



Roj: **STSJ AS 1848/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:1848**

Id Cendoj: **33044340012017101355**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2017**

Nº de Recurso: **9/2017**

Nº de Resolución: **10/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1848/2017,**
STS 389/2018

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA : 10010/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax : 985 20 06 59

NIG : 33044 34 4 2017 0000011

DCO DESPIDO COLECTIVO 0000009 /2017

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

DEMANDANTES: COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS, UGT

ABOGADOS: NURIA FERNANDEZ MARTINEZ, DAVID DIEGO RUIZ

PROCURADOR/A : GRADUADO/A SOCIAL :

DEMANDADOS: TALLERES CUBIA SL, Andrés

ABOGADA : BELEN FRAGA FERNANDEZ

PROCURADOR/A : GRADUADO/A SOCIAL :

Ilmos. Sres.:

D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente

Dª MARIA VIDAU ARGÜELLES, Magistrada

D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrado

Sentencia nº 10/2017

En OVIEDO, a veinticinco de mayo de dos mil diecisiete.

Habiendo visto la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS compuesta por los/as Ilmos/as Sres/as Magistrados/as citados/as, el procedimiento sobre DESPIDO COLECTIVO 0000009/2017 seguido a instancia de COMISIONES



OBRERAS DE ASTURIAS y, UGT, contra TALLERES CUBIA, S.L. y Andrés , siendo Magistrado Ponente el Ilmo^o Sr. D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO ,

EN NOMBRE DEL REY , han pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS y, UGT presentaron demanda de OTROS DCHOS. LABORALES contra TALLERES CUBIA, S.L. y Andrés , en la que exponía los hechos en que fundaba su pretensión, hacían alegación de los fundamentos de derecho que entendían aplicables al caso y finalizaban con la súplica de que, tras su legal tramitación se dicte sentencia en la que se acceda a lo solicitado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se ha/n celebrado con el resultado que obra en las actuaciones .

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Primero.- La empresa TALLERES CUBIA S.L., fue constituida con un capital social de 500.000 euros el 24 de noviembre de 1998, tiene su domicilio social en el Polígono Industrial de Silvota, c) Peña Santa 5 de Llanera (Asturias). El socio mayoritario, con el 80% del capital social, es D. Andrés , el 20% restante fue suscrito por la esposa del anterior, D^a Eufrasia . El objeto de la sociedad es la fabricación de estructuras mecánicas para aeropuertos, bienes de equipo y calderería. Su Administrador único es D^a Rosana , hija de los anteriores.

Segundo.- El 19 julio de 2016 Talleres Cubía comunicó al Juzgado de lo Mercantil la situación de precurso del Art. 5-bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , logrando un acuerdo de refinanciación de la deuda con los bancos acreedores.

Tercero.- Con fecha 12 de enero de 2017 D. Andrés , en calidad de liquidador, otorgó escritura de disolución de la sociedad.

Cuarto.- Con fecha de 13 de enero de 2017 la Dirección de la compañía comunicó a los trabajadores la apertura de un periodo de consultas encaminado a la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, aduciendo como causas de tal decisión el hecho de que la empresa se encontraba en una situación de pérdidas acumuladas que ascendían a 1.287.634 euros en el ejercicio de 2016 y a 218.615 euros en el año 2015 (causa económica), a lo que se unía la falta de pedidos y de carga de trabajo como consecuencia de la paralización de los pedidos de THYssen y de la terminación de los encargos de las mercantiles PHB, TAIMWESER y DURIO FELGUERA.

En la negociación del despido colectivo, la empresa estuvo representada por el Sr. Andrés y los trabajadores por los tres miembros del comité de empresa con contrato en vigor, los Srs. Raimundo , Luis Pablo y Bernabe .

El Sr. Luis Pablo cesó en la empresa en el curso de las negociaciones.

Quinto .- El 13-1-2017 la empresa demandada notificó el inicio del período de consultas a la Dirección General de Trabajo del Principado de Asturias. La documentación, aportada a la Autoridad Laboral, fue la siguiente:

- Comunicación a la Autoridad Laboral del ERE.
- Poder de representación de la persona que rubrica el ERE.
- Relación de trabajadores afectados por el despido colectivo.
- -Comunicación dirigida a los representantes de los trabajadores, informándoles de la intención de iniciar un ERE, estableciendo un calendario de reuniones a celebrar los días 17, 23, 27 y 28 de enero de 2017 en las oficinas de Talleres Cubía.
- -Acta del acuerdo de las partes de 13 de enero para iniciar las negociaciones el día 19 en lugar del día 17 de enero.
- Copia del acta de las elecciones sindicales celebradas el 18-12-2014.
- La Memoria explicativa de las causas del ERE e informe técnico sobre la concurrencia de las causas productivas firmados por el Sr. Andrés .



- Un listado de facturas y albaranes que comienza con la fecha 7-1-2015 y termina el 27-12-2016, sin firmas ni rubricas.
- Balances correspondientes a los ejercicios 2016 y 2015, y Cuenta de Pérdidas y Ganancias de 2015, sin auditar, de la sociedad Talleres Cubía S.L.
- Liquidación del impuesto sobre sociedades (modelo 200) de los años 2014 y 2015.
- Liquidaciones del IVA (modelo 303) de los 4 trimestres del año 2015 y de los 11 primeros meses de 2016.
- TC2 correspondientes a los meses de junio a noviembre de 2016.
- Copia de la constitución de la sociedad Talleres Cubía S.L. por D. Andrés y su esposa, D^a Eufrasia , y de los estatutos sociales.

Sexto - El 13-1-2014 la empresa puso a disposición de los trabajadores la documentación preceptiva, que coincide con la inicialmente comunicada a la Autoridad laboral, y el calendario de reuniones; cuantificándose en 42 el número de extinciones contractuales previstas.

En la primera reunión celebrada el 23-1-2017 los representantes de los trabajadores manifestaron que la documentación estaba incompleta y solicitaron las cuentas anuales de 2014 y 2015, la empresa contestó que únicamente se hallaba obligada a aportar las de los dos últimos ejercicios y en cualquier caso, que las mismas están incluidas en la liquidación del impuesto de sociedades. La empresa informa que carece de liquidez para abonar las indemnizaciones, cuya cuantía cifra en unos 600.000 euros, si bien confía en que con la venta de las naves podrá hacer frente a las mismas, por lo que pide un aplazamiento de aproximadamente dos meses para su abono. Los trabajadores manifestaron que si no hay dinero para abonar las indemnizaciones va a resultar difícil llegar a algún acuerdo. La UGT recuerda la obligación que tiene la empresa de suscribir un convenio con la Seguridad Social para los trabajadores mayores de 55 años. A preguntas de los trabajadores la empresa niega que haya vendido unas cabinas de pintura.

El 27-1-2017 se reúne nuevamente la comisión negociadora, integrando el banco social representantes de los sindicatos CC.OO. y UGT, junto con dos miembros del Comité de empresa, los Srs. Raimundo y Bernabe ; informando estos últimos que la asamblea de trabajadores había rechazado la propuesta empresarial sobre el pago aplazado de las indemnizaciones por despido; insistiendo la empresa en las ventajas del plazo aplazado y en la conveniencia de acabar las piezas encargadas por la Thyssen, cuyo importe, unos 50.000 euros se destinarían a pagar nóminas pendientes; contestando los trabajadores, en relación con este último aspecto, que no existía ningún conflicto y que los trabajadores seguían trabajando.

El día 28-1-2017 se celebró una última reunión; constatándose que no se había producido ningún avance en la negociación; aclarando la empresa que el ERE afectaría finalmente a 41 trabajadores, al haber extinguido uno de los afectados su contrato, y que el despido se llevaría a efecto el día 13 de febrero siguiente. La representación social insistió en la insuficiencia de la documentación entregada y en la falta de voluntad de la empresa para alcanzar acuerdos; dándose a continuación por finalizado el periodo de consultas sin acuerdo.

Séptimo . - El 31 de enero de 2017 TALLERES CUBIA comunicó a la Dirección General de Trabajo la conclusión sin acuerdo del periodo de consultas. Posteriormente, con fecha 10 de febrero de 2017, la empresa comunicó a la Administración del Principado de Asturias su decisión de extinguir los contratos de trabajo de 37 trabajadores, tras excluir de la relación inicial de afectados, que comienza por D. Primitivo y termina con D. Juan Ignacio , a 5 trabajadores por distintas razones, despido que se llevara a efecto el 13 de febrero siguiente.

Octavo.- En el expediente administrativo emitió informe la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el sentido de que:

- La representación de la empresa no había aportado declaración de exención de auditoría.
- Las cuentas del ejercicio 2016 (balance y cuenta de perdidas y ganancias) habían sido cerradas provisionalmente y no habían sido completadas.
- En comparecencia de los días 16 y 17 de febrero el miembro del Comité de empresa, Sr. Bernabe , había informado que las razones para la conclusión del periodo de consultas sin acuerdo dimanaban de que la empresa no había facilitado las cuentas del año 2014 y que las de 2016 eran provisionales; que la empresa no ha efectuado auditoría de cuentas ni aporta certificación de exención de dicha obligación y, además, la empresa no garantizaba el pago de los salarios pendientes y las indemnizaciones debidas por el despido.

Noveno.- El importe neto de la de la cifra de negocios de la empresa demandada en miles euros ascendió a: 4.740 (2012); 6.501 (2013), 5.430 (2014), 6.488 (2015) y 4.636 provisionalmente en 2016.



Los gastos de personal ascienden en miles de euros a: 1.737 (2012); 2.423 (2013) 2461 (2014), 3.245 (2015) y 2.399 provisionalmente en 2016.

Los resultados de explotación en miles de euros ascienden a: 122 (2012); 126 (2013); 138 (2014); -65 (2015) y -1.180 provisionalmente en 2016.

Los resultados del ejercicio en miles de euros asciende a: 15 (2012); 24 (2013); 16 (2014); -218 (2015) y -1.287 provisionalmente en 2016.

Decimo.- De acuerdo con el balance provisional de 2016, al finalizar el ejercicio Talleres Cubía mantenía una deuda por importe de 4.7 millones de euros, de los cuales, 2.8 millones de euros correspondían a las entidades de crédito; con proveedores por importe de 1.1 millón de euros; con Hacienda por importe de 380.457 euros; con la Seguridad Social por importe de 69.000 euros; con el socio principal, el Sr. Andrés , por importe de 182.417 euros y con los trabajadores por importe de 191.892 euros.

Del total de la deuda 2,2 millones vencían a lo largo del año 2017, ascendiendo su activo corriente a 0,5 millones (169.369 euros en tesorería; 138.704 clientes y 145.474 existencias).

El patrimonio neto contable ascendía a 4,0 de euros.

Undécimo.- Las bases imponibles del IVA devengado, consignadas en las declaraciones de los tres primeros trimestres de 2015, ascendieron respectivamente a 1.318.685 euros, 1.502,377 euros y 2.038.536 euros; las variaciones interanuales del ejercicio 2016 respecto de las anteriores se cifraron en + 21,3 % para el primer trimestre, para el segundo -5,84 % y - 63,58 % para el tercero.

Duodécimo .- Los pedidos realizados por el principal cliente de la empresa, Thyssenkrupp Airport Sytems S.A., a Talleres Cubía se cifraron en 4.546 miles de euros para el año 2015; 2.225 miles de euros para el año 2016 y en 0 euros para el año 2017.

El 10 de octubre de 2016 la Thyssen comunicó a Talleres Cubía que la relación comercial era insostenible y totalmente inaceptable debido a los continuos retrasos en las entregas, habiendo verificado in situ que la razón de los mismos era la falta de materiales debido a los reiterados impagos a los proveedores, los cuales habían cortado los suministros. Posteriormente comunico que "por el momento no va a realizar nuevos pedidos".

Décimo tercero .- No existe el informe de auditoría de cuentas de los ejercicios 2014, 2015 y 2016 ni declaración sobre exención de auditoría de la sociedad; tampoco se acredita el depósito de las expresadas cuentas anuales en el Registro Mercantil.

Décimo cuarto .- El informe técnico relativo a la causa productiva que se anexa a la memoria explicativa entregada a los trabajadores va firmado por el socio mayoritario, el Sr. Andrés .

Décimo quinto .- En el primer semestre de 2016 la empresa y los representantes de los trabajadores iniciaron un periodo de consultas, manteniendo seis reuniones en el SASEC, de cara a llegar a un acuerdo sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo relativa a los sistemas de rendimiento, calidad y el control de tiempo de trabajo de toda la plantilla, sin alcanzar un acuerdo.

Décimo sexto.- Durante los meses de febrero y marzo de 2017 la empresa procedió a la venta de diversa maquinaria y equipos de trabajo (cizallas, plegadoras, compresores, soldadoras, vehículos a motor...) por importe de 86.703 euros, sin informar a la autoridad laboral ni a los representantes de los trabajadores.

Décimo séptimo.- El número de trabajadores en la empresa paso de 81 en julio de 2016 a 50 en diciembre del mismo año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto de la pretensión desarrollada en el presente procedimiento que se declare nula o, en su caso, injustificada la decisión empresarial de despido colectivo, condenando a los codemandados de forma solidaria a estar y pasar por tal declaración y a las consecuencias legales inherentes a la misma.

Se opone a la demanda la representación letrada de los codemandados excepcionando, en primer lugar, la falta de legitimación pasiva del socio mayoritario, el Sr. Andrés . Seguidamente alega la correcta cumplimentación de los requisitos legales relativos al desarrollo del periodo de consultas y de la comunicación de la decisión final del empleador a los representantes de los trabajadores así como la suficiencia de la documentación entregada y, en cuanto al fondo, sostiene la concurrencia de las causas económica y productiva justificativas del despido.

Segundo.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:



- a.- El primero y el tercero de los ordinales no resultaron controvertidos y han sido extraídos de la documentación aportada al acto del juicio; en concreto al folio 205 y siguientes obra unida al escritura de constitución de la sociedad y al folio 901 la de liquidación.
- b.- El segundo resulta de la documental (folio 933 a 937) y tampoco resulto controvertido.
- c.- el cuarto no suscito controversia y se deduce, en todo caso, de la comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores, así como del acta constituyente de la comisión negociadora, que obran a los folios 637 a 645.
- d.- El quinto resulta del expediente administrativo remitido por la Autoridad Laboral, que obra a los folios 67 y siguientes de las actuaciones, y lo propio cabe decir del ordinal séptimo así como del informe de la Inspección de Trabajo (ordinal octavo), que obra a los folios 223 y ss. del expediente administrativo.
- e.- El sexto de los hechos probados ha sido extraído de las actas del período de consultas, que obran en el ramo de prueba de la parte actora (folios 644 a 652), y no fueron desconocidas de contrario.
- f.- El noveno, décimo y undécimo de la documentación económica entregada por la empresa a los representantes de los trabajadores (cuentas anuales de 2015 y 2016 y declaraciones del IVA) así como de la pericial que, respecto de tal documentación, se practico en el acto del juicio (folios 684 a 687).
- g.- El duodécimo de la certificación emitida por la mercantil Thyssenkrupp (folios 443 y 444) y del correo electrónico incorporado por la parte actora al folio 892 de su ramo de prueba.
- h.- El decimocuarto de la comunicación empresarial aludida.
- i.- El decimotercero, de la contestación empresarial al requerimiento de la autoridad laboral (folio 226), del informe de la Inspección de Trabajo y de la pericial practicada en el acto del juicio.
- j.- El décimo sexto de la denuncia presentada por el miembro del comité de empresa, Sr. Bernabe , ante la Inspección de Trabajo, folio 254, así como de la documental aporta al acto de juicio por la demanda (facturas unidas a los folios 939 a 941).
- k.- El décimo séptimo de las relaciones nominales de trabajadores (TC2) aportados por la empresa a la Tesorería General de la Seguridad Social (folios 799 y ss).
- l.- Por último, el décimo quinto se extrae del documento núm. 18 del ramo de prueba de la parte demandada, consistente en las actas de las reuniones celebradas en el SASEC (folios 1053 y ss.).

Tercero.- Para sustentar la responsabilidad solidaria del socio mayoritario alega la parte actora la doctrina del levantamiento del velo; sustenta el carácter fraudulento de la constitución de la sociedad, como lo acreditaría el hecho, no cuestionado de contrario, de que pese a su jubilación, fue el socio mayoritario quien siguió actuando como empresario de facto y a todos los efectos y quien llevo a cabo las negociaciones del despido colectivo.

Para el adecuado análisis del motivo resulta oportuno recordar la doctrina que al respecto ha elaborado el Tribunal Supremo. Así, en la STS 18 de junio de 2008 precisa que: ...

La doctrina del levantamiento del velo permite traspasar la personalidad jurídica independiente de la sociedad, cuando ésta se utiliza en fraude y alcanzar (levantando el velo) a las personas físicas que se encuentran en el origen. En este sentido la STS 483/1998, que cita las de 28-5-84 , 24-9-87 , 4-3 -, 20-6-91 y 123-12-96 . En esa misma sentencia se expresa que... el elemento esencial para poder aplicar esta doctrina es que los actos societarios sean fraudulentos, (...) y se utilice la sociedad para ejecutarlos como pantalla protectora o velo. En la STS de 28 de enero de 2005 se razona:... el hermetismo de la persona jurídica no tiene carácter absoluto, pero la seguridad jurídica y la pluralidad de intereses que están en juego exigen, que, ante una cuestión tan delicada, se proceda con cautela y caso por caso, y así se ha pronunciado esta Sala -que ha dicho que la aplicación exige moderación, S. 12 febrero 1999, y que se requiere probar el ánimo y actuar defraudatorio, SS. 12 junio 1995 , 12 febrero 1999 -. Las hipótesis en que se puede apreciar el abuso fraudulento de la personalidad jurídica de los entes societarios son numerosas, y la jurisprudencia (que es muy abundante en la materia (...)) ha aludido, o contemplado, según las diversas situaciones presentadas, la creación artificial o mera apariencia para obtener un resultado contrario a derecho; ente totalmente ficticio o pura ficción; inconsistencia de la persona jurídica; instrumentación; desdoblamiento de una persona en dos sociedades; personalidad jurídica meramente formal; confusión de personalidades, o de patrimonios; sustancial confusión e identidad; etc., pero en todo caso ha requerido la existencia de datos claros -significativos- que demuestren la actuación fraudulenta.

De éstas y otras muchas sentencias que se han ocupado de la cuestión, se concluye que la aplicación de esta doctrina y la acreditación del fraude son inseparables. No basta para obtener un levantamiento del velo que quien lo insta haya sufrido un perjuicio o se sienta lesionado en su interés. Tampoco bastaría la consideración



de que se está ante una sociedad patrimonial. Hace falta que artificiosamente se haya usado (abusado de) una forma societaria con el fin de defraudar a otro; que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento defraudatorio o con un fin fraudulento.

Pues bien, en el presente supuesto, fuera de su genérico alegato no se aportaron a los autos pruebas consistentes del supuesto actuar fraudulento del socio mayoritario; de hecho los datos esgrimidos por la parte actora, esto es, que en el año 2001 dos trabajadores habían prestado servicios para Andrés durante un par de meses antes de integrarse en la plantilla de Talleres Cubía S.L. y, b) que el referido Sr. Andrés, había pasado a la situación jubilación activa en mayo de 2016, ya ponen de relieve la endeblez de unos argumentos que no pueden empañar el dato, puesto manifiesto en los antecedentes fácticos reseñados, de la inexistencia del fraude de Ley en la constitución de la sociedad, necesario para que la responsabilidad alcance a los socios componentes de la misma. Efectivamente, en el supuesto de la litis la sociedad demandada se fundó en noviembre de 1998, sin que se pueda apreciar fraude en su constitución, pues no puede obviamente presuponerse que la misma tuviera como designio la intención de eludir las responsabilidades en unas resoluciones de contrato que se producen veinte años después, cuando a lo largo de este tiempo ha venido cumpliendo, con mejor o peor fortuna y de forma más o menos puntual, sus obligaciones laborales con los trabajadores a pesar de la grave crisis económica desatada en los años finales de la pasada década.

Por otra parte, el hecho de que se trate de una sociedad de carácter familiar, en la que los únicos accionistas eran el codemandado y su esposa, tampoco es motivo suficiente para presumir la existencia del alegado fraude, pues ello sería tanto como negar la posibilidad de existencia de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que el capital social se suscriba mayoritaria o totalmente por miembros de un mismo grupo familiar, lo cual evidentemente no tiene base legal alguna.

Tampoco el hecho de que el socio mayoritario pasara a la situación de jubilación activa al amparo de lo previsto de R.D-Ley 5/2013, de 15 de marzo y asumiera la representación societaria en la negociación del ERE autoriza a hablar de una actuación fraudulenta, conforme al viejo brocardo *qui suo iure utitur neminem laedit*; esto es, con reserva del abuso de derecho, el que de su derecho usa no puede verse obligado a responder o indemnizar a otro.

Del propio modo, la contratación laboral de 2 trabajadores realizada por el codemandado hace quince años durante dos meses, con carácter previo al ingreso en la empresa Talleres Cubía, tampoco autoriza a hablar de confusión de plantillas, ni la existencia de un crédito a favor de dicho socio mayoritario, generado con ocasión del pago de unas nominas en los meses de diciembre de 2015 y septiembre de 2016 y debidamente asentado en la contabilidad de la empresa, autoriza a hablar de confusión de patrimonios ni de caja única.

En definitiva, considera la Sala que en el presente caso no ha quedado debidamente acreditada por la parte actora la concurrencia de las circunstancias que evidenciarían la existencia del fraude de Ley y desvirtuarían el principio general de no responsabilidad individual de los socios por los actos realizados por la sociedad, siendo de resaltar que el fraude de Ley no se presume, sino que tiene que ser cumplidamente probado por aquel que alega su existencia, prueba que consideramos en el supuesto de autos no se ha producido. Todo lo anterior nos lleva a estimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado.

Cuarto.- Apoya la parte actora la pretensión de nulidad del despido en un triple motivo: a) que, pese a los requerimientos de los representantes de los trabajadores, la demandada no aportó la documentación que viene exigida legalmente, en concreto se hurtaron las cuentas del año 2014, y las aportadas de los años 2015 y 2016 ni se hallaban completas ni se encontraban auditadas, impidiendo así que los trabajadores pudieran conocer la real situación de la sociedad desde el plano patrimonial, financiero y económico; tampoco informó a los trabajadores de la solicitud de un concurso en julio de 2016; b) ausencia de buena fe durante la negociación, al no existir negociación o debate ni una verdadera voluntad de reducir o atenuar las consecuencias del despido, sino que la empresa se limitó a una mera apariencia externa de legalidad para llegar al fin previsto de liquidar la sociedad; c) Por último, la empresa no habría comunicado la decisión final del despido a los representantes de los trabajadores.

Descartada la última de las imputaciones realizadas, toda vez que al ramo de prueba de la empresa demandada (folio 921) obra unida la notificación de la decisión final sobre el despido colectivo con la firma del recibí por los dos miembros del comité de empresa que permanecían en activo, documento no impugnado de contrario, habrá que recordar que los deberes de información en el despido colectivo se configuran como una auténtica carga para el empresario por cuanto que condicionan el ejercicio de la facultad empresarial y constituyen un elemento necesario, sine qua non, para la validez de la posterior negociación y, por ende, de la posterior decisión extintiva.

Advierte en tal sentido la jurisprudencia, por todas STS 27-05-2013, rec. 78/2012 y 17-07-2014, rec. 32/14, que el empresario está obligado a proporcionar a los representantes de los trabajadores la información relevante,



entendiéndose como tal aquella que les permita tomar conocimiento del problema y estar en condiciones de realizar ofertas solventes a las propuestas empresariales. -Dichas sentencias han puesto en valor la necesidad de aportar la documentación exigida por el art. 51.2 ET , así como la documentación precisada en los arts. 3 , 4 y 5 RD 1483/2012 , aunque ha matizado que la falta de aportación de alguno de dichos documentos no provocará mecánicamente la nulidad de los despidos, salvo que haya impedido que el período de consultas alcanzase sus fines, en los términos siguientes:

"En coherencia con esa señalada finalidad, la Sala ha declarado que no todo incumplimiento de las previsiones legales sobre la aportación documental puede alcanzar la consecuencia de nulidad que contempla el art. 124 LRJS («(l)a sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya... entregado la documentación prevista en el artículo 51.2» ET), sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada. Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque a pesar de los claros términos imperativos en que se expresan los arts. 3 («contendrá»), el art. 4.2 («incluirá»; «deberá aportar»; «deberá informar»; «deberán acompañarse») y 5 RD1483/2012 («incluirá»; «deberá aportar»), así como del art. 51.2 ET («se consignarán»; «deberá ir acompañada») y del 124 LRJS (se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «el empresario no haya... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET), de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue, cual es el proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas (art.51.2 ET); con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo (art. 63.2 LRJ y PAC) e incluso en la normativa procesal (art. 207.c) LRJS) (STS SG 27/05/13 - rco78/12 - FJ 5.1 ; SG 18/02/14 -rco 74/13 -, FJ 7 EDJ&nb sp ; 2014/57425 ; SG 26/03/14 -rco 158/13 - FJ 8.3 EDJ&nb sp ; 2014/80027 ; y SG 25/06/14 -rco 273/13 EDJ&nb sp ; 2014/124182).

En suma y para expresarlo más resumidamente, «el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET » (STS SG25/06/14 -rco 273/13 -).

La misma Sala en STS 18-07-2014 (rec. 313/2013) ha precisado, no obstante que, si la empresa no aporta la documentación legal y reglamentariamente exigible, le corresponderá probar que su falta de aportación no impidió que el período de consultas alcanzase sus fines, de suerte que si no se hiciera así, esto es, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (SSTS 30- 06-2011; 18-01-2012 y 23-04-2012).

Quinto.- Conforme determina el Art. 4.2 del R.D. 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, para acreditar los resultados de la empresa el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, la siguiente: 1º) las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, 2º) las cuentas provisionales al inicio del procedimiento.

Por lo que atañe a la primera de las exigencias, las cuentas anuales estarán integradas por los siguientes documentos: balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión (o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados). De todas formas, en el supuesto de empresas obligadas a realizar auditorías las cuentas deberán estar debidamente auditadas. En caso contrario, se deberá aportar una declaración de la representación de la empresa sobre la exención de dicha auditoría.

Por cuanto aquí interesa, tanto la memoria como el informe de gestión consisten en dos estados contables que complementan el contenido del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias y, son por tanto, dos de los documentos más relevantes a efectos de acreditar la concurrencia de la causa económica alegada; la memoria en cuanto recoge informaciones adicionales directamente relacionadas con las partidas del balance y complementa las partidas de pérdidas y ganancias, con informaciones tanto de naturaleza financiera como no financiera. El informe de gestión en cuanto constituye una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, respecto de la obligación empresarial de aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, estos no tienen porqué coincidir con los dos



últimos años anteriores al despido, ello debe ser así porque el Art. 4.2 del R.D. 1483/2012 debe ser puesto en relación con la Ley de Sociedades de Capital, tal como señala la STS de 20 de noviembre de 2014 .

Recuerda el alto Tribunal en el caso de la mercantil UNITO **NO** que "al inicio del procedimiento entregó las cuentas provisionales de 2012 individuales y consolidadas y, si bien es cierto que el 19 de abril es cuando entregó las cuentas anuales auditadas y firmadas, tal retraso no conduce a la declaración de nulidad del despido por falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 ET , tal y como dispone el artículo 124.11 LRJS . En efecto, la disposición citada ha de ser coherente con las previsiones contenidas en el RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Sociedades de Capital, en cuyo artículo 253.1 establece que los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados, disponiendo el auditor de un plazo de un mes a partir del momento en el que le entregan las cuentas debidamente firmadas, artículo 270 del citado RD Legislativo , por lo que siendo la fecha de cierre del ejercicio social el 31 de diciembre de 2012, la entrega de las cuentas auditadas y firmadas realizada el 19 de abril de 2013 estaba dentro de los plazos legalmente establecidos". Con todo el Tribunal tomo en consideración otras dos circunstancias, cuáles eran que las cuentas auditadas no diferían de las cuentas provisionales, y que los representantes de los trabajadores, a pesar de haberles sido presentadas el último día de la negociación no solicitaron una prórroga para comprobar las cuentas presentadas.

En relación con la obligación de auditar las cuentas, determina el Art. 263.2. de la Ley de sociedades de capital que las cuentas anuales deberán ser auditadas cuando se cumplan, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los cinco millones setecientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

Por lo que atañe a las cuentas provisionales al inicio del procedimiento firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento, hemos de recordar con la SAN de de 28 de marzo de 2014 (autos 44/2014), que se entiende "por cuentas provisionales los documentos contenidos en el art. 254.1 de la Ley de Sociedades de Capital , que son el 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. - Queremos resaltar no obstante que, si bien el apartado segundo del artículo citado subraya que las cuentas referidas constituyen una unidad, la Sala entiende que no es necesario aportar la memoria, por cuanto la confección de dicho documento es predicable del ejercicio en su conjunto y puede sustituirse, sin generar indefensión a los trabajadores, por la propia memoria del despido colectivo". Por lo que respecta a la fecha a la que deben estar cerradas dichas cuentas provisionales recuerda el Tribunal que "dichos documentos deberán aportarse hasta el momento de iniciarse el procedimiento, porque así lo dispone el art. 4.2 RD 1483/2012, de 29 de octubre , salvo que se demuestre la imposibilidad de hacerlo, correspondiendo la carga de la prueba a la empresa, quien deberá demostrar razonablemente que no le fue posible confeccionar las cuentas provisionales a la fecha del inicio del período de consultas, o cuando se acredite que la falta de aportación no impidió que el período de consultas alcanzase sus fines".

No cabe olvidar tampoco que, junto con lo anterior, existen obligaciones de información adicionales, así el Art. 51.3 del ET establece que "cuando la extinción afectase a más del cincuenta por ciento de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente". Pues bien, aunque a tenor del Art. 124 L.R.J.S . el incumplimiento de la obligación de informar sobre este concreto particular no conllevaría per se la nulidad de la extinción colectiva de los contratos de trabajo (la nulidad por la no aportación de la documentación exigible queda limitada a la contenida en el Art. 51.2 ET y, en su caso, a la establecida en los Arts. 2 a 5 RDC. SSTS 26-6-14, rec.158/13 , y 18-7-14, rec. 303/13); no obstante lo anterior, si la venta de bienes llegara a considerarse pertinente para el buen fin de la negociación, la ocultación de este extremo podría ser valorada como una transgresión de la buena fe contractual.

Por ultimo la obligación de informar del empresario no se limita a las materias recogidas en el Art. 51.2 del ET , sino que de acuerdo con el Art. 64 del ET son muchos los extremos sobre los que el empleador ha de informar a los representantes de los trabajadores aunque no necesariamente con ocasión del despido colectivo, sino de una manera habitual o periódica. En la medida en que el periodo consultivo tiene la finalidad de negociar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos, no cabe duda que la información sobre las cuestiones económicas y financieras constituye una información capital de cara a poder prevenir o prever las extinciones colectivas de los contratos de trabajo. Dicho de otro modo, la información que el empresario haya debido poner



a disposición de los representantes de los trabajadores en el marco de su derecho general de información cobra un notable valor de cara a la valoración del proyecto de despido colectivo.

En tal sentido, después de recordar que el Art 2.3 de la la Directiva 98/59/ CE del Consejo , de 20 de julio, relativa a los despidos colectivos, al regular la información y consulta a los representantes de los trabajadores, dispone textualmente: "A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá: a) proporcionarles toda la información pertinente, y b) comunicarles, en cualquier caso por escrito:

i) los motivos del proyecto de despido

ii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente..." advierte la STS de 20 de noviembre de 2014 (rec. curso: 114/2014) que "en nuestra normativa interna se han recogido cuidadosamente todos los requisitos que se exigen en el apartado b), sin embargo se echa de menos que en el mismo se contemple la genérica referencia que se contiene en el apartado a), consistente en "proporcionarles toda la información pertinente". No obstante, dada la obligatoriedad de transposición de la Directiva por los Estados miembros y, su aplicabilidad directa en el caso de que no haya sido debidamente transpuesta al derecho interno en los plazos establecidos, se concluye que resulta exigible al empresario que proporcione a los trabajadores toda la información pertinente".

En el supuesto examinado, pese a que tanto en la reunión inicial, celebrada el día 23 de enero de 2017, como en la reunión final del proceso negociador, celebrada 5 días después, el día 28 de enero, los representantes de los trabajadores insistieron en la insuficiencia de la documentación aportada por la empresa, solicitando que se les entregara la documentación que establece el Art. 51 del ET , y más en concreto las cuentas de los años 2015 y 2014, solicitud contestada por la representación de la empresa en el sentido de considerar que sólo era necesario la entrega de las cuentas anuales de 2015, no las de 2014; habrá que convenir por una parte en que la documentación entregada fue incompleta, no ajustándose a la legal y reglamentariamente exigible tal como recuerda el informe de la Inspección de Trabajo y, por otra, que la empresa tampoco justifico que su falta de aportación no impidió que el período de consultas alcanzase sus fines.

Para empezar habrá que señalar que la empresa hurtó a los representantes de los trabajadores toda la información relativa a la solicitud del concurso de acreedores que, aunque sí dio cuenta a los trabajadores del acuerdo alcanzado con las entidades de crédito sobre refinanciación de la deuda tal como señalo en el acto del juicio el Sr. Bernabe , aquellos no se enteraron de su existencia hasta el acto del juicio oral.

Ya en relación con la documentación reglamentariamente exigible, se limito a entregar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes a los años 2015 y 2016, esto es, no se entregaron las cuentas anuales completas en los términos que más arriba se dejan expuestos, pues dichos documentos no venían acompañados con el estado de cambios en el patrimonio neto, del estado de flujos de efectivos, de la memoria del ejercicio ni del informe de gestión. Además dichas cuentas no habían sido depositadas en el registro mercantil ni contaban con el preceptivo informe de auditoría, siendo así que como, puso de relieve la pericial practicada en el acto del juicio, en la empresa demandada concurrían los caracteres y requisitos previstos en el Art. 263 de la LSC para su formulación, y de hecho constaba en el Registro mercantil la designación de auditores para los ejercicios 2014 a 2016; en cualquier caso, tampoco se adjuntó la declaración sobre exención de auditoría, lo que incide en la falta de fiabilidad de la documentación entregada a los trabajadores, y en suma, en su falta de idoneidad como instrumento que sirva de garantía para la existencia de una verdadera y efectiva negociación, tal como el miembro del comité de empresa, Sr. Bernabe , puso de manifiesto en su comparecencia ante la Inspección de Trabajo y al deponer como testigo en el acto del juicio oral.

A mayor abundamiento, el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes al año 2016, tenían carácter provisional, tal como en la propia memoria explicativa del ERE se indicaba: "por lo que se refiere al año 2016, el mismo se ha cerrado con un resultado provisional de -1.287.634,49 euros"; de ahí la insistencia de los trabajadores en solicitar la entrega de las cuentas correspondientes al año 2014, puesto que lo que el precepto reglamentario determina como se acaba de examinar es que, además de "las cuentas provisionales al inicio del procedimiento", se presenten las cuentas de "los dos últimos ejercicios económicos completos"; la trascendencia de estas insuficiencias denunciadas por los trabajadores y la negativa reiterada de la empresa a completarlas, se pone de manifiesto en el informe pericial cuando señala que estos incumplimientos "impiden conocer la situación real de la sociedad en el plano patrimonial, financiero y económico, así como su evolución en los últimos años".

En otras palabras y en referencia a la causa económica que se alega en primer lugar como justificativa del despido, habrá que concluir que la empresa no proporcionó a los trabajadores la información pertinente en orden a conseguir una adecuada negociación encarada a la consecución de un posible acuerdo sobre los



despidos y/o otras medidas paliativas, al no haber remitido al inicio del procedimiento la documentación obligada ni haberla facilitado tampoco posteriormente, no obstante serle reclamada.

Sexto.- Ahora bien, junto con la causa económica la empresa alego, en la memoria justificativa del despido colectivo, la concurrencia de una causa productiva, concretada en la inexistencia de pedidos en curso que encomendar a la plantilla. Razonaba la empresa en dicha memoria que las obras correspondientes a los últimos encargos realizados por las empresas PHB, TAIMWESER y DURO FELGUERA se habían entregado a finales de diciembre de 2016 o en la primera semana de 2017, y en lo que atañe al principal cliente de la compañía, THYSSEN, a mediados de octubre había dejado de realizar pedidos y había comunicado a la compañía que por el momento no pensaba encargar nuevos trabajos, habiendo recurrido a otros proveedores de servicios.

En tal supuesto lo que el Art. 5 del R.D. 1483/2012 prevé es que junto a la memoria explicativa de las causas de producción que justifican el despido colectivo, el empresario deberá aportar un informe técnico que acredite la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. En dicho informe el empresario no solamente debe afirmar la concurrencia de la causa, sino que, al tiempo, deberá argumentar sus efectos sobre las relaciones laborales afectadas, acreditando la íntima conexión entre la medida de reestructuración y los contratos a extinguir, poniendo así de manifiesto que su decisión es plausible y razonable en términos de gestión empresarial.

En el supuesto considerado, junto con la memoria explicativa, la empresa acompañó un "informe técnico sobre la causa productiva", y bien que dicho informe estaba firmado por el socio mayoritario en su condición de ingeniero técnico y no venía acompañado por la valoración de un experto ajeno a la empresa, lo cierto es que interrogados sobre el particular, los miembros del comité de empresa se mostraron satisfechos con la información suministrada por la empresa y así se hizo constar en el acta de la primera reunión celebrada el 23 de enero de 2017.

En dicho informe se daba cuenta de que el principal cliente y prácticamente único de la compañía era la empresa Thyssen Krupp Airport Systems (TKAS). No obstante, en los últimos tiempos TKAS había estado recurriendo a otros proveedores de servicios, lo que había forzado a Talleres Cubia a buscar nuevos clientes que le permitieran no depender en exclusiva de TKAS, y así en los últimos dos años se habían conseguido pedidos de las ingenierías PHB, TAIMWESER y DURO FELGUERA; sin embargo, las obras realizadas para estos clientes no resultaron rentables, debido, por una parte, a la bajada de los precios experimentada como consecuencia de la crisis económica y la globalización, de suerte que al tener que competir con ofertas de Marruecos o de Chequia, se estaban aceptando encargos a razón de 24 euros la hora cuando el coste de material y mano de obra en Talleres Cubía se situaba en los 30 euros la hora.

Por otra parte, la falta de preparación técnica del personal de la empresa, (acostumbrados a realizar las piezas de TKAS, varios trabajadores de la empresa, a pesar de ser oficiales de primera y recibir formación específica, no habían superado las homologaciones requeridas por los nuevos clientes), había originado que, de un lado, no se alcanzaran los estándares de calidad exigidos por estos clientes, provocando retrasos en la entrega de las obras y un exceso de horas de trabajo para alcanzar las homologaciones requeridas; en el caso del encargo de PHB este exceso de horas de trabajo -sin contar el tiempo empleado en las posteriores reparaciones para suplir las deficiencias de calidad- se cifraba en 12.994 horas; en el caso de Duro Felguera en 16.980 horas, y en el de TAIMWESER en 5.777 horas.

Estos retrasos y deficiencias en la calidad del producto habían motivado que PHB y Duro Felguera no realizaran nuevos pedidos, una vez concluidos los encargos pendientes en diciembre de 2016 y enero de 2017. TKAS, a su vez, que ya desde octubre de 2016 había reducido drásticamente los pedidos, había cesado de realizar encargos a partir del 27 de diciembre de 2016, comunicando que por el momento no iba a encomendar nuevos trabajos a Talleres Cubía; lo que suponía que en la actualidad no existieran pedidos ni obra pendiente para ningún cliente.

Es cierto que el informe técnico aporta una explicación de la causa, pero no prueba la concurrencia de la misma, sino que el empleador también deberá facilitar al banco social los documentos o la prueba en que dicho informe se basa. Pues bien en el presente caso la empresa acompañaba, como anexos 1 y 2 del informe la evolución de los encargos de PHB y Duro Felguera y los pedidos efectuados por Thyssen en los dos últimos años, de los que se desprende, tal como posteriormente en abril de 2017 la propia compañía certificó a requerimiento de este Tribunal, que el volumen de pedidos encargados a Talleres Cubía por esta última empresa descendió de 4.545 miles de euros para el año 2015 a 2.225 miles de euros para el año 2016 y a 0 euros para el año 2017 (ordinal duodécimo).



Razones las expuestas que nos llevan a concluir en la suficiencia de la documentación entregada en relación con la causa productiva.

Séptimo.- Un segundo motivo de nulidad del despido derivaría del hecho de que el periodo de consultas se habría desarrollado en términos tales que habría que excluir la buena fe negociadora que ha de presidir todo periodo de consultas, puesto que la empresa no formuló una sola propuesta para atenuar o reducir las consecuencias del despido y tampoco planteó ninguna medida social de acompañamiento durante la negociación, enfocada por su parte desde el primer momento y hasta el final al cierre de la empresa y a la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla con la indemnización legal, sin ofrecer ninguna otra alternativa.

La doctrina jurisprudencial ha entendido que existe buena fe durante el período de consultas cuando las partes muestran una cierta flexibilidad en la negociación, esto es, actúa de buena fe quien formula propuestas y contrapropuestas, manifestando un esfuerzo real y sincero por intentar acercar posiciones o quien cede en sus planteamientos iniciales, reduciendo por ejemplo el número de trabajadores afectados por el despido proyectado.

Recuerda en tal sentido la STS de 25 de marzo de 2015 (rec. 295/14), reproducida por la de 16 de junio de 2015 (rec. 273/14) -ambas del Pleno de la Sala IV -, que: "es doctrina de la Sala la de que la existencia o no de buena fe negociadora debe afirmarse en relación con la existencia o no de propuestas concretas y la celebración de reuniones, ya que, constando la existencia de unas y otras, no puede apreciarse la inexistencia de negociación (SS de la Sala de 25/09/2013, rec. 3/2013 y de 26/03/2014, rec.158/2013); y que «... para apreciar la mala fe en el caso de existir un nulo grado de flexibilidad... semejante deficiencia deberá ir acompañada de un elemento de propósito vulnerador de la confianza, alterando u ocultando datos así como proponiendo medidas de acompañamiento cuyo incumplimiento se procurará a posteriori» (STS 20/05/14, recurso 276/2013). La posterior sentencia de esta Sala de 18 de julio de 2014 (recurso 303/2013), insiste en que, "2.- Sobre la exigencia de negociar de buena fe en el marco del periodo de consultas previo, existe una consolidada doctrina jurisprudencial- como ha recordado la STS/IV 26-marzo-2014 (rco 158/2013 , Pleno, votos particulares)-, habiéndose interpretado, en esencia, que: a) la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET («ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»); b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá versar, 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», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negociadora (STS/IV 27-mayo-2013 -rco 78/2012 , Pleno); y b) aun referido a un supuesto de periodo de consultas en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se afirma que se evidencia la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas... configurándolo 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" (STS/IV 16-noviembre-2012 -rco 236/2011).

En todo caso, advierten las SSTs/4ª/Pleno de 20 y 21 mayo 2014 (rec. 276/13 y 249/13 , respectivamente) que el deber de buena fe incluye la obligación empresarial de ofrecer a la representación legal de los trabajadores la información necesaria sobre la medida tomada y sus causas, pero no existe en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información. De ahí que hayamos apreciado falta de buena fe cuando se ha dado la doble circunstancia de ausencia de información a la representación de los trabajadores y, simultáneamente, un mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio de las negociaciones en nuestra (STS/4ª/Pleno de 20 marzo 2013, rec. 81/12).

Antes de continuar se ha de añadir que la Sala no desconoce la doctrina sentada por la STJUE de 10 de septiembre de 2009, nº C-44/2008 (asunto Aek contra Fujitsu Siemens Computers Oy), sobre el momento oportuno de la consulta, en el sentido de que "el hecho de vincular el nacimiento de la obligación de llevar a cabo consultas establecida en el artículo 2 de la Directiva 98/59 a la adopción de una decisión estratégica o empresarial que haga necesarios despidos colectivos puede privar parcialmente de eficacia a esta obligación. En efecto, como resulta del apartado 2, párrafo primero, del citado artículo 2, las consultas deben tener por objeto, en particular, la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos previstos. Pues bien, una consulta que se iniciase cuando ya se haya adoptado una decisión que haga necesarios tales despidos colectivos no podría referirse eficazmente al examen de posibles alternativas para intentar evitar estos" (apartado 47), lo



que comporta que ha de evitarse que la consulta se inicie cuando ya se hubiese adoptado la decisión que haga necesarios tales despidos, pues entonces esa consulta no podría incluir el examen de posibles alternativas para intentar reducirlos o evitarlos.

En el presente supuesto, es cierto como afirman los demandantes que la decisión del despido colectivo ya estaba tomada en el momento de iniciarse el periodo de consultas y tan es así que la única propuesta formulada por la empresa fue la de solicitar un plazo de espera de 2 meses "para el cobro de las indemnizaciones y que, de no cobrarse en ese plazo, los trabajadores puedan acudir a los tribunales".

Pero entonces no cabe olvidar que a lo largo de los meses de abril y mayo de 2016 la empresa abrió un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en el SASEC sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de cara a alcanzar un acuerdo en materia de rendimientos, calidad y el control de tiempos de trabajo de la plantilla, celebrándose hasta seis reuniones, sin que conste que se alcanzara ningún acuerdo. Dichas modificaciones venían motivadas, entre otras razones y según se exponía en la memoria explicativa, porque la empresa atravesaba un grave problema debido a los "constantes retrasos en la entrega de las obras así como el desarrollo defectuoso de los trabajos, realidad que ha contribuido notoriamente haya entrado en una situación deficitaria", ya que estos retrasos comportaban no solo penalizaciones sino que a la par retrasaban considerablemente la facturación, con los consiguientes problemas de liquidez. En este sentido advertía la Administradora única de la sociedad, Sra. Rosana , en la reunión celebrada el 9 de mayo de 2016 que consideraba "que se tenían que hacer cambios con el fin de evitar el cierre"; de hecho ante la resistencia de los representantes de los trabajadores a aceptar las medidas propuestas, tomo la palabra el mediador del SASEC para trasladar a la representación social su impresión de que "parece que la pretensión de la empresa no es otra que la de mejorar la gestión y solucionar los problemas que se reflejan en la documentación trasladada a través de la implementación de las medidas propuestas".

A la vista de las mencionadas consultas cabe colegir que no hubo malicia o negligencia por parte de la empresa demandada, ya que, de acuerdo con lo que se deja expuesto, en tiempo oportuno trató de hacer frente al déficit de competitividad que padecía adoptando unas medidas que consideró eran las adecuadas para poner coto a los retrasos y a las entregas defectuosas de los encargos que se le hacían y ello tanto en referencia al cliente principal, respecto del que el problema detectado eran principalmente los retrasos, como para la cartera de nuevos clientes, evitando el exceso de horas invertidas en los pedidos y mejorando los tiempos de producción; medidas con las que pretendía enderezar la marcha de la empresa y evitar el cierre, razón por la cual el motivo no puede prosperar.

La provisión de medidas sociales en el período de consultas de un despido colectivo, dirigidas a evitar o reducir sus efectos, se ha convertido en una obligación del empresario ex art. 51 ET y art. 8.1 RD 1483/2012 , y, entre otras, no cabe duda que se encuentran las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y en el presente caso se acredita que antes de que en el 10 de octubre de 2016 la Thyssen comunicara a la empresa que "la situación resultaba insostenible y totalmente inaceptable" debido a los retrasos (folio 892), es palmario que la demandada negocio y trato de adoptar una de esas medidas sociales con carácter preventivo o paliativo de los despidos, modificando los sistemas de tiempos y rendimientos, sin obtener el eco buscado en la representación social, lo que impide hablar en el presente caso de una mala fe negocial.

Octavo.- Descartada que la causa económica pueda resultar justificativa del despido por las razones que se han dejado expuesta y centrado el debate en la causa productiva, hay que partir del dato de que la norma estatutaria, tras la reforma operada por la Ley 3/2012, no proporciona una definición de las causas productivas, sino que únicamente describe el ámbito o esfera de funcionamiento de la empresa en que inciden, al señalar que, se entiende que concurren las primeras "cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado"

Efectuando una interpretación del precepto en clave teleológica, los elementos que de forma acumulativa han de darse para la apreciación de factores de producción que justifiquen causalmente un despido por causas objetivas son los siguientes:

- Los hechos que conforman la causa han de ser objetivos y sobrevenidos, es decir, tratarse de circunstancias externas que irrumpen novedosamente en la vida empresarial, y tener carácter estructural y no meramente coyuntural o transitorio.
- Esos cambios se deben manifestar en el terreno de la actividad que la empresa desarrolla en el mercado.
- La causa debe ser actual, estar presente en la fecha en que se adopta la medida extintiva, pues lo que justifica causalmente la amortización de puestos de trabajo es la existencia de un problema de funcionamiento de la empresa de manera que si la situación desfavorable es pretérita faltaría el presupuesto del cese, al no ser posible establecer la imprescindible conexión causal con la causa objetiva cuya presencia autoriza el recurso



a la indicada medida de flexibilidad externa como medio instrumentalmente proporcionado y razonable para su superación.

- 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, siendo suficiente con que se acrediten en el ámbito en que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo, si bien la exigencia de la racionalidad de la medida extintiva puede comportar que se tomen en consideración otros factores o circunstancias que puedan desvirtuar su razonabilidad. Así lo ha puesto de manifiesto consolidada jurisprudencia (SSTS 16/09/09, Rec. 2027/08 ; 12/12/08, Rec. 4557/07 ; 29/11/10, Rec. 3876/09 , 16/05/11 , RJ 4879).

- Tales modificaciones en la esfera productiva deben estar dotadas de la envergadura y entidad suficiente para producir un desajuste entre las nuevas exigencias de producción propiciadas por la alteración de la demanda de productos y servicios que la empresa coloca en el mercado.

Por último, a pesar de que la reforma operada por la Ley 3/12 suprimió la obligación que la normativa previa imponía a la empleadora de justificar la razonabilidad de la medida, el Tribunal Supremo -aunque ha de reconocerse que no sin cierta dificultad, habida cuenta de los numerosos votos particulares formulados en sentencias en las que se discutía sobre el alcance de la intervención y control judicial en la apreciación de la proporción, ponderación o razonabilidad de la medida- se ha decantado mayoritariamente, por la necesidad de dicho control, (SSTS 20/03/2013 ; 27/05/2013 ; 19/11/2013 ; 18/02/2014 ; 26/03/2014 ; 17/07/2014 ; 23-9-2014).

Así la STS de 23-9-2014 declaro que: "...el Juzgador debe comprobar si las causas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la medida extintiva, y además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante". En otras palabras y conforme ya se venía afirmando por la Sala IV "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. Excediendo por el contrario del ámbito del control judicial "fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados".

En el caso enjuiciado la empresa, en la memoria explicativa del ERE presentada a la autoridad laboral y entregada a la representación de los trabajadores que participó en el periodo de consultas, no obstante indicar que la amortización de puestos de trabajo descansa en la concurrencia de causas económicas, adicionalmente alegaba la concurrencia de una causa productiva, y a la hora de describir los hechos en que aquella se materializaba, después de señalar que la empresa había surgido y se había desarrollado a la sombra de la Thyssen, prácticamente el único cliente pues llegaba a representar el 95% de la facturación de la empresa, especializándose en la fabricación de los fingers de los aeropuertos, significaba que tal situación se modificó a partir del año 2008, año en el que la Thyssen abrió mercado en China, bajando tanto el número de encargos como el precio a pagar por las piezas (2.000 euros p.e. en una rotonda). Esta situación se intento paliar captando nuevos clientes, habiéndose contratado obras con otras ingenierías, singularmente con Duro Felguera, PHB y TAIMWESER.

No obstante lo cual, sigue explicando la empresa en el informe técnico a que se acaba de hacer merito, las obras realizadas a estos nuevos clientes no resultaron rentables, debido, por una parte, a la bajada de los precios experimentada como consecuencia de la crisis económica y la globalización, de suerte que al tener que competir con ofertas de Marruecos o de Chequia, se estaban aceptando encargos por debajo del precio de coste del material y de la mano de obra, que se situaba en la empresa en unos 30 euros la hora; y, por otra parte, la falta de preparación técnica del personal de la empresa había originado, de un lado, que no se alcanzaran los patrones de calidad exigidos por los clientes, lo que había provocado retrasos en la entrega de las obras y un exceso de horas de trabajo para alcanzar las homologaciones requeridas, lo que su vez había traído consigo penalizaciones y retrasos en la facturación.

Estos retrasos y las deficiencias observadas en la calidad habían motivado que tanto PHB como la Duro Felguera, no encomendaran nuevos trabajos una vez concluidos durante la primera semana de enero de 2017 y finales de diciembre, respectivamente, los trabajos correspondientes a las últimas obras contratadas. La Thyssen, por su parte, a partir del mes octubre de 2016 redujo drásticamente sus pedidos, y desde el 27 de diciembre no ha realizado nuevos encargos.

Estos hechos, no solamente no resultaron cuestionados en la negociación del periodo de consultas desarrollada por las partes con ocasión del despido colectivo, quedando constancia de que la causa del despido no solamente era económica sino productiva y que esta consistía en la pérdida del principal cliente de la empresa, la Thyssen, y en la terminación de los encargos del resto de los clientes, siendo tal causa detallada en la memoria e informe técnico adjunto, y ambas partes reconocen la existencia de tal causa. Este punto



resultó acreditado en el proceso a través de los documentos que se dejan invocados y puede añadirse, cuando menos a efectos dialécticos, que no resulto controvertido, discrepando las partes sobre si tal causa era debida a las razones esgrimidas por la empresa o a su falta de fiabilidad por no haber auditado las cuentas.

En casos como el presente la doctrina unificada ha considerado ajustado a derecho un despido colectivo por causa productiva. Razonaba en tal sentido la STS de 13 de octubre de 2016, (rec. 56/2016) que "la pérdida de un cliente importante -en este caso el principal, y el único en relación con los trabajadores afectados-, que obliga a reducir la producción general de la empresa, se puede transformar también en la situación económica negativa consistente en las "pérdidas previstas" a que se refiere el art. 51.1, c), segundo párrafo, ya que tales pérdidas previstas, aunque no tengan existencia contable por no ser actuales, pueden existir sin embargo como previsión que podrá hacerse o no realidad en el futuro, y pueden justificar una medida de gestión empresarial actual, siempre que entre los hechos actuales de pérdida en la producción y la consecuencia prevista de la correspondiente disminución de ingresos exista una relación lógica que lleve a la necesidad de recurrir a extinciones contractuales para acomodar la plantilla a esa nueva situación".

Seguía así el criterio sentado por la la STS de 21 de abril de 2014 (rec. 126/13) que, examinado precisamente un supuesto de pérdida de cliente en empresa de telemarketing, había concluido que la pérdida de un cliente relevante constituye causa productiva, puesto que reduce los servicios, que la empresa pretende colocar en el mercado. - Consiguientemente, si la empresa reduce unos servicios, cuya ejecución se realizaba con una determinada plantilla, se activará también la causa organizativa, puesto que esa pérdida provocará automáticamente la sobredimensión de la plantilla, salvo, claro está, que se acredite que la empresa puede recolocar a los trabajadores sobrantes.

En suma, la empresa demandada ha acreditado claramente que no sólo ha perdido a su cliente principal como es de ver en el hecho probado décimo segundo, sino que el resto de los compradores de sus productos han reducido de manera drástica los servicios que les venía prestando hasta el 31 de diciembre de 2016, como consecuencia de los retrasos experimentados en la entrega de los encargos. Se ha demostrado, por otra parte, que el número de horas necesario para atender las obras realizadas por estos otros clientes ha sobrepasado las presupuestadas en los respectivos encargos, lo que a su vez se ha traducido en sobrecostes, penalizaciones y retrasos en la facturación, lo cual nos lleva a concluir que la medida impuesta por la empresa obedecía a causas productivas, provocadas por la disminución de los pedidos impuesta a su vez por los clientes, que ha devenido en una sobredimensión de la plantilla. Dicha extinción, por lo demás, es idónea, razonable y proporcionada, puesto que el número de extinciones se corresponde con la falta absoluta de trabajo en las instalaciones de la empresa que asignar a los empleados, por lo que vamos a declarar la justificación del despido colectivo.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que previa la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de D. Andrés , desestimamos la demanda de impugnación de despido colectivo promovida por COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS y la UNION GENERAL DE TRABAJADORES y declaramos justificado el despido colectivo, absolviendo a la empresa TALLERES CUBIA S.L. de los pedimentos de la demanda.

Notifíquese esta sentencia a las partes, uniendo su original el Libro de Sentencias, llevando testimonio al rollo de sala.

Medios de impugnación

Cabe **recurso de Casación ordinaria** ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse en esta Sala del TSJ Asturias en el plazo de 5 días desde la notificación, mediante comparecencia o escrito de las partes, su abogado o representante, bastando la mera manifestación de los anteriores al ser notificados.

Depósito para recurrir

El recurrente que no tenga condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario de la Seguridad Social, debe, al tiempo de preparar el recurso, acreditar la realización de un **depósito de 600 ? en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Consignación del importe de condena



Si la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, el recurrente condenado que no goce de justicia debe **consignar** la cantidad de condena en la citada cuenta, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento del órgano judicial. Dicha consignación debe acreditarse con la preparación del recurso.

Cuando el ingreso del depósito o de la condena se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso, y el concepto, como quedó dicho.

De efectuarse **diversos pagoso ingresos** en el mismo nº de cuenta se especificará un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Secretaria para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ