoyo de la validez del acuerdo, la Sala trae a colación en primer lugar la tesis del sujeto negociador por la parte trabajadora, el comité de empresa, que manifestó que sí se había observado el trámite, por lo que estando en presencia de un supuesto en el que las partes negociadoras manifiestan que sí se ha negociado y que se ha llegado a un acuerdo, afirmar lo contrario resulta, para la Sala, “cuando menos chocante, salvo que lo que se alegue es que ha habido fraude en su conclusión, de lo que no existe ningún indicio”.

A partir de la modificación y ampliación de los hechos probados de la sentencia de instancia, queda debida constancia de un proceso negociador abierto desde abril de 2012, de una reunión el 3 de septiembre para hablar sobre la prórroga del ERE y de la fijación de una reunión una semana más tarde para “iniciar los trámites legales para negociar un nuevo expediente de suspensión de contratos”. Y en efecto, en la fecha prevista, 10 de septiembre, se celebró la primera y única reunión formal del período de consultas, en la que acordó la prórroga del expediente hasta el 31 de enero de 2013, previendo distintas medidas (de las que se deja constancia en el fundamento de derecho quinto) para facilitar bien la reincorporación al trabajo, bien otras medidas de acompañamiento social.

Con todos estos datos sobre la mesa, la Sala concluye que cabe aceptar el recurso y anular la sentencia de instancia, aportando en defensa de su tesis la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2012 sobre qué debe entenderse por período de consultas, poniendo de manifiesto que no importan tanto las formas sino el fondo, o por decirlo con las propias palabras de la Sala, no importa “...por tanto, si formalmente se cumplió con el deber de negociar, sino si existió una auténtica negociación sobre los extremos, mencionados inspirada en el principio de buena fe, con vistas a lograr una solución pactada”. Dicha negociación sí existió para la Sala porque las negociaciones existían desde muchos meses antes, y, con independencia del dato formal de la celebración de una sola reunión del procedimiento reglado y con entrega también formal de la documentación el mismo día, la parte social pudo “negociar con conocimiento de causa, teniendo en cuenta que en los últimos meses había tenido acceso a la mayor parte de esa información, con ocasión de anteriores expedientes de regulación de empleo”, y por ello los representantes de los trabajadores “tenían perfecto conocimiento de las causas del expediente, y de las circunstancias, negativas, sobrevenidas, desde el anterior acuerdo suspensivo”.

Es decir, la Sala contextualiza el acuerdo alcanzado en una sola reunión, rechazando la tesis meramente formal, y valorando el conjunto de la situación acaecida en la empresa

desde hacía varios meses, período en el que se negociaba con los representantes de los trabajadores, por lo que estos ya conocían la realidad empresarial. En definitiva, para la Sala, en contra del criterio del juzgador de instancia, sí se ha cumplido la obligación legal, ya que un enfoque meramente formalista como es el adoptado por dicho juzgador “no resulta admisible jurídicamente al resultar contrario a la esencia y finalidad del período de consultas”.

2. Hasta aquí la parte de la sentencia del TSJ que deseaba analizar. No obstante, también hay que referirse a la existencia propiamente dicha de la causa que motivó el ERE, argumentándose por la parte recurrida que no existía la misma ya que la situación de la empresa no era coyuntural sino estructural, y que existía “un volumen de trabajo suficiente” que cuestionaría la decisión empresarial. La Sala se remite al contenido del art. 47.1 respecto a la única posibilidad de impugnar el acuerdo alcanzado cuando se alegare fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, no habiéndose producido alegación alguna en este sentido, si bien para cerrar su iter argumental la Sala concluye que sí existen las causas que provocaron la presentación del ERE (fundamento de derecho séptimo).

### **118. Sentencia del TSJ del País Vasco de 10 de diciembre de 2013.**

Conviene destacar que aquello que deba entenderse por “situación coyuntural” difícil (en el plano económico, técnico, organizativo o de producción) y que pudiera llevar a plantear un ERTE antes que un ERE ha sido muy bien abordado en la [sentencia dictada el 10 de diciembre de 2013 por el TSJ del País Vasco](#), de la que fue ponente el magistrado Manuel Díaz de Rábago, con ocasión justamente de un ERTE planteado por una empresa de seguridad en sus centros de trabajo del País Vasco.

Para la Sala “La medida de suspensión de contratos tiene sentido para los excesos de plantilla con posibilidades de reabsorberse en plazo razonable, pero no cuando no existan unas mínimas expectativas para que los contratos vuelvan a su plena vigencia”, y añade que en el art. 47 de la LET y en el RD 1483/2012 “no hay... concreción alguna de lo que pueda entenderse como plazo razonable en orden a definir una situación como coyuntural y tampoco se dispone ... un plazo máximo de duración de la situación suspensiva, vinculándose la duración de las medidas de suspensión a que sean adecuadas para la situación coyuntural que se pretende superar. No es exigible, desde luego, que las posibilidades de recolocación de todos los afectados por un ERE suspensivo tengan que darse en el concreto plazo de duración del mismo”, concluyendo que a su entender “parece adecuado vincularlo al tiempo en que los trabajadores afectados dispongan de medios sustitutivos del salario, a través de las prestaciones por desempleo y las medidas complementarias que pueda disponer la empresa, lo cual podrá durar más o menos en función de la duración de unas y otras, pero también de la rotación que pueda haber entre trabajadores, a fin de no agotar la protección del sistema público de Seguridad Social”.

### **118-bis. Sentencia del TSJ del País Vasco de 25 de febrero de 2014.**

Del TSJ el País Vasco he tenido conocimiento de la [sentencia dictada el 25 de febrero](#), gracias al letrado Javier Rodríguez que tuvo la amabilidad de enviármela. La sentencia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la dictada por el JS núm. 8 de Bilbao que declaró la nulidad de la decisión empresarial de suspensión de

57 contratos de trabajo, tanto por deficiencias formales en su tramitación como por falta de buena fe negocial por parte de la empresa y porque, en cuanto al fondo, la medida adoptada por la empresa era “estructural y no coyuntural, y por ello inadecuado el proponer una suspensión de contrato de trabajo”. La Sala estima los motivos del recurso relativos al no incumplimiento de las reglas formales y la buena fe negocial, que entiende que se ajustaron a derecho, pero desestima el relativo al fondo de la decisión empresarial, ya que la empresa había aplicado anteriores suspensiones de contratos y por ello se entiende que actúa de forma contraria a derecho, de forma abusiva, ya que la situación de la empresa era de total desequilibrio que en modo alguno podía solventarse con sucesiva suspensiones, ya que “no es para esto para lo que se ha concebido la suspensión, sino para lo transitorio, peregrino; y en este caso lo que sucede hoy por hoy se vislumbra como definitivo”.

## **XVI. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA.**

### **119. Sentencia del TSJ de Murcia de 9 de julio de 2.012.**

Me refiero ahora a [una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 de julio, número de recurso 3/2012](#), en la que la Sala de lo Social se pronuncia por primera vez sobre un ERE presentado tras la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero](#), y declara su nulidad por quedar probado que la empresa actuó en claro fraude de ley.

¿Y qué hay que decir de la sentencia? Pues no mucho, dicho sea con sinceridad porque es un claro ejemplo de cómo no debe actuar una empresa, con incumplimientos formales y de fondo de tanta gravedad que llevan inexorablemente al TSJ a declarar la nulidad de la decisión extintiva.

En síntesis, la empresa comunica a la representación del personal la presentación de un ERE para extinguir 66 contratos, varios de ellos (26) con la consideración de fijos discontinuos, el 16 de abril; el 20 lo pone en conocimiento de la autoridad laboral, y el 23 se levanta acta de finalización del período de consultas. Gran parte de los afectados por el ERE tenían pendiente demandas por extinción de contratos contra el empleador por retraso en el abono de salarios, al amparo del artículo 50 de la LET y con la petición de condena a indemnización como si se tratará de despido improcedente, y la empresa ya había sido condenada en otras sentencias del mismo tenor dictadas durante 2011 y de las que se informa debidamente en el Segundo Antecedente de Hecho.

El día 24 la empresa remite cartas de extinción de contratos, mientras que el 25 tiene entrada en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la documentación remitida por la empresa a la autoridad laboral, destacando esta un numeroso grupo de incumplimientos formales por parte de la empresa que después serán también apreciados por la Sala para declarar la nulidad, como son “no haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido, no justificación de la afectación a los representantes legales de los trabajadores, incumplimiento del artículo 51.10 del Estatuto de los Trabajadores en relación plan de recolocación externa, falta de concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores afectados, insuficiencia de la memoria explicativa e insuficiencia del informe técnico para justificar las causas alegadas”.

El informe emitido por la Inspección es demoledor, y tras poner de manifiesto todos los incumplimientos de la normativa por parte de la empresa, concluye que "la empresa pretende deshacerse de todos aquellos trabajadores que, en uso de sus derechos laborales contenidos en el artículo 50.b) del Estatuto de los Trabajadores , pretenden rescindir sus contratos, así entendido en virtud de que la empresa ha procedido a materializar los despidos el día antes de la vista oral en el juicio antes indicado".

Sobre el incumplimiento de la duración del período de consultas cabe recordar, y así lo hace la sentencia, que el plazo que fija la LET es máximo, y que por ello su duración puede ser inferior, pero que la empresa ha incumplido el apartado 4 del artículo 51, en cuanto que no se ha respetado el plazo obligatorio, "como mínimo" de 30 días entre la fecha de comunicación de la apertura del período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

El núcleo de la sentencia gira alrededor de la consideración de fraude de ley de la actuación empresarial, ya que con su actuación pretendía evitar el abono de una indemnización superior si prosperaran, como era previsible, las demandas interpuestas por los trabajadores ahora despedidos, utilizando la argucia de la presentación de un ERE para obtener un resultado contrario al ordenamiento jurídico o prohibido por el mismo. La Sala concluye, tras el examen de toda la documentación (en la que destaca el Informe de la ITSS y su manifestación de que la empresa no había aplicado criterios objetivos para la selección de los trabajadores despedidos) que hay un fraude de ley prohibido por el artículo 6.4 del Código Civil, ya que la empresa ha llevado a cabo "actos realizados al amparo del texto de una norma, como ya se ha indicado, pero mediante ellos se persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo, puesto que mediante los actos ya expresados se pretende dejar sin eficacia las sentencias que se hubieran dictado o pudieran dictarse en su contra y que ya habían declarado o pudieran declarar la extinción contractual a petición de los trabajadores, y las consecuencias indemnizatorias que se han mencionado; por lo tanto, se trata de un fraude de ley de carácter procesal, pues se inicia el expediente de despido colectivo con la finalidad ya expresada con incidencia sobre los procesos ya iniciados y resueltos o pendientes de resolución en la fecha del planteamiento, pero que en la fecha de impugnación del expediente de regulación de empleo ya se habían decidido".

## **120. Sentencia del TSJ de Murcia de 10 de junio de 2013.**

Paso a comentar en esta entrada un nuevo ERE en la Administración local. El Ayuntamiento murciano de Totana se suma a los que ya presentaron ERES cuya conformidad a derecho se suscitó ante los tribunales (los andaluces de Estepona y Jerez de la Frontera, los canarios de Gáldar y La Oliva, y más recientemente el catalán de Cambrils). La [sentencia dictada el 10 de junio por el TSJ de Murcia](#) resuelve el litigio planteado con ocasión de la demanda interpuesta por el Comité de empresa de aquella localidad en proceso de despido colectivo, en la que solicitaba la declaración de nulidad de la decisión empresarial de despedir a 35 trabajadores de la plantilla, y subsidiariamente la condición de no ajustado a derecho. La sentencia desestima el recurso.

A) Según queda recogido en los antecedentes de hecho, la demanda versó sobre defectos formales y de fondo. Respecto a los primeros, la alegación de falta de buena fe

negocial por no haber tomado en consideración la corporación local ninguna de las propuestas formuladas por la representación de los trabajadores durante el período de consultas (por ejemplo, recuperar servicios externalizados, reducir personal eventual o asignar a la plantilla municipal el asesoramiento externo contratado a una empresa); con relación a las causas, se alegaba la inexistencia de las mismas por no haber tomado en consideración las circunstancias concurrentes en años anteriores en los que los presupuestos del ayuntamiento “estaban inflados por las operaciones urbanísticas”, por el carácter “insignificante” del ahorro que la empresa podía obtener en la reducción de su déficit con la medida extintiva, o porque la externalización de servicios producía un ahorro de costes menor del defendido por el Ayuntamiento. Es muy interesante la lectura del tercer párrafo del antecedente de hecho primero, en el que se detallan, siempre según la parte demandante, los “disparates” cometidos por la parte demandada en años anteriores.

B) En el acto de juicio, celebrado el 7 de marzo, la demandada se opuso a la demanda y justificó el ERE en razones de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, no habiendo sido suficientes los ajustes realizados con anterioridad (que quedan bien recogidos), y sobredimensionamiento de la plantilla por disminución de la carga de trabajo en los diversos departamentos (unido al incremento de la jornada laboral semanal). Desde el punto de vista de la relación entre la normativa laboral y la presupuestaria (algo de especial interés en las corporaciones locales) me interesa resaltar que la corporación alegó que su situación de déficit no le había permitido acogerse al mecanismo previsto en el [RDL 4/2012](#) de financiación para pago a proveedores, y que tampoco podía cumplir, si no se adoptaban las medidas planteadas, los requisitos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera exigidos por la [Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril](#).

Según queda debida constancia en los hechos probados, el ERE fue presentado el 17 de octubre de 2012, con la previsión inicial de extinción de 40 contratos de personal laboral de la plantilla del ayuntamiento, y el período de consultas finalizó sin acuerdo, acordándose no obstante diversos acuerdos parciales, como por ejemplo la extinción de 35 contratos o la no amortización de las plazas que quedarán vacantes en los próximos dos años. En los hechos cuarto y quinto se recoge la situación presupuestaria de la Corporación y su endeudamiento de más de 91 millones de euros a 31 de agosto de 2012, con una detallada explicación del contenido del plan de ajuste aprobado el 2 de febrero de 2012. A destacar, por la muy diferente valoración que realiza la corporación, la representación de los trabajadores (y después la que hará la Sala), que el cálculo del impacto de la extinción de 35 contratos, en términos de reducción de gastos del personal, era de 881.000 euros anuales.

C) Pasamos a los fundamentos de derecho. La Sala analiza, en primer lugar, la alegación de falta de buena fe negocial, pero no la toma en consideración por entender que del conjunto de las actas de las reuniones, de los acuerdos parciales alcanzados, y de algunas otras medidas adoptadas por la empresa que coincidían con las propuestas de la parte empresarial, se deduce con claridad que sí se negoció y con voluntad de llegar a un acuerdo, aunque finalmente no se alcanzara.

Sobre la argumentación de fondo, es decir sobre la existencia de las causas alegadas, con importancia fundamental de las económicas, la Sala realiza una interpretación

formalista de la normativa vigente y de aplicación a los ERES en el sector público (disposición adicional vigésima de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#)), y constata, a partir de los hechos probados, la situación gravemente deficitaria del ayuntamiento, achacándole la responsabilidad en parte a “la herencia recibida”, es decir a los consistorios anteriores al actual, ya que el endeudamiento de 91 millones de euros no puede calificarse sólo de consecuencia del déficit de los últimos años, “sino también “del resultado negativo de ejercicios económicos anteriores, fruto de las políticas presupuestarias de endeudamiento financiero adoptadas por muchas administraciones públicas”.

Ahora bien, después de esta crítica a medio camino entre el análisis jurídico y la reflexión política, la Sala entra a valorar la situación concreta que ha justificado la presentación del ERE y razona que los datos aportados, y la obligación de cumplir con la normativa presupuestaria, avalan la justificación de la medida adoptada. De forma indirecta, la Sala apunta que la cuantía de la reducción de gastos derivada de la extinción de 35 contratos es muy menor en relación con el total del déficit del ayuntamiento, pero sitúa la medida en el conjunto de todas las adoptadas por el ayuntamiento y de esta manera la valora globalmente como adecuada, o dicho más técnicamente como “razonable y proporcionada” (cuestión distinta, me parece, podría ser la valoración jurídica si no hubieran existido esas medidas complementarias, entre las que por ejemplo se cita “la amortización de plazas de funcionario”).

El argumento principal de la sentencia, y es también utilizado por otras que he ido comentando en el blog, es que la empresa es la responsable de adoptar las medidas que considere más adecuadas para resolver los problemas existentes, y como la reducción de gastos de personal es adecuada si se suma a las restantes adoptadas no debe ser la justicia la que sustituya una decisión que “corresponde a las facultades de gestión y dirección de quien asume la condición de empresario”. Insisto, donde hay que poner el acento en es la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, y es aquí donde pueden realizarse alabanzas o críticas a la decisión de la Sala, pareciendo, del conjunto de hechos probados que la empresa sí adoptó muchas medidas complementarias, aunque muchas de ellas no fueran las planteadas por la representación del personal.

Visto “desde fuera”, sí me parece escaso el ahorro de costes logrado por las extinciones contractuales, y supongo que la Sala ha valorado el conjunto de esfuerzos llevados a cabo por el ayuntamiento, integrando esta medida extintiva, para darle su conformidad, ya que en caso de no existir las mismas la entendería francamente desproporcionada, o no razonable, con respecto al objetivo perseguido. Por cierto, hay una cuestión que debería ser analizada con más detalle, no digo en esta sentencia (que también se refiere a ella) sino en general, cual es el impacto del incremento de la jornada de trabajo (semana de 37,5 horas) en las propuestas de extinción de contratos por “sobredimensionamiento de la plantilla”, pues no deja de ser curioso que una medida planteada, al menos en teoría, para mejorar la eficiencia y productividad del trabajo del personal de la función pública lleve aparejada como consecuencia, en cuanto que causa organizativa, una posible reducción del número de personas que prestan sus servicios, es decir “trabajar más unos y (no) trabajar otros” (yo creía que el slogan era “trabajar menos para trabajar todos”).

## **121. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de julio de 2013.**

La [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de julio](#), de la que fue ponente el magistrado José Luís Alonso, se dicta con ocasión de la demanda interpuesta por el comité de empresa de Ingenieros Consultores y Obras de Mantenimiento SA frente a dicha empresa y también contra la administración concursal de la misma y el FOGASA, por el despido colectivo por razones económicas de 23 trabajadores del total de 24 que tenía la empresa.

La sentencia desestima la demanda por considerar probada la realidad económica deficitaria de la empresa, que poco después de la demanda fue declarada en concurso de acreedores y entró a continuación en fase de liquidación. Tiene especial interés el análisis que efectúa la Sala frente a la tesis de la parte demandante de haberse incumplido la duración máxima del período de consultas (15 días), ya que el inicio de las consultas se produjo el día 19 de febrero a las 19 horas, y la Sala entiende que ya no era posible la comunicación dicho día, por lo que la comunicación de la empresa al día siguiente a la autoridad laboral fue correcta para iniciar la duración de dicho período, que finalizó el 6 de marzo, y más (nuevamente atentos al antiformalismo en esta materia si las partes no dicen nada al respecto) “en ello abunda que fijado el calendario de reuniones nada se objetó”.

## **122. Sentencia del TSJ de 14 de octubre de 2013.**

La [sentencia dictada el 14 de octubre por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia](#), de la que ha sido ponente el magistrado José Luís Alonso, “asusta” inicialmente por el número de páginas que tiene, 61 (y mucho más con la letra de los textos publicados por el CENDOJ), aún cuando inmediatamente hay que decir que los fundamentos de derecho sólo ocupan cinco páginas, siendo el restante contenido de la sentencia dedicado a recoger los antecedentes de hecho y los hechos probados, con inclusión del texto íntegro del informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El litigio se suscita por la interposición de la demanda interpuesta por el comité de empresa Onda Regional de Murcia SA y por el delegado de personal del ente público Radio Televisión Región de Murcia contra la empresa pública Radiotelevisión de la región de Murcia. El ERE inició su tramitación el 16 de abril de 2013, con propuesta empresarial inicial de extinción de 33 contratos, con alegación de causas económicas por necesidad de ajustarse a la partida presupuestaria disponible y en virtud de las decisiones políticas adoptadas de cambiar el modelo de gestión de la televisión pública regional “mediante la gestión indirecta del servicio público” (Preámbulo de la [Ley 10/2012 de 5 de diciembre, de modificación de la Ley 9/2004, de 29 de diciembre, de creación de la empresa pública regional Radiotelevisión de la región de Murcia](#)). De la citada ley hay que hacer referencia igualmente a la disposición adicional primera (“Cese de la actividad de Onda Regional de Murcia, S.A. y Televisión Autónoma de Murcia, S.A.1. Radiotelevisión de la Región de Murcia deberá proceder a realizar todas las actuaciones y operaciones societarias necesarias para el cese de su actividad, en cualquier caso antes del 31 de diciembre de 2012, de la sociedad mercantil Onda Regional de Murcia, S.A. (ORM,S.A.) y de la sociedad mercantil regional Televisión Autónoma de Murcia, S.A. (TAM, S.A.) mediante la cesión global de sus activos y pasivos a RTRM, la cual se subrogará en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas, a excepción de lo contemplado para el transporte y difusión de la señal. Se autoriza al Consejo de Gobierno a ampliar hasta un máximo de seis meses el plazo establecido en el párrafo anterior si fuera necesario”), y la disposición transitoria única

(“1. Mientras no se realice la primera adjudicación y puesta en marcha del contrato para la gestión indirecta del servicio público de comunicación audiovisual televisiva, se encomienda a RTRM la gestión directa del mismo a efectos de garantizar la continuidad del servicio. En este periodo de transición, que no deberá superar los 12 meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, RTRM podrá realizar y emitir una programación televisiva destinada a satisfacer las necesidades informativas, culturales, educativas y de entretenimiento de la sociedad murciana. 2. El Consejo de Gobierno podrá prorrogar, a propuesta del Director General de RTRM, por causas excepcionales y de resultar ello necesario, el plazo concedido en el apartado primero de esta disposición transitoria. 3. En el supuesto de extinción del ente Radiotelevisión de la Región de Murcia, se estará a lo dispuesto en la normativa laboral estatal sin que, en ningún caso, la Administración pública de la Región de Murcia integre al personal laboral del mismo”).

El argumento de carácter económico era, al igual que en otras televisiones autonómicas en los que se han planteado conflictos, el “sobredimensionamiento de la plantilla”, explicado de la siguiente manera: “2. Que la conjunción del importe destinado a Radiotelevisión de la Región de Murcia en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de 2013, la disminución de los ingresos propios y el mantenimiento de los niveles de la plantilla provocan una clara situación de sobredimensionamiento de ésta con respecto a los recursos obtenidos y a obtener. 3.- Que de mantenerse la plantilla como existe hasta la fecha, su coste económico total ascendería a 3.859.308,93 euros, cuando en los presupuestos de Radiotelevisión de la Región de Murcia para 2013 la, partida de gastos de personal está presupuestada en 2.920.000 euros, con lo que se generaría un déficit por la diferencia.”

El período de consultas se desarrolló con los representantes de los trabajadores a partir del día 19 de abril, insistiendo la empresa en la necesidad de ajustarse a lo dispuesto en la Ley autonómica de presupuestos, no disponiendo de alternativa alguna, mientras que la representación del personal propuso diversas medidas de contención del gasto de personal. Dicho período finaliza sin acuerdo el 15 de mayo, si bien finalmente la extinción afecta sólo a 28 trabajadores, argumentando la empresa la decisión en la obligación de ajustarse a las medidas de estabilidad presupuestarias previstas tanto en la normativa estatal como autonómica, siendo necesario destacar el importante recorte presupuestario sobre las cantidades percibidas el año anterior y la obligación impuesta por la Consejería de Economía y Hacienda al director general de RTRM de “ajustar el importe de la masa salarial autorizada al límite establecido en la Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013”.

En la demanda se solicitó la nulidad de los despidos por considerar que se había producido un fraude de ley "al fusionar mediante absorción en la Empresa Pública RTRM dos sociedades mercantiles públicas, absolutamente heterogéneas, con el fin de provocar una situación económica negativa que justificase la extinción por causas objetivas de los contratos, con las consecuencias legales prevenidas en el artículo 6A y 7.3 del Código Civil español”. También se alegó mala fe negocial, vulneración de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, y también del principio de igualdad de acceso a la función pública. Además de los diferentes argumentos por los que se solicitaba la nulidad de la decisión empresarial, también se pedía de manera subsidiaria la improcedencia, por no acreditarse las causas económicas alegadas, y



también porque la decisión empresarial implicaba hacer peligrar el servicio público, “en particular por lo que se refiere a la gestión directa del servicio de radiodifusión”.

La Sala centra su atención en el marco jurídico de aplicación alegado por la empresa para proceder a los despidos, el de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera regulado en la [Ley Orgánica 2/2012, de 21 de abril](#), con mención expresa a los arts. 1.2, 3 y 4, y la [ley 7/2010 de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual](#) y las obligaciones impuestas ex art. 43.8 bis) a los prestadores públicos del servicio público de comunicación audiovisual. De forma harto esquemática la Sala desestima la petición de nulidad por el pretendido fraude ley de la creación de la empresa, ya que se trata de una ley aprobada con arreglo a la tramitación parlamentaria legalmente establecida, y sin que al parecer de la Sala se haya probado de alguna manera la argumentación de que la decisión empresarial vulneraba los principios de igualdad y no discriminación en general y el de igualdad de acceso a la función pública en particular, ni tampoco se acredita que los criterios de selección de los trabajadores afectados fueran contrarios a derecho, si bien la Sala sí hace constar que los criterios tenían un grado de generalidad (“antigüedad, polivalencia”), algo que en otros litigios sí ha sido considerado por algunos tribunales como causa de nulidad de la decisión empresarial, y en otros no lo ha sido pero remitiendo a los trabajadores presuntamente afectados por un trato discriminatorio al proceso individual de despido ex art. 124.13 de la LRJS.

Tampoco entiende la Sala que haya habido mala fe comercial por parte de la empresa, ya que hubo negociación durante el período de consultas y finalmente se redujo el número de afectados y la empresa se ofreció a buscar alternativas para recolocar a los despedidos. Con respecto a la entrega de un documento por parte de la empresa el penúltimo día del período de consultas, el relativo a la información presupuestaria sobre el montante económico disponible por la dirección de la empresa en virtud de lo aprobado en la ley autonómica de presupuestos, la Sala lo salva con una triple fundamentación que sin duda hubiera requerido de mayor justificación a mi parecer: en primer lugar, que la parte trabajadora tuvo a su disposición “documentación suficiente” (quiero pensar, por consiguiente, que la Sala se acoge a la doctrina del TS sobre la inexistencia de nulidad en caso de tratarse de documentación solicitada que no fuera necesaria para la resolución del litigio); en segundo término, que los presupuestos “se publican y son de público conocimiento” (ciertas las dos afirmaciones, y tratándose de una norma es obligado su cumplimiento, aunque desde luego, trasladado al terreno de la realidad social, creer que todas las normas, y la ley de presupuestos lo es, son conocidas, no deja de ser en la mayor parte de las ocasiones algo que me parece que no se ajusta a la realidad); en fin, para la Sala, dicha documentación se entregó a la representación de los trabajadores, aunque fuera al final del período de consultas (supongo que la Sala debió considerar, pero esta es sólo una suposición mía, que no se había infringido o vulnerado el objetivo perseguido por el período de consultas según la normativa europea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y la normativa estatal, cual es que las partes deben disponer de la documentación adecuada y con tiempo suficiente – “efecto útil” – para tratar de llegar a un acuerdo durante dicho período).

Con todo, creo que el argumento más relevante de la sentencia es la consideración de que la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera a que están obligadas todas las Administraciones Públicas, es decir la fijación de “un tope de gasto

presupuestariamente establecido” va a implicar la conformidad a derecho de la decisión extintiva si la empresa acredita, como así hace a juicio de la Sala, que ha sufrido un importante recorte presupuestario sobre el año anterior como consecuencia de una opción política (dedicar menos recursos a los servicios públicos de radio y televisión regionales) que implica disponer de menor margen de actuación empresarial para abordar los costes de personal de plantilla. La Sala considera que el ajuste o recorte de cerca de un millón de euros (exactamente 939.308 euros) sobre el presupuesto de 2012 impedía la continuación de una parte de la plantilla, y buena prueba de ello es que en la propia sentencia se acepta que el despido es conforme a derecho tanto por ajustarse a la normativa reglamentaria laboral (RD 1483/2012) como a la tantas veces citada Ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La Sala acude a la tesis del “realismo económico” (no recuerdo que se encuentre recogida de forma expresa en ninguna norma que regulan los ERES), considerando como tal la adecuación de la capacidad de acción a los recursos disponibles (vuelvo a insistir que la decisión de una mayor o menor asignación de recursos ha sido una opción política adoptada por el ejecutivo, ciertamente en el ámbito de sus competencias), y concluyendo que “El desfase presupuestario indicado justifica las medidas adoptadas pues tales finalidades, en relación con el Mandato Marco de la Asamblea Regional y el contrato programa del servicio público de comunicación, deben compaginarse con las posibilidades presupuestarias y una eficiente gestión de los servicios públicos o de interés público, sometidos ab initio a criterios lógicos de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera..”.

Más claro, agua. La normativa presupuestaria incide, y mucho, sobre las relaciones laborales en el sector público, llevando, como estamos comprobando en los últimos meses, a importantes reducciones de personal en las Administraciones Públicas y en dicho sector, siendo pocas las sentencias en las que los tribunales se han apartado del estricto cumplimiento de la norma por parte de las administraciones o empresas para adentrarse en un examen más riguroso de la proporcionalidad y funcionalidad de la decisión. Las páginas de este blog, y el repertorio judicial del CENDOJ, son prueba de ello.