



Roj: **STS 3463/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3463**

Id Cendoj: **28079149912018100032**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **25/09/2018**

Nº de Recurso: **43/2018**

Nº de Resolución: **861/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 6046/2017,**  
**STS 3463/2018**

CASACION núm.: 43/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 861/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 25 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación de Comisiones Obreras de Industria, representada y defendida por el Letrado Sr. Terán Conde, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 7 de junio de 2017, en autos nº 9/2017, seguidos a instancia de dicha recurrente y la Unión General de Trabajadores de Andalucía (UGT) contra la empresa Aeroestructuras Sevilla, S.L., sobre despido colectivo.



Ha comparecido en concepto de recurrida la empresa Aeroestructuras Sevilla, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Sanguino Porras.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Federación de Comisiones Obreras de Industria (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores de Andalucía interpusieron demanda de impugnación de despido colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare nulo el despido colectivo objeto de la presente impugnación, por violación de los derechos fundamentales de igualdad y libertad sindical, por incumplimiento de la obligación de negociación de buena fe, fraude de ley y abuso de derecho y por incumplimiento de las obligaciones de información y reglas procedimentales aplicables, y por la que se declare el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, o subsidiariamente, por la que se declare no ajustado a derecho el despido colectivo objeto de la presente impugnación, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tales declaraciones y por cuanto de ellas se derive, y a que readmita a los trabajadores despedidos en su puesto de trabajo en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir, y a cuanto más proceda en Derecho.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda de despido colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 7 de junio de 2017 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos la demanda formulada por la Federación de Comisiones Obreras de Industria y la Unión General de Trabajadores de Andalucía contra la empresa Aeroestructuras Sevilla, S.L., declarando el despido colectivo ajustado a derecho».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- El 20 de enero de 2017, la empresa demandada le comunicó por escrito a la representación de los trabajadores, la apertura del periodo de consultas, constituyéndose la Comisión Negociadora ese mismo día y, fijándose la primera reunión del periodo de consultas para el día 25 de enero de 2017. Se le informaba en esta comunicación de lo siguiente: que el despido colectivo se basaba en causas económicas y productivas; que afectaría a 33 trabajadores; que el número de trabajadores empleados habitualmente en el último año era de 102; que el periodo previsto para la realización de los despidos sería del 20 de febrero al 12 de marzo; los criterios de selección tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, con una explicación del sistema Skill Matrix; se adjuntaba la copia de la comunicación al Comité de Empresa y la composición de la comisión negociadora. Se adjuntó la Memoria explicativa y los siguientes documentos: análisis económico financiero (anexo I de la Memoria Explicativa); Memoria técnico-organizativa (anexo II de la Memoria Explicativa); Impuesto de Sociedades de los años 2013, 2014 y 2015; Informes de Auditorias de los años 2013, 2014 y 2015; las cuentas anuales del año 2016; el balance de situación comparativo de los años 2014, 2015 y 2016; las declaraciones de IVA de los años 2014, 2015 y 2016 (último presentado en noviembre de 2016); y hoja resumen con la estructura de la plantilla.

2º.- El 20 de enero de 2017 se le comunicó a la Autoridad laboral por la demandada, la decisión de adoptar una medida de despido colectivo que afectaría a 33 trabajadores de los 102 que formaban la plantilla del único centro de trabajo de la empresa, así como el inicio del periodo de consultas.

3º.- El 20 de enero de 2017, la empresa le requirió a los representantes de los trabajadores que emitieran el informe previo al despido colectivo, de acuerdo con el artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 20.1 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Metalúrgicas en Sevilla.

4º.- El 25 de enero de 2017 se celebró la primera reunión del periodo de consultas, en la que propuso la empresa el pago de la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, de forma aplazada en un periodo de nueve meses, con pagos lineales mensuales. La comisión representativa de los trabajadores se opone a esta medida y discrepa de los criterios de selección aplicados, solicitando la siguiente información: perspectivas reales de la recuperación de la carga de trabajo (volumen y plazo) y, las horas ordinarias y extraordinarias realizadas, por programas.

5º.- El 2 de febrero de 2017, se celebró la segunda reunión del periodo de consultas, en la que se debate sobre la información solicitada, indicando la empresa que no disponía de herramientas informáticas para calcular



el número de horas ordinarias y extraordinarias realizadas y, comprometiéndose a aportar esa información con el mayor detalle posible y, el censo de trabajadores actualizado a la fecha del inicio del procedimiento de regulación de empleo, el 20 de enero de 2017, y la media ponderada de trabajadores durante 2016.

6º.- El 8 de febrero de 2017, se celebró la tercera reunión del periodo de consultas, aportando la empresa la documental requerida, salvo el número de horas realizadas en cada programa. La empresa se comprometió a estudiar la posibilidad de reducir el número de trabajadores afectados. El 14 de febrero de 2017, se celebró la cuarta reunión del periodo de consultas, en la que la empresa propuso reducir el número de trabajadores afectados a 25, el aplazamiento del pago de la indemnización a tres meses, establecer una bolsa de recuperación con una duración de dieciocho meses, manteniendo los criterios de selección.

7º.- El 20 de febrero de 2017 se celebró la última reunión del periodo de consultas, que finalizó sin acuerdo.

8º.- El 2 de marzo de 2017 se le comunicó a la Autoridad Laboral la finalización del periodo de consultas sin acuerdo, remitiéndole copia del mismo, de las actas del periodo de consultas, del listado definitivo de trabajadores afectados y, de la memoria. El despido colectivo afectó a 25 trabajadores.

9º.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió informe el 6 de marzo de 2017, en el que concluyó que hubo buena fe en la negociación en el periodo de consultas; y, que los criterios de selección no garantizan la objetividad y no discriminación.

10º.- El 17 de marzo de 2017 se acordó la extinción de los contratos de los 25 trabajadores afectados por el despido colectivo.

11º.- La empresa demandada tiene como principal actividad el montaje de elementos aeronáuticos, teniendo en la actualidad, como único cliente, a Airbus Defence & Space, que le ha asignado a la demandada nueve programas: góndolas del C295; flaps exteriores e interiores del C295; depósito auxiliar de combustible del EF2000; consolas de misión para el C295, versión patrulla marítima; consolas de operador para aviones convertidos MRTT; montajes de conjuntos para el BOOM de los aviones MRTT; carenas y subconjuntos de ala para el EF2000; servicio para soporte a los trabajos pendientes de Tablada en FAL, A400M; y servicio soporte en FAL de soporte AAA.

12º.- Las actividades de montaje que realiza la empresa demandada se dividen en actividades directas, que son aquellas que están relacionadas, de manera proporcional, con la cantidad de trabajo necesario, de forma tal que a más carga de trabajo, más capacidad necesaria, e impactan directamente sobre el valor añadido de los productos fabricados. Y, las actividades indirectas, que son aquellas que aun estando relacionadas con la cantidad de trabajo requerida, no guardan, como tal, una proporcionalidad.

13º.- En noviembre de 2016, la empresa Airbus Defence & Space, le comunicó a la empresa demandada el nuevo escenario de entregas para los próximos dos años y medio del programa C295 y, en el mes de diciembre de 2016, la previsión de entregas para depósitos de EF2000. En el programa C295, cae en sus previsiones de los 17 aviones previstos de entrega en 2016 hasta los 8 aviones previstos de entrega en 2017. En el programa EF2000 se está llegando al final, previsto, inicialmente, para 2018. Para el año 2017, se tiene una demanda de 22 elementos sueltos (tanques anteriores y posteriores) y 22 tanques integrados. El programa de los subconjuntos de ala de EF2000 finalizó en 2016, estando pendiente de reactivación para fabricar los elementos correspondientes al último pedido de Kuwait. Las consolas de operador del C295 no tiene previsión de ningún elemento para el 2017 y, de las de operador de MRTT, se van a realizar cuatro en 2017.

14º.- El importe neto de la cifra de negocios de la empresa demandada en el año 2013, ascendió a 10.719.500,61 euros; en el año 2014, a 9.127.867,20 euros; en el año 2015, a 8.893.176,11 euros; y, en el año 2016, a 7.388.988,79 euros. El resultado del ejercicio 2013 ascendió a -979.102,95 euros; en el 2014, a -13.854,36 euros; en el 2015, a -726.245,75 euros; y, en el 2016, a -1.209.404,15 euros. El patrimonio neto en 2013 fue de -284.236,44 euros; en 2014, de -78.090,80 euros; en 2015, de 842.864,05 euros; y, en 2016, de -366.398,96 euros.

15º.- La empresa demandada forma parte del Grupo Aeronáutico Sevilla Control, integrado por las siguientes empresas: Sevilla Control, S.A., Aercal, S.A., A & G Sevilla, S.L., Tecaer Sevilla, S.L., SACT Servicios Aeronáuticos, S.L. y, Aeroestructuras Sevilla, S.L.

16º.- El 30 de abril de 2014, la empresa demandada inició un procedimiento de regulación de empleo de suspensión de 48 contratos de trabajo, por un periodo de 450 días, que finalizó con acuerdo en el periodo de consultas el 14 de mayo de 2014.

17º.- La empresa demandada celebró elecciones sindicales el 12 de diciembre de 2016, resultando elegidos miembros del Comité de Empresa, seis trabajadores por CC.OO. y 3, por U.G.T. Se ha respetado la prioridad de



permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores. De los 25 trabajadores afectados por el despido colectivo, diecisiete estaban afiliados al Sindicato CC.OO.

18º.- La designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo se ha llevado a cabo mediante la aplicación del sistema Skill Matrix, que es una herramienta informática, en forma de tabla donde se valoran las capacidades técnicas de la plantilla, considerando solamente la mano de obra directa. Se establecen dieciocho competencias valoradas en cinco niveles del 0 al 4, correspondiendo el 0 al menor valor de adquisición de la competencia y 4 a la mayor. La valoración de cada uno de los operarios en cuanto al nivel de competencia es realizada por los responsables de producción de los correspondientes programas y, es filtrada por el equipo técnico, compuesto por el director de operaciones, calidad e ingeniería, a fin de homogeneizar los criterios y las valoraciones entre los distintos programas. El resultado de la valoración así obtenido es ponderado por medio de los coeficientes de importancia de cada una de las competencias, valores establecidos y fijados en la Skill Matrix. El resultado se refleja en el índice de polivalencia que queda asociado a cada operario. Con el fin de dar una visión más global, se ha definido una fórmula en la que se vuelven a ponderar tres valores: índice de polivalencia al que se le atribuye un 40 %, número de operaciones con aptitud, al que se le atribuye un 40 % y, el número de certificaciones, al que se le otorga un 20 %. En caso de empate, tendrán prioridad de permanencia en la empresa, los que tengan mayores cargas familiares».

**QUINTO.-** Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Federación de Comisiones Obreras de Industria. Su Letrado, Sr. Terán Conde, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS por error de hecho en la apreciación de las pruebas obrantes en autos. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS por infracción del art. 51.2 ET y arts. 4 y 7 Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo aprobado por el RD 1483/12, de 29 de octubre, en relación con el art. 124.11 LRJS. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS por infracción de los arts. 14 y 28.1 CE, el art. 12 LOLS, el art. 17.1 ET y arts. 124.11 y 181.2 LJS. CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 51.1 ET, art. 124.11 LJS.

**SEXTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SÉPTIMO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 LOPJ. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 19 de septiembre actual, convocando a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate.

Como siempre que se impugna un despido (al estar en juego el derecho al trabajo consagrado por el artículo 35.1 CE) hay que extremar la atención a los términos en que se suscita el debate. Además, en esta ocasión se litiga sobre una extinción de dimensión colectiva (lo que redobla la anterior apreciación). Por tanto, sin perjuicio de que hayamos reproducido ya, como es preceptivo, los antecedentes procesales básicos y los hechos probados (HHPP) en instancia, resulta muy conveniente comenzar prestando atención a algunos hitos fácticos o normativos.

#### 1. Hechos relevantes.

El extenso relato de hechos probados que se ha reproducido más arriba ha sido objeto de impugnación. Para resolver esta casación, por tanto, hemos de tomar en cuenta la crónica judicial expuesta con los cambios que, en su caso, introduzcamos. De entrada, y sin perjuicio de alterar los que corresponda, recordemos los datos más significativos que aparecen como ciertos:

El 20 de enero de 2017 la empresa Aeroestructuras Sevilla S.L. (cuya plantilla es de 102 personas y tiene como único cliente a Airbus Defence & Space) activa un procedimiento de despido colectivo para extinguir 33 contratos de trabajo, basado en causas económicas y productivas. En esencia, se invoca la reducción de los encargos por parte de Airbus.

Se celebran cinco reuniones sin alcanzarse acuerdo, aunque se produce cierta aproximación de posiciones. El 2 de marzo de 2017 la empresa comunica a la Autoridad Laboral su decisión extintiva y el listado definitivo de trabajadores afectados (25).

La empresa aporta los datos de su cifra neta de negocios y de su patrimonio neto. Está integrada en el Grupo Aeronáutico Sevilla Control y en 2014/2015 activó una regulación de empleo suspensiva y pactada (48 contratos de trabajo, por un periodo de 450 días).



Para designar a los trabajadores afectados por el despido colectivo se ha utilizado el sistema *Skill Matrix*. Se trata de una tabla informática que valora (niveles de cero a cuatro) dieciocho competencias; la puntuación es asignada por los responsables de producción de los correspondientes programas. El índice obtenido, a su vez, se ha ponderado con otros tres valores (polivalencia, operaciones con aptitud, certificaciones), decidiendo los empates las superiores cargas familiares.

## **2. La demanda de despido colectivo.**

Con fecha 23 de marzo de 2017 los Abogados y representantes de la Federación de Comisiones Obreras de Industria (CCOO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT) presentan demanda impugnando el referido despido colectivo. Solicitan que se declare nulo, "o en su caso improcedente".

Entienden que no existen las causas económicas ni productivas; que no se había dado audiencia previa al Comité de Empresa; que no se ha entregado la documentación legalmente prevista (a la vista de que pertenece a un grupo); que no ha habido buena fe en la negociación; que los criterios de selección son arbitrarios, y, que se han vulnerado los derechos fundamentales de igualdad y de libertad sindical.

Denuncian que no ha habido verdadera negociación (manteniéndose inamovible la empleadora), que los criterios de evaluación no son objetivos (remitiendo la opinión de los evaluadores) y que hay discriminación por razón de afiliación sindical (la inmensa mayoría son afiliados de CCOO y solo una pequeña parte de UGT).

## **3. La STSJ Andalucía (Sevilla) 1691/2017 , recurrida.**

Mediante su sentencia 1691/2017 de 7 junio, ahora recurrida, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) desestima la demanda y considera el despido ajustado a Derecho. Sus núcleos argumentales son los siguientes:

A) El indicio de discriminación sindical (17 de los despedidos pertenecen a CCOO) está contrarrestado por la acreditación empresarial de que concurren las causas del despido, por lo que éste no puede ser considerado nulo.

B) La sentencia repasa la documentación entregada por la empresa y concluye que es la necesaria.

C) Examina la alegada ausencia de buena fe y descarta su infracción, habida cuenta de las reuniones celebradas, la información facilitada y la modificación de algunos aspectos de la propuesta inicial por parte de la empresa, rebajando el número final de afectados.

D) Examina los criterios de selección acogidos, que considera objetivos y razonables; advierte que no es posible entrar a examinar el modo en que se han aplicado.

E) Explica que la causa económica no tiene que concurrir en el grupo de empresa, dado que no es "laboral" y que se acredita una situación económica negativa.

F) Considera evidente la rebaja de la carga de trabajo por lo que concurre la causa productiva y provoca una disminución del volumen de negocio que provoca el sobredimensionamiento de la plantilla.

## **4. Recurso de casación y escritos concordantes.**

A) Con fecha 2 de octubre de 2017 el Abogado y representante de CCOO formaliza recurso de casación frente a la sentencia referida. Desarrolla cuatro motivos, alguno de ellos con varios apartados, conducentes a la solicitud de que "se estimen íntegramente las pretensiones deducidas en la demanda interpuesta".

B) Con fecha 2 de enero de 2018 el Abogado y representante de la empresa formaliza la impugnación al recurso de CCOO. Repasa sucesivamente los motivos de éste y expone los argumentos por los que, a su entender, ninguno de ellos debe prosperar.

C) Con fecha 14 de junio de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS. Desgrana los motivos del recurso, recuerda la doctrina de esta Sala Cuarta respecto de ellos y expone las razones por las que se inclina por su desestimación íntegra.

## **SEGUNDO.- Revisión de los hechos (Motivo 1º del recurso).**

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el " *error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios*". En concordancia, el artículo 210.2.b) LRJS dispone que " *en los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamenta y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna*".



Antes de examinar las revisiones postuladas hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo 207 LRJS posee. El precepto no permite la reconsideración plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

### **1. Exigencias para que proceda la revisión interesada.**

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican las limitaciones legales y jurisprudenciales existentes en orden a la revisión de hechos probados. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Puesto que una parte de la impugnación del relato fáctico se basa en el tenor de un Informe de la Inspección de Trabajo interesa recordar nuestra doctrina sobre el tema. La STS 614 2017 de 12 de julio (rec. 278/2016), con cita de otras muchas, explica lo siguiente: 1º) Las actas e informes de la Inspección de Trabajo no son «documento» a los efectos revisorios, pues aunque proceden de un funcionario especialmente cualificado en la materia sobre la que informa, de todas formas la material incorporación de sus apreciaciones fácticas carecen de la fehaciencia exigible para modificar la apreciación judicial de los hechos y no dejan de ser -aunque objetivas y competentes- manifestaciones documentadas inhábiles para modificar el relato fáctico. 2º) Además, la presunción «iuris tantum» de veracidad que corresponde a las actuaciones de la Inspección de Trabajo únicamente se refiere a los «hechos» constatados por el Inspector actuante, no a la valoración que el mismo haga de los datos efectivamente comprobados, como puede ser la existencia de voluntad negociadora durante el periodo de consultas.

### **2. Afectación del Hecho Probado Primero.**



Afrontamos ahora una cuestión que el propio recurso considera "esencial" para decidir si debe declararse la nulidad del despido por incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 51.2 ET.

### **A) Formulación del recurso.**

El sindicato recurrente solicita la supresión del hecho probado primero y su sustitución por la siguiente redacción alternativa:

El 20 de enero de 2017, la empresa demandada comunicó por escrito a la representación de los trabajadores, la apertura del periodo de consultas, constituyéndose la Comisión Negociadora ese mismo día y, fijándose la primera reunión del periodo de consultas para el día 25 de enero de 2017. Se le informaba en esta comunicación de lo siguiente: que el despido colectivo se basaba en causas económicas y productivas; que afectaría a 33 trabajadores; que el número de trabajadores empleados habitualmente en el último año era de 102; que el periodo previsto para la realización de los despidos sería del 20 de febrero al 12 de marzo; que los criterios de selección para la designación de los trabajadores afectados se basarían en la aplicación de la Skill Matrix respecto de la que la empresa demandada tan sólo manifiesta que "el uso de dicha tabla evaluativa va dirigida a garantizar que las personas que permanezcan en la plantilla de la empresa son las que tienen mejor valoración y un más elevado índice de polivalencia.

A dicha comunicación se ajuntaba la documentación obrante en autos al folio 479 -en soporte informático-relacionada al folio 480 consistente en: la copia de la comunicación al comité de empresa y la composición de la comisión negociadora; la Memoria explicativa y los siguientes documentos: Informe económico y cuentas anuales de 2016 (anexo I de la Memoria Explicativa); Impuesto de Sociedades de los años 2013, 2014 y 2015; Informes de Auditorías de las cuentas de los años 2013, 2014 y 2015; las declaraciones de IVA mensuales de los años 2013, 2014 y 2015; y listado de trabajadores

La redacción propuesta pretende destacar que la comunicación de la empresa demandada dirigida al Comité de Empresa no contiene explicación alguna de los criterios de selección de los trabajadores, sino tan sólo la manifestación de que se aplicará la *Skill Competence Matrix* y de que el uso de dicha tabla evaluativa va dirigida a garantizar que las personas que permanezcan en la plantilla de la empresa son las que tienen mejor valoración y un más elevado índice de polivalencia.

Además, interesa que se suprima que entre esa documentación se encontraban las cuentas anuales del año 2016, el balance de situación comparativo de los años 2014, 2015 y 2016, las declaraciones del IVA de 2016 y la hoja resumen con la estructura de la plantilla.

### **B) Consideraciones específicas.**

De acuerdo con las exigencias que posee la revisión de los hechos declarados como probados, no podemos acceder a lo pretendido.

La lectura del documento nº 3 que obra en el CD del folio 479 evidencia que en el mismo se especifican los "Programas" afectados por la reducción de personal (góndolas, flaps, consolas, EFA, etc.), así como el número concreto de puestos de trabajo excedentes en cada programa. Es decir, el recurso está omitiendo buena parte del contenido del escrito explicativo de los criterios de selección.

La lectura del documento nº 6 de dicho CD muestra que la empresa sí aporta las razones por las que esos programas han de ser los afectados. Además, se especifica que la selección de los concretos trabajadores se llevará a cabo por el programa *Skill Competence Matrix*, que se basa en la valoración de las competencias de los trabajadores, siendo, por ello, intrascendente la inclusión del párrafo que comienza con "la empresa demandada tan solo manifiesta que el uso de dicha tabla evaluativa...".

Respecto de la documentación cuya enumeración se pretende suprimir, la misma se entregó a la representación de los trabajadores, tal y como consta en el citado documento nº 3 del CD obrante al folio 479, encontrándose tal documentación en los folios 99 y ss.

La mera lectura del documento últimamente dictado evidencia que la empresa también ha comunicado la estructura de su plantilla.

Aunque el escrito promotor del despido colectivo manifiesta que aporta las declaraciones de IVA del año 2016, tiene razón el recurso cuando apunta la ausencia de los datos correspondientes al año 2016. La omisión de las declaraciones de IVA de 2016, por sí sola, no constituye un dato tan relevante como para justificar la corrección de la valoración del material probatorio realizada en la instancia.

Esa única ausencia contrasta con el caudal de datos y documentación que al sentencia recurrida recalca que ha sido puesto a disposición de la representación de los trabajadores desde el principio. Además, se echa de menos una argumentación específica acerca de las razones por las que su ausencia es relevante



Desde luego, en modo alguno cabe confundir la documentación entregada por la empresa en la fase de negociación y consultas sobre el despido colectivo con la aportada posteriormente ante la Sala de instancia, como parece que sucede en algún pasaje del recurso.

### **C) Conclusión respecto del submotivo.**

A la vista de cuanto antecede es claro que la Sala de instancia no incurre en error alguno en cuanto al contenido del hecho probado primero. La pretensión del recurso no puede estimarse; como manifiesta el Ministerio Fiscal, el recurrente quiere imponer la propia valoración de la prueba, desarticulándola, para configurar un hecho probado que favorezca su pretensión.

### **3. Afectación del Hecho Probado Décimo Quinto.**

Se afronta ahora una cuestión que el recurso considera "esencial" para resolver si procede declarar la nulidad del despido por incumplimiento de los requisitos del artículo 51.2 ET, al no aportarse la documentación económica que afecta al grupo empresarial.

#### **A) Formulación del recurso.**

Se interesa, a continuación, que se añada en el hecho probado decimoquinto, el siguiente párrafo:

Dichas empresas tienen su domicilio social en España y pertenecen al mismo sector de actividad aeronáutica. En las memorias de las cuentas anuales de la empresa demandada de los ejercicios 2013, 2014 y 2015 consta la existencia de saldos acreedores y deudores de la misma con distintas empresas del citado grupo empresarial aeronáutico.

A la comunicación empresarial notificada a los representantes de los trabajadores no se acompañó documentación alguna referida a dichas empresas integrantes del grupo empresarial a la que pertenecía la demandada.

Se basa esta adición en la documental del Registro Mercantil indicativa de que las empresas tienen idéntico domicilio y objeto social, así como la existencia de saldos acreedores y deudores entre ellas. El recurso entiende que ello comporta la existencia de "un grupo de empresas mercantil y no patológico".

La ausencia de la documentación referida al grupo se aprecia claramente examinando la aportada.

#### **B) Consideraciones específicas.**

La inclusión de la existencia de saldos acreedores y deudores con empresas del grupo empresarial es irrelevante para el resultado del pleito, pues dichos datos ya constan, en esencia, en el hecho probado primero, ya que en el mismo se consigna que se aportaron, con dicha comunicación inicial a la representación de los trabajadores, los informes de las Auditorías de las cuentas anuales de los años 2013, 2014 y 2015, así como las cuentas anuales de 2016.

Tampoco aparece exigida esa documentación durante el periodo de consultas, al menos no consta en el relato de hechos que contiene la sentencia, ni en las rectificaciones que respecto del mismo solicita el sindicato recurrente, dato que valorables en orden al cumplimiento empresarial del deber de negociar de buena fe y aportar la documentación suficiente.

Que las empresas pertenezcan a un mismo sector de actividad aeronáutica (aunque se dedican a labores diferentes, según el folio 662), y que pertenezcan al mismo grupo, aunque no están obligadas a presentar cuentas anuales consolidadas, ni informe de gestión consolidado es dato pacífico y aparece reflejado en el HP décimo quinto.

Y la ausencia de una documentación es innecesario resaltarla porque ya el HP Primero y concordantes ha expuesto minuciosamente la documentación entregada.

### **C) Conclusión respecto del submotivo.**

A la vista de cuanto antecede hemos de rechazar la adición pretendida porque no estamos ante datos novedosos, sino incorporados de uno u otro modo al relato del Tribunal de instancia. Por lo tanto, sin necesidad de corregir la sentencia de instancia en los términos pretendidos por el sindicato recurrente, la argumentación jurídica que se construya sí habrá de examinarse sobre la base de que 1) la empresa pertenece a un grupo; 2) entre diversas empresas del mismo aparecen saldos acreedores y deudores; 3) no se ha entregado la documentación correspondiente a las demás empresas del grupo.

### **4. Afectación del Hecho Probado Décimo Octavo.**

Abordamos ahora una cuestión que el recurso considera "esencial" para que prospere su pretensión de nulidad "por violación de los derechos de igualdad y a la libertad sindical".



**A) Formulación del recurso.**

Interesa el recurso que añadamos al hecho probado decimotercero dos párrafos:

Las evaluaciones de los trabajadores así determinadas han sido afectadas por un valor denominado disponibilidad que se corresponde con la opinión que los responsables tienen del grado de compromiso con la empresa de cada uno de los trabajadores y que consiste en un informe elaborado por un mando intermedio responsable de cada trabajador.

La representación de la empresa demandada ha reconocido que dichos informes de "disponibilidad" ya estaban elaborados, y que ni tales informes ni la valoración final de las personas afectadas han sido facilitados a la representación de los trabajadores, según consta en el Informe de la Inspección de Trabajo que obra en autos a los folios 56 a 59, informe en que asimismo consta que en la documentación del expediente de despido colectivo no aparecen identificados de forma concreta los 25 trabajadores afectados por el despido y que la representación de la empresa demandada ha reconocido que los mismos ya estaban designados pero que tal información no fue facilitada a la representación de los trabajadores..

**B) Consideraciones específicas.**

El recurso pretende incorporar afirmaciones respecto del contenido de una documentación obrante en autos basándose en las apreciaciones del Informe emitido por la Inspección de Trabajo. Sin embargo, lo cierto es que las actas e informes de la Inspección de trabajo no son documentos literosuficientes a los efectos revisorios de la casación, tal y como hemos expuesto más arriba.

Lo esencial de lo que quiere incorporarse, como advierte el Ministerio Fiscal, ya aparece en el contenido del extenso hecho probado tal y como queda redactado por la Sala de instancia.

Además, de la lectura del Informe de la Inspección de Trabajo tampoco se desprende cuanto la redacción alternativa propuesta afirma. Basta indicar que el funcionario informante se reúne con la representación legal de los trabajadores el mismo día en que la empresa comunica su decisión final de despido y es lógico que en ese momento la empresa ya haya designado a las personas afectadas por el despido.

Ese mismo Informe, por cierto, considera que las causas económicas se aceptan por ambas partes comparecientes y que no ha habido vulneración del deber de negociar de buena fe. Es decir, el recurso pretende nada menos que una rectificación de la valoración hecha por la Sala de instancia respecto de todo el material probatorio y la basa en un informe del que solo toma un parte.

**C) Conclusión respecto del submotivo.**

A la vista de cuanto antecede, tanto por no apreciar un manifiesto error en el relato de la sentencia recurrida, por basarse en un Informe de la Inspección de Trabajo y por resultar controvertido cuanto se propone, hemos de rechazar la adición postulada.

**5. Afectación del Hecho Probado Décimo Noveno.**

El recurso postula la adición de un nuevo HP, para incorporar "extremos de indudable trascendencia para la resolución de las cuestiones litigiosas planteadas", en particular para considerar inexistente la causa alegada para el despido.

**A) Formulación del recurso.**

El cuarto apartado del primero motivo de recurso interesa que se añada un nuevo hecho probado, con el siguiente contenido:

La plantilla de la empresa demandada ha efectuado un total de 6.276 horas extraordinarias durante 2015 y de 6.044 horas extraordinarias durante 2016, según consta en las dos comunicaciones de la empresa remitidas a la representación de los trabajadores obrantes en autos a los folios 663 a 667 que se dan por reproducidos.

**B) Consideraciones específicas.**

Para justificar la incorporación pretendida invoca el recurso los correos electrónicos obrantes en autos (folios 663 a 668), remitidos por la dirección de recursos humanos a la representación legal de los trabajadores, información solicitada durante el periodo de consultas del despido colectivo.

El Ministerio Fiscal pone de relieve que no es posible basar la revisión de hechos en unos documentos que la empresa impugnó, que no aparecen firmados y que son de autoría desconocida, sin que conste la práctica de prueba alguna tendente a acreditar su contenido. Tampoco ha quedado acreditado que los documentos foliados con los números 664 a 666 se correspondan con los adjuntos aludidos en el correo del folio 663.



La Sala de instancia, a la vista del debate habido ante ella, teniendo en cuenta los elementos de convicción que la inmediatez le facilita y valorando todo ello ha optado por un relato en el que no aparece el dato sobre horas extraordinarias cuya adición se nos solicita. Los documentos invocados no acreditan del modo que exige la LRJS el error padecido por el juzgador de instancia, por lo que tampoco debemos realizar corrección alguna.

### **C) Conclusión respecto del submotivo.**

No es por completo seguro que el número de horas extraordinarias se corresponda con lo indicado en los documentos invocados por el recurso.

Adicionalmente, que cada persona hubiera realizado un promedio de menos de seis horas extraordinarias al mes (resultado de ponderar el dato global cuya introducción se pretende) constituye un dato más de los que debe valorarse para apreciar la existencia de causa, pero en modo alguno posee (aunque fuere cierto) el valor decisivo que el recurso le confiere.

### **TERCERO.- Nulidad del despido colectivo (Motivo Segundo del Recurso).**

El artículo 207.e) LRJS permite la casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

#### **1. Alcance del motivo segundo del recurso.**

##### **A) Formulación.**

Al amparo del art. 207. e) LRJS se denuncia la infracción del art. 51. 2º ET y de los arts. 4 y 7 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo, aprobado por Real Decreto 1.483/2012, de 29 de octubre, en relación con el art. 124.11º LRJS.

Considera el Sindicato recurrente que el despido colectivo ha de ser nulo por una serie de razones: 1) En la comunicación inicial no constaban los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, pues no se ofrece explicación alguna del denominado sistema Skill Matrix, ni sobre su aplicación. 2) No se informó tampoco de que los informes de disponibilidad ya estaban elaborados, ni de que los trabajadores afectados ya estaban designados. 3) No se aportaron las declaraciones mensuales del IVA del año 2016, ni la documentación relativa a las otras empresas que forman parte del mismo grupo empresarial, ni el preceptivo informe técnico. 4) Ausencia de buena fe negociada por parte de la empresa demandada y ello, por cuanto incumplió con las obligaciones de información previstas legal y reglamentariamente, no facilitó el número de horas realmente invertidas durante el año 2016, tanto ordinarias como extraordinarias, propuso el abono de la indemnización de forma aplazada contraviniendo el art. 53 ET y tenía ya designados, con anterioridad al inicio del período de consultas, a los trabajadores afectados, lo que evidencia que no estaba dispuesta a negociar los criterios de selección.

##### **B) Consideración general.**

Con carácter general hemos de advertir que buena parte de este motivo de recurso no puede prosperar porque se sustenta en las modificaciones de hechos probados interesados y que han fracasado.

Ello no obstante, apurando la tutela judicial de quienes recurren en defensa de derechos fundamentales, y mientras sea posible actuar sin generar indefensión a la contraparte o desconocer las exigencias de la casación, vamos a examinar las argumentaciones tendentes a calificar el despido como nulo por ausencia de criterios de selección, deficiencia documental o quiebra de la buena fe en las negociaciones.

#### **2. Los criterios de selección.**

El artículo 124.11 LRJS prescribe la nulidad del despido "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".

Por su lado, el artículo 51.2 ET dispone que el escrito comunicando la apertura del período de consultas debe consignar, entre otros extremos, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

##### **A) Formulación del recurso.**

Denuncia el recurso que "pese a cuanto sostiene la sentencia de instancia", los criterios de selección de los trabajadores no se contienen en la comunicación inicial de despido.

La "ausencia absoluta de información" se mantiene durante el período de consultas y debe abocar a la nulidad del despido.

##### **B) Doctrina de la Sala.**



Son muy numerosos los supuestos en que nos hemos debido ocupar de la cuestión suscitada por el recurso (ausencia o insuficiencia de los criterios de designación de los trabajadores despedidos) y de su incidencia en la calificación del despido. Recordemos los trazos básicos que convienen al caso ahora suscitado.

**A) Valoración finalista de las exigencias documentales.**- En numerosas ocasiones hemos puesto de manifiesto que las exigencias de acreditación documental que contiene tanto la Ley cuanto su desarrollo reglamentario no pueden entenderse de manera formal y mecánica: no todo incumplimiento genera una deficiencia tal que arrastre inevitablemente a la nulidad del despido colectivo. No todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada ( STS 27 mayo 2013, rec. 78/2012, *As erpal*).

**B) Valoración conjunta de la información.**- La STS 18 febrero 2014 (rec. 74/2013, *Instituto Técnico Agronómico Provincial de Albacete*) subraya que para valorar el cumplimiento de esa exigencia ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada. La exigencia se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra de menor dimensión. Además, hay que atender a la eventual existencia de circunstancias que hagan complicada la exacta precisión de esos criterios y también a la actitud de los trabajadores durante el periodo de consultas.

**C) Insuficiencia del listado de trabajadores.**- La STS 25 mayo 2014 (rec. 276/2013, *El día de Córdoba*) pone de relieve que la redacción del artículo 51.2 ET conduce a que no baste con aportar el listado de trabajadores afectados, sino que exige la indicación de los criterios de selección.

**D) Inicial afectación de toda la plantilla.**- La STS 25 junio 2014 (rec. 273/2013, *Oesia Networks*) recuerda que el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso y que la nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar. A partir de ahí descarta la nulidad del despido colectivo aunque la empresa inicialmente incluía a toda la plantilla, afectándola de modo genérico pues partía de una justificación -la incertidumbre sobre la continuidad de los trabajos- que fue asumida sin dificultad por el banco social, por cuanto, pese a la inicial imprecisión, permitió que se desarrollara el proceso negociador y se produjera la sucesiva concreción de los afectados.

**E) Criterios genéricos.**- La STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014, *Sic Lázaro*) también descarta la nulidad del despido porque si bien los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica [«la adscripción a puesto de trabajo, la polivalencia y la productividad», sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador], lo cierto y verdad es que la indicación fue acompañada de la relación nominal de afectados, y que en el curso de las reuniones hubo negociación sobre la elección de los afectados.

**F) Criterios de naturaleza abstracta.**- La STS 26 octubre 2015 (rec. 172/2014, *Tragsa*) concluye que "la naturaleza abstracta predicable de los criterios no ha de comportar su nulidad, si con los mismos se cumple la finalidad que les es legalmente atribuible [facilitar una adecuada negociación en el periodo de consultas] y a la par su redacción excluye -al menos en línea de principio- que en su aplicación pueda producirse arbitrariedad alguna. Y esto es lo que precisamente ocurre en autos, siendo así que aunque los debatidos criterios resulten innegablemente genéricos, también ha de admitirse que son igualmente prolijos en su enumeración y hacen expresa declaración de estricto respeto a los derechos fundamentales y ordinarios".

**G) Negociación a partir de criterios genéricos.**- La STS 20 octubre 2015 (rec. 181/2014, *Grupo Gea 21*) descarta nulidad en supuesto en que la empresa, al inicio del periodo de consultas, aporta los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (consistentes en el perfil individual en relación con el tipo de obra y necesidades de categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento) que "pueden aparecer como un tanto genéricos y abstractos, si bien resulta justificado en el hecho de que se trata de fijar unos criterios objetivos y generales que, posteriormente, se procede a concretar" a través de la negociación.

**H) Examen de la posibilidad de negociar.**- La STS 24 marzo 2015 (rec. 217/2014, *Radiotelevisión de Murcia*) explica que aún aceptando que la documentación referida no se hubiera aportado por la empresa en su integridad o con el detalle suficiente en el momento inicial del periodo de consultas, la mera circunstancia de que no se hubiera aportado de forma completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad, lo que no se ha acreditado en el presente caso al no alegarse ni justificarse siquiera indiciariamente por el sindicato recurrente los posibles perjuicios que en la negociación hubiere podido tener la conducta empresarial.



**I) La genericidad de los criterios no equivale a su ausencia.**- La STS 26 marzo 2014 (rec. 158/2013, *Telemadrid*) sostiene la inexistencia de la causa de nulidad con base a la irregularidad e insuficiencia de criterios en la designación de los trabajadores afectados ( arts. 51.2 ET, 124.9 LRJS y 3.1.e del RD. 1483/12), "pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios con independencia de la valoración que pueda hacerse de los mismos".

Por eso se acepta como cumplimiento del requisito el que se haga mención a las categorías de puestos de trabajo cuya supresión se consideró necesaria que se han considerado "aspectos tales como la versatilidad, recursos disponibles en la sección-departamento, coste económico y coste indemnizatorios... lo que si bien muestra cierta parquedad en la determinación no permite tampoco negar el cumplimiento del requisito». Sin que a ello obste el derecho del trabajador a la impugnación individual de considerarse afectado si no se hubieren respetado las prioridades de permanencia y demás derechos a que se refiere el art. 124 LRJS en sus apartados 12 y sgs.

**J) Actitud de los negociadores frente a los criterios proporcionados.**- La STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014, *Sic Lázaro*) concede especial trascendencia a la actitud de los representantes laborales que negocian el despido colectivo, en conexión con el principio de buena fe. Debe existir "una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial, no resultando acorde al comportamiento por buena fe exigible que en el periodo de consultas ninguna objeción se hubiese efectuado a los genéricos criterios de selección que se habían proporcionado" y luego se reclame -siguiendo el posterior informe de la Inspección de Trabajo- que la empresa «no especificó cómo y de qué forma se habían valorado dichos criterios» y que «no se plasmaron por escrito, no se objetivaron trabajador por trabajador» y que ello «impide [ *alcanzar*] los objetivos básicos del periodo de consultas».

### **C) Consideraciones específicas.**

A) A la vista de cuanto antecede debemos resolver si la vaguedad de los criterios de selección de los trabajadores afectados constituye un incumplimiento de lo establecido en el artículo 51.2 e) ET y del coincidente artículo 3 e) del RD 1483/2012, lo que acarrearía la declaración de nulidad del despido, a tenor de lo establecido en el artículo 124.11 LRJS.

Como hemos expuesto, nuestra doctrina ha ido explicando, al hilo de supuestos más o menos similares al presente:

Que las insuficiencias documentales han de evaluarse con un criterio finalista y atendiendo al conjunto de la documentación aportada.

Que el listado de trabajadores no es suficiente, sino que debe incorporarse también la indicación de criterios de selección de los despedidos.

Que el carácter genérico o abstracto de los criterios no equivale a su ausencia.

Que la buena fe exige que los representantes de los trabajadores negocien sobre los criterios propuestos por la empresa, sin limitarse a cuestionar su insuficiencia, incluso aunque sea con el respaldo en el Informe posterior de la Inspección de Trabajo.

Que no solo ha de valorarse la aportación de criterios por parte de la empresa sino también su aceptación para negociarlos.

Que solo la ausencia de tal aportación de criterios da lugar a la nulidad del despido.

B) Sobre estas bases ya puede deducirse que no podemos estimar el submotivo de recurso que afirma la "ausencia absoluta de información sobre los criterios de selección".

Por lo pronto, los criterios de selección han estado presentes en la negociación desde su fase inicial, de tal modo que no cabe hablar de ausencia de los mismos. Así lo declara la sentencia recurrida, en apreciación que mantenemos tras rechazar la revisión fáctica postulada.

La mayor o menor genericidad de los criterios puestos sobre la mesa no equivale a su ausencia. Solo en este caso surge la nulidad del despido, lo cual no concurre en el caso en que constan los criterios, con independencia de la valoración que pueda hacerse de ellos. Así lo ha sostenido nuestra doctrina y así lo proclama la sentencia recurrida.

C) Tal y como recuerda el Informe del Ministerio Fiscal, en el presente caso consta en la inicial comunicación a la representación de los trabajadores obrante en el documento 3 que obra en el CD del folio 479, la



especificación de los programas afectados por la reducción de personal, así como el número concreto de puestos de trabajo excedentes en cada programa y, asimismo, en el documento nº 6 de dicho CD, entregado como documentación inicial, se ponen de manifiesto las razones por las que esos programas han de ser los afectados. Además, se especifica que la selección de los concretos trabajadores se llevará a cabo por el programa Skill Competence Matrix, que se basa en la valoración de las competencias de los trabajadores.

Dicho programa, cuya mecánica de funcionamiento aparece reflejada en el hecho probado decimotercero de la sentencia recurrida, era conocido por la representación legal de los trabajadores, no sólo por estar en el servidor de la empresa, accesible para toda la plantilla, como manifiesta la demandada, sino porque así se desprende de las reuniones de la Comisión negociadora, pues desde la primera, la representación de los trabajadores ya manifiesta su desacuerdo con el criterio de selección Skill Matrix (f. 77), lo que evidencia que lo conocía, proponiendo la búsqueda de otro criterio de selección (segunda reunión, f. 80), reiterando su disconformidad con dicho criterio en la tercera reunión (f. 82) y, tras recibir una explicación sobre su funcionamiento y elementos en la cuarta reunión, vuelve a proponer un criterio de selección distinto (f. 83 y 84).

Es decir, la representación de los trabajadores recibió información suficiente acerca de los criterios de selección, tal y como recoge la sentencia impugnada en el Fundamento de Derecho Cuarto, por lo que no cabe considerar nulo el despido colectivo por esa razón.

D) En suma: los criterios fueron establecidos de modo válido, aunque no sean del agrado de quienes impugnan el despido. Cosa distinta es que se cuestione el modo de aplicarlos, pero ese debate queda al margen del procedimiento de impugnación del despido colectivo como tal ( STS 26 enero 2016, rec. 144/2015, *Unitono*). En ese sentido, el artículo 124.2 LRJS dispone que en ningún caso son objeto del procedimiento de despido colectivo las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el periodo de consultas pues " *tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual*".

### 3. Buena fe.

Conforme al artículo 51.2 ET "Durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo". La mala fe durante el periodo de negociación acarrea la declaración de nulidad del despido, a tenor de lo establecido en el artículo 124.11 de la LRJS, ya que supone un vicio grave en la misma y equivale a su inexistencia.

La STS 27 mayo 2013 (rec. 78/2012, *Aserpal*), seguida por otras muchas posteriores, aborda el examen de la buena fe explicando que *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 comercial*".

#### A) Formulación del recurso.

Basa su pretensión de nulidad del despido en la ausencia de buena fe durante la negociación porque:

- La empresa no ha facilitado la información referida al número de horas (ordinarias o extras) invertidas durante 2016 en cada uno de los programas de fabricación.
- La empresa ofreció aplazar el pago de la indemnización legal.
- La empresa ya había designado a los trabajadores afectados por el despido antes de ponerlo en marcha.

#### B) Doctrina de la Sala.

Son numerosas las ocasiones en que hemos debido examinar si la negociación de un despido colectivo había sido conforma a las exigencias de la buena fe, tal y como la Ley exige. Veamos una apretada síntesis.

**Conexión con la documentación entregada.**- En muchas ocasiones, como las SSTS de 20 marzo 2013 (rec. 81/2012, *Talleres López Gallego*) y 18 febrero 2014 (rec. 74/2013), hemos concluido que, para analizar el cumplimiento de ese deber, " *habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones*". Y todo ello partiendo de que la finalidad del art. 51.2 ET y preceptos reglamentarios es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información



suficientemente expresiva para conocer las causas del despido y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el art. 2.3 de la Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ese periodo de consultas a que se refiere el art. 2.1, se proyecte, tal y como expresa el art. 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.

**Conexión con la variación de propuestas.**- En STS 21 mayo 2014 (rec. 249/2013, Vaersa) se explica que " No puede hablarse de una postura inamovible de la empresa ... El hecho de que, al no alcanzarse un acuerdo, la decisión empresarial final se limitara a la indemnización legal de 20 días, sin otras mejoras, no puede afectar a la calificación de la actitud de la empresa durante el periodo de consultas. La inamovilidad contumaz como prueba de carencia de buena fe la apreciamos en el caso resuelto en la STS/4ª/Pleno de 20 marzo 2013 (rec 81/2012 ), pero porque allí se daba la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio. Precisamente, indicábamos que cabía negar que se hubiera desarrollado un verdadero periodo de consultas "y no tanto porque no se moviesen la posiciones empresariales en el curso de las tres reuniones, sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo">>.

### C) Consideraciones específicas.

Coincidiendo con el Ministerio Fiscal, consideramos que en el presente caso, no puede sustentarse la existencia de mala fe negocial.

Por lo pronto, no está acreditado, en modo alguno que la empresa tuviese ya designados a los trabajadores afectados antes del inicio del periodo de consultas o durante el mismo.

Es verdad que no aportó la información solicitada por la representación de los trabajadores acerca de las horas ordinarias y extraordinarias, pero de tal hecho no puede derivarse la mala fe negocial que se imputa. Primero, porque la empresa explicó su negativa, señalando la imposibilidad de ofrecer esa información por carecer de la herramienta ofimática necesaria. Segundo, porque tal información no es exigida, ni por el Estatuto de los Trabajadores, ni por el Reglamento de Despidos Colectivos (RD 1483/2012).

No puede hablarse de una postura inamovible de la empresa. Tal y como recoge la sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto, se produjeron hasta cinco reuniones de la Comisión negociadora y la empresa realizó propuestas concretas para reducir las consecuencias del despido colectivo, llegando incluso a despedir a 8 trabajadores menos de los que inicialmente estaba previsto y a reducir el período de aplazamiento del pago.

La Ley establece la obligación de negociar, no de llegar a un acuerdo y, en el presente caso, hubo negociación, ofreciendo la empresa propuestas concretas que minoraron el alcance de la medida extintiva, sin que el mero hecho de que no llegase a modificar el criterio de selección implique la existencia de fraude o mala fe negocial empresarial.

### 4. Información suministrada.

El recurso denuncia que no se ha aportado la declaración mensual del IVA durante el año 2016.

Asimismo interesa la nulidad por no haber aportado toda la documentación económica relativa al resto de empresas que conforman el grupo, invocando al respecto la doctrina de la STS 19 julio 2017 (rec. 14/2017).

### A) Doctrina de la Sala.

Son muchas las ocasiones en que nos hemos pronunciado acerca de los confines que posea la obligación empresarial de aportar documentación al periodo de consultas, tanto en casos de DC cuanto en otros supuestos de medidas reestructuradoras. En las SSTS 688/2016 de 20 julio ( *Parrico* ) y 1090/2016 de 21 diciembre ( *Seguridad Integral Canaria* ) se resume tal doctrina, con cita de numerosos precedentes. Recordemos lo principal.

A) Según dispone el apartado 2 del artículo 51 ET, la comunicación de inicio del procedimiento de despidos colectivos a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos Tales términos son los establecidos en el RD 1483/2012, de 29 de octubre. No basta, por tanto, la mera notificación formal a los representantes de los trabajadores del inicio de la consulta y del propósito empresarial, se precisa, además, que ambas vayan acompañadas de toda la información y documentación constitutiva del objeto de la propia consulta, de suerte que la obligación de documentación se configura como parte esencial del



deber empresarial de información en el procedimiento de despidos colectivos, que, vinculado a las consultas, conecta, sin duda, con el principio de buena fe que, por imperativo legal debe presidir la negociación en esta fase procedimental.

B) La información se configura así como un presupuesto ineludible de las consultas. El tema conecta, sin dificultad, con la previsión del artículo 2.3.a) de la Directiva 98/59/CE que, con el fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas al empresario, éste deberá proporcionarles toda la información pertinente. Se trata, obvio es, de una expresión jurídicamente indeterminada que deja en el aire no sólo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quien debe decidir si la información es o no pertinente. En estos casos se impone la lógica jurídica. Así, el empresario cumple, en principio, con entregar a los representantes toda la información exigida por la indicada norma reglamentaria. Nada se opone, más bien al contrario, que voluntariamente acompañe cualquier otra, no exigida normativamente, pero que pueda contribuir al desarrollo de las consultas.

C) Se impone, en todo caso, reiterar el carácter instrumental del deber de información al servicio del derecho a la negociación colectiva en el seno de las consultas lo que implica que no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva 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 entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET, conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012; y cuando « el empresario no haya ... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET, de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], 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 [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].

E) Tanto la Directiva 98/59 como el artículo 51.2 ET obligan al empresario a proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente en relación a las medidas extintivas que pretenden adoptar; información que se refiere no sólo a las causas justificativas, sino que alcanza a todos los aspectos del proyecto de despido que se propone llevar a cabo, de suerte que existe un principio de plenitud informativa al que debe atenerse el empresario para facilitar un correcto desarrollo del período de consultas. Desde esta perspectiva, las previsiones de la norma reglamentaria ( RD 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.) obligan a que la empresa aporte a los representantes de los trabajadores toda la documentación que exigen los artículos 3 a 5 del citado Reglamento. Ahora bien, ni toda omisión del contenido de la información contenida en los indicados preceptos reglamentarios implica un incumplimiento de la obligación de información que nos ocupa, ni ésta queda siempre y en todo caso cumplida cuando los documentos allí expresados se entregan pero se omiten otros que han sido solicitados por los representantes y que se revelan útiles y pertinentes a efectos de poder desarrollar en plenitud las negociaciones inherentes a todo período de consultas.

F) Ello aboca a examinar el cumplimiento de la obligación informativa desde una óptica finalista; es decir el problema de la necesidad de aportación o no de una determinada documentación -no prevista normativamente- vendrá determinada por la solicitud de los representantes de los trabajadores y por la utilidad de la documentación pedida a los fines examinados. La incorrección del despido colectivo por infracción de la obligación informativa vendrá determinada, en consecuencia, por la negativa de la empresa a la aportación de la información solicitada o por su defectuosa aportación, siempre que la solicitud esté justificada puesto que no se puede imponer al empresario la aportación de cualquier documentación no prevista legalmente salvo que quede acreditada su relevancia para la negociación durante las consultas ( STS de 18 de julio de 2014, rec. 288/2013).

### **B) Consideraciones específicas.**

A) No puede prosperar la pretendida nulidad basada en la preexistencia de los Informes de disponibilidad, ni siquiera aunque diéramos por cierto cuanto expone el Informe de la Inspección de Trabajo.

Como advierte el Ministerio Fiscal, su lectura no permite llegar a la conclusión que sostiene el Sindicato recurrente de que dicha información constaba antes del inicio del periodo de consultas, ni siquiera durante



el mismo. Ese informe da cuenta de una comparecencia ante el Inspector de Trabajo que se celebra el 2 de marzo de 2017, es decir, una vez finalizado el periodo de consultas, lo que acaeció el 20 de febrero 2017. Y consta que, mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2017, se remitió a la autoridad laboral la relación de los trabajadores afectados con la puntuación obtenida por cada uno y los criterios de valoración seguidos (f. 63 y ss.). Por consiguiente, resulta lógico que el día 2 de marzo de 2017, la empresa reconozca que ya estaban designados los trabajadores afectados y que la representación de los mismos desconocía ese dato, al no haber sido informada todavía, pero ello no implica, como pretende el recurrente, que se hubieran designado antes del período de consultas, sino que tal designación se produjo después de dicho período, pero antes del día 2 de marzo, fecha en la que se compareció ante el Inspector de Trabajo, por lo que tampoco procede la nulidad solicitada.

B) A la misma conclusión de inexistencia de nulidad ha de llegarse respecto de la no aportación de las declaraciones mensuales del IVA del año 2016, ni del preceptivo informe técnico. Las declaraciones del IVA, correspondientes al año 2016, aparecen como remitidas a la representación legal de los trabajadores, según la comunicación inicial de fecha 20 de enero de 2017 (doc. n° 3 del CD antes citado).

A la vista de nuestra expuesta doctrina, habida cuenta de la clara voluntad empresarial de facilitar esa documentación y de que no se acredita una resistencia contumaz o una actuación dolosa (manifestando que se entregan documentos hurtados a la negociación)

C) Lo mismo ocurre con el informe técnico pues en el documento n° 6 de dicho CD aparece una "Memoria explicativa", así como un "Análisis económico financiero" y un "Informe Técnico-Productivo" (integrado, a su vez, por una detallada exposición y varios anexos). De hecho, en la primera reunión de la Comisión negociadora se debate sobre el contenido del Informe Técnico, luego los recurrentes lo tenían a su disposición.

D) La sentencia recurrida sostiene que la información suministrada por la empresa fue suficiente para que la representación de los trabajadores conociese las causas esgrimidas para proceder al despido colectivo, y eso determinó que esta información que ahora se reclama como no entregada, no fuera solicitada durante el periodo de consultas, lo que apoya la conclusión de que era intrascendente.

### **C) La documentación en el despido por causas económicas de empresa perteneciente a un grupo.**

A la ausencia de la documentación económica correspondiente al resto de las empresas del grupo mercantil hemos de realizar las siguientes consideraciones, dada su enjundia, vamos a dedicar un Fundamento específico.

#### **CUARTO.- La documentación en el despido por causa económica de una empresa del grupo.**

El artículo 4.5 del Reglamento de los de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado mediante Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre dispone lo siguiente:

*Quando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.*

#### **1. El debate en el procedimiento.**

A) La demanda rectora del presente procedimiento denuncia que la empresa no ha aportado la documentación económica de las empresas integrantes del Grupo Sevilla Control a que pertenece la empleadora demandada.

B) La sentencia recurrida expone en su HP décimo quinto que la empresa demandada forma parte del Grupo Aeronáutico Sevilla Control, integrado por las siguientes empresas: Sevilla Control, S.A., Aercal, S.A., A & G Sevilla, S.L., Tecaer Sevilla, S.L., SACT Servicios Aeronáuticos, S.L. y Aeroestructuras Sevilla, S.L.

En su Fundamento Sexto, invocando la STS 3 diciembre 2012 (rec. 965/2012), entiende que al no existir un grupo de empresa a efectos laborales, la documentación exigible es la propia de la empleadora y no la del grupo, concluyendo que:

Lo único que consta es que la empresa demandada forma parte del Grupo Aeronáutico Sevilla Control, integrado por las siguientes empresas: Sevilla Control, S.A., Aercal, S.A., A & G Sevilla, S.L., Tecaer Sevilla,





S.L., SACT Servicios Aeronáuticos, S.L. y, Aeroestructuras Sevilla, S.L. Se trata de un grupo de sociedades y, por ende, la causa económica no tiene que concurrir en el grupo como tal, bastando que concurra en la empresa que adopta la medida.

C) El recurso entiende que la pertenencia a un grupo mercantil, aunque no exista la obligación de consolidar cuentas, genera la obligación de aportar datos económicos de todas ellas. Al no haberse hecho así, el despido debe declararse nulo.

D) Tanto la empleadora como el Ministerio Fiscal se oponen al recurso, por considerar que así lo exige la doctrina de esta Sala Cuarta.

## 2. Doctrina de la Sala.

La STS 643/2017 de 19 julio (rec. 14/2017; *Nueva Automoción*) aborda un supuesto similar el presente, al hilo de la impugnación de un despido colectivo, pues uno de los argumentos para postular la nulidad radica en la existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles y la necesidad de que se hubiese dado cumplimiento a la exigencia de aportación de las cuentas consolidadas del grupo, o las de cada una de ellas si no hubiese obligación de tal consolidación. También la sentencia de instancia consideraba ajustado a Derecho el despido, e innecesaria la documentación de otras empresas del grupo cuando el mismo no excede de los caracteres propios del meramente mercantil (no patológico). La nulidad del despido es el resultado a que accedemos en tal caso, habida cuenta de que ya durante el periodo de negociaciones la RLT reclamaba la documentación no facilitada y de las siguientes reflexiones jurídicas:

a) Aunque no concurren los elementos necesarios para que exista un "grupo patológico", también posee consecuencias el que exista una agrupación mercantil no patológica.

b) La regulación del despido colectivo exige que la información facilitada a la RLT sea suficiente para poder negociar durante la fase de consultas. Y 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 exige que se aporte la documentación que con carácter preceptivo exige el *art. 4.5 del RD 1483/2012*.

c) Dicha documentación resulta relevante sin duda, por cuanto que cuando se trata de empresas encuadradas en un grupo mercantil, y se dan los requisitos que exige la norma habrán de aportarse las cuentas de las demás empresas del grupo, precisamente para conocer la verdadera situación de la que adopta la decisión de despido colectivo ante la posible existencia de saldos deudores o acreedores, o de relaciones económicas diversas entre ellas que tengan reflejo en las cuentas que han de aportarse y que podrían ser relevantes a tales efectos.

## 3. Consideraciones específicas.

A) La sentencia recurrida acierta cuando sostiene que la causa económica no tiene que concurrir ni en todo el grupo ni en todas las empresas que lo integran. Per yerra cuando sostiene que la ausencia de un grupo patológico convierte en indiferente la pertenencia a un grupo de empresas mercantil desde la perspectiva de documentar y acreditar la causa.

Por ello, reiterando nuestra doctrina, y dando la razón a los recurrentes, hemos de manifestar que la mercantil recurrida ha incumplido su obligación de aportar la documentación económica del resto de empresas del grupo, por así exigirlo el artículo 4 del Reglamento aprobado mediante RD 1483/2012, en concordancia con la remisión del artículo 51.2 ET.

B) La nulidad del despido por deficiencias documentales, con arreglo a la doctrina ya expuesta no es automática sino sujeta a un principio de proporcionalidad y de coherencia en el proceso de negociación.

En el presente caso no consta que la RLT solicitara la documentación económica durante la fase de consultas y sí, desde luego, que la empleadora ha omitido su entrega de manera consciente por entender (incluso en su impugnación al recurso) que ello solo procede cuando existe un grupo empresarial de carácter patológico.

Aunque lo sucedido aquí es distinto, por tanto, al supuesto abordado por la citada STS 643/2017 lo cierto es que estamos ante un incumplimiento muy relevante cuando se trata de poder enjuiciar la existencia de la causa invocada para el despido y de posibilitar el debate de fondo sobre su entidad. Recordemos el último tramo de esa resolución:

De lo razonado hasta ahora se desprende que al no haberse llevado a cabo el periodo de consultas en los términos que exige el *art. 51.2 ET*, el *art. 124.11 LRJS* establece como consecuencia directa de tal decisiva inobservancia la declaración de nulidad de la decisión empresarial, teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos ya examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible.



C) Conclusión: aunque no tengan obligación de consolidar cuentas y tampoco se aprecie la existencia de patología alguna, las empresas que formen parte de un grupo y activen un despido colectivo por causa económica han de acompañar las cuantas (en su caso auditadas) de las demás mercantiles del grupo si tienen su domicilio social en España, operan en el mismo sector de actividad y tienen saldos deudores o acreedores con ellas.

Solo de ese modo puede haber verdadera negociación, cumplirse la finalidad del periodo de consultas y, en su caso, permitirse el control judicial de la causa, constitucionalmente exigido para que la regulación legal sea válida.

Un incumplimiento de tal índole (aunque sea por error, pues aparece aceptado por la empleadora recurrente, al desplegar su equivocada argumentación) arrastra la nulidad del despido. La concurrencia de esta causa de nulidad, sin embargo no debemos extenderla sobre el despido en su conjunto sino que solo opera por cuanto respecta a la causa económica.

Recordemos que el despido se ha basado también en causas productivas y que la sentencia recurrida las considera probadas. En consecuencia, hemos de proseguir el examen del recurso de casación interpuesto.

#### **QUINTO.- Selección discriminatoria de los trabajadores (Motivo Tercero del recurso).**

##### **1. Formulación.**

Al amparo del art. 207.e) LRJS el recurso denuncia la infracción de los arts. 14 y 28.1 CE, el art. 12 LOLS, el art. 17 ET, y los arts. 124.11 y 181.2 LRJS. Considera el sindicato recurrente que los trabajadores afectados no han sido seleccionados con arreglo al procedimiento Skill Matrix, sino que la empresa ya tenía decidido quienes serían los despedidos y que de los 25 despedidos, 17 son afiliados a CCOO (lo que supone el 68% de los despedidos), por lo que la decisión extintiva de la empresa ha sido adoptada en represalia por la afiliación sindical de dichos trabajadores.

##### **2. Doctrina relevante.**

Muchas veces hemos puesto de relieve que en el procedimiento de impugnación del despido colectivo no pueden suscitarse cuestiones relativas a su implementación. Por ejemplo, la STS 20 mayo 2015 (rec, 290/2014; Autopista del Sol) explica que " *el objeto de este procedimiento especial del art. 124 LRJS es el previsto en la Ley: la decisión extintiva y el iter hasta llegar a esa decisión, sin que pueda ampliarse a los defectos habidos en la ejecución de la decisión, aunque éstos se pusieran de manifiesto antes del plazo de caducidad de veinte días para impugnar la decisión*".

Por otro lado la jurisprudencia constitucional ya hace tiempo que elaboró la doctrina sobre despidos pluricausales, acertadamente recordada por los recurrentes. La STC 203/2015 de 5 octubre expone sus trazos básicos:

*La acreditación de la causa legal disciplinaria alegada no excluye por defecto o automáticamente la vulneración del derecho fundamental invocado cuando existen indicios de lesión. Como precisaba la STC 41/2006, de 13 de febrero, en dichos supuestos disciplinarios podrá neutralizarse el panorama indiciario: i) acreditando de manera plena la causa legal expresada en la carta de despido, aunque solo y siempre que -y éste será el parámetro de constitucionalidad- ese resultado probatorio pruebe efectivamente la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado; la declaración de procedencia del despido no permite descartar por tanto -en todo caso y sin excepción- que éste sea lesivo de derechos fundamentales (por todas, STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 7); ii) alternativamente, los indicios también podrán resultar contrarrestados, incluso si no llega a probarse el incumplimiento disciplinario aducido en la carta de despido (también, por tanto, si el despido no es declarado procedente), cuando el empresario demandado demuestre que los hechos motivadores de su decisión se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales que se denuncien vulnerados, que es, de nuevo, lo trascendente desde la perspectiva constitucional.*

##### **3. Consideraciones específicas.**

A) Recordemos que no ha quedado acreditada la premisa de la que parte el sindicato recurrente (que los trabajadores afectados ya estaban designados por la empresa antes del periodo de consultas y que, por ello, no se utilizó el mecanismo *Skill Matrix*). El Ministerio Fiscal entiende: a) Que sin la concurrencia de dicha premisa, la argumentación utilizada, que aparece salpicada de no pocas conjeturas, carece de la más mínima defensa. B) Que en el procedimiento de despido colectivo sólo cabe analizar si la medida extintiva acordada por la empresa demandada ha sido o no discriminatoria por afiliación sindical; es imposible examinar si ha habido vulneración de derechos fundamentales a la hora de aplicar un criterio de selección válido. C) Que no constan indicios de que el despido colectivo haya tenido por objeto despedir a determinados trabajadores en base a su concreta afiliación sindical.



B) La sentencia recurrida descarta el carácter discriminatorio del despido porque considera que el mismo respondió a causas económicas y productivas acreditadas por la empresa, y, asimismo, que la selección de los afectados obedeció a criterios objetivos y razonables, no arbitrarios y ajustados a derecho, que eran conocidos por el sindicato recurrente, y que aparecen explicitados en el Fundamento de Derecho Quinto.

En buena medida tienen razón los recurrentes cuando consideran que la sentencia recurrida no tutela suficientemente la libertad sindical. Así lo creemos porque acaba descartando el carácter antisindical del despido a la vista de que (en su criterio) concurren las causas que lo justifican. La expuesta doctrina constitucional, sin embargo, significa que puede equipararse la existencia o no de la causa con la de la discriminación.

C) Ahora bien, el error argumental de la sentencia de instancia no comporta el triunfo del recurso en este punto. Porque la propia doctrina constitucional admite que los indicios puedan desvirtuarse si se acredita que la decisión empresarial es ajena a todo móvil discriminatorio.

Esto es lo que sucede en el presente caso. Resulta difícil concebir que los criterios de selección, basados en las competencias de los trabajadores (ponderadas por medio de coeficientes de importancia de cada una de ellas), fijados en la aplicación Skill Matrix y con una nueva ponderación de tres valores: índice de polivalencia (40%), número de operaciones con aptitud (40%) y número de certificaciones (20%), pueda generar algún tipo de discriminación, y más específicamente, la de afiliación sindical.

Frente al indicio de discriminación aportado por el recurrente de que 17 de los 25 trabajadores afectados por la medida extintiva están afiliados a CCOO (consideramos que este sí es un indicio de discriminación), la empresa, no solo ha acreditado la concurrencia de causas económicas y productivas (lo que sería insuficiente) sino también (lo que resulta decisivo) la utilización de criterios objetivos, razonables y no arbitrarios de selección.

Añadamos que no consta ni que la empresa conociera la afiliación sindical de los trabajadores, ni el porcentaje de implantación del sindicato en el ámbito de la plantilla afectado por las extinciones.

## **SEXTO.- Concurrencia de la causa.**

### **1. Formulación.**

Al amparo del art. 207. e) LRJS se denuncia la infracción del art. 51.1 ET y el art. 124.11 LRJS.

Entiende el Sindicato recurrente, en primer lugar, que no concurren las causas económicas alegadas, pues la existencia de pérdidas económicas no justifica por sí sola la adopción de medidas de carácter objetivo, sino que se requiere que la empresa justifique que la medida extintiva sirve a la superación de tales situaciones económicas negativas, lo que aquí no se ha producido.

En segundo lugar, respecto de la disminución de la cifra de negocios, señala que el art. 51 ET exige, para que se aprecie tal causa, que la disminución del volumen de ingresos o ventas sea persistente, entendiéndose 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, lo que aquí no ha quedado acreditado.

Respecto de la causa productiva alegada por la empresa, considera que la misma tampoco ha acreditado la razonabilidad de la medida extintiva de 25 trabajadores.

### **2. Doctrina de la Sala.**

Para abordar este último motivo de recurso conviene recordar, una vez más, los límites de nuestra cognición. Como recuerda la STS 20 abril 2016 (rec. 304/2016; Tompla Sobre Expres), además de probar " *la concurrencia de la causa económica, técnica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido. El que la medida concreta quede al arbitrio del empresario y el que su criterio no pueda ser suplido por los Juzgados y Tribunales que no pueden realizar un juicio de valor sobre ella para determinar si es la mejor, juicio de optimización, no quiere decir que la decisión empresarial, probada la causa, escape a todo control judicial, por cuanto los órganos judiciales pueden realizar, como ya dijo esta Sala en su sentencia de 27-1-2014 (R.O. 100/2013), un juicio sobre la racionalidad de la misma, para determinar si son ajustadas a la situación existente o desproporcionadas por excesivas. Ello requerirá ponderar todas las circunstancias concurrentes para hacer un juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida tomada que será confirmada si es razonable*". Y, añade, con cita de jurisprudencia constitucional que " *Es, pues, al juez, a quien corresponde apreciar la concurrencia de una causa real y verosímil que, por ser justa, esto es, por ajustada a la razón, legitima*



la decisión empresarial extintiva de la relación laboral, dentro de los parámetros normativos que le ha otorgado el legislador, en el ejercicio de las competencias que la Constitución le ha atribuido ( art 35.2 CE )".

### 3. Consideraciones sobre la proporcionalidad y la causa económica.

A) En primer lugar, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, entiende el Fiscal que estamos ante una cuestión nueva no planteada en la instancia. En efecto, la demanda no se pronuncia sobre dicho extremo y en el acto del juicio oral se suscita de pasada, pero sin articularla, como ocurre ahora, como un motivo autónomo de impugnación. De hecho, la sentencia tampoco se pronuncia al respecto, sin que el recurrente impugne la misma por incongruencia.

Por consiguiente, siendo inadmisibile el planteamiento de «cuestiones nuevas» en todo recurso y, más concretamente, en el recurso de casación que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, el motivo consistente en la proporcionalidad o razonabilidad de la medida extintiva ha de ser desestimado.

B) En el presente caso, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia declara acreditado (al constar en los hechos probados decimotercero y decimocuarto, no discutidos por el Sindicato impugnante), que el importe neto de la cifra de negocios de la empresa ha descendido desde el año 2013 y que el patrimonio neto refleja cifras negativas en los años 2013, 2014 y 2016, (siendo positivo el de 2015, debido a las aportaciones de los socios), por lo que considera acreditada la existencia de causa económica.

Finalmente, en relación con la alegación de la no concurrencia de causas económicas al no haberse acreditado que la disminución del volumen de ingresos o ventas sea persistente, en los términos del art. 51 ET, conviene precisar que la sentencia combatida entiende acreditada la concurrencia de causa económica al quedar probada la existencia de pérdidas actuales (Fundamento de Derecho Sexto). Y el art. 51 ET establece 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 y ventas".

Basta, pues, según la norma legal, con la existencia de pérdidas actuales o previstas, dato que la sentencia da por probado, para que concurra la causa económica para el despido colectivo, por lo que no resultaba necesario acreditar la persistencia de una disminución del nivel de ventas o ingresos, sin perjuicio de que tal circunstancia aparece, asimismo, probada mediante la documentación aportada por la empresa entre la que se incluye, como ya se ha señalado, y pese a las manifestación en contra del recurrente, las declaraciones del IVA correspondientes al año 2016.

C) En realidad, el recurrente no discute tales datos, ni la concurrencia de dicha causa, excepto por lo que luego se dirá, sino que lo que debate es que no se ha probado que el número de trabajadores afectados sea el adecuado y proporcionado para superar esta situación negativa. La propia representación legal de los trabajadores propuso en la reunión del 14 de febrero de 2017 una cifra de 20 trabajadores que, obviamente, no está muy alejada de la cifra final de 25. Esos 25 trabajadores suponen un porcentaje ligeramente por debajo del 25% sobre el total de los 102 trabajadores de la empresa.

Ahora bien, puesto que la deficiencia documental advertida comporta la nulidad del despido basado en causas económicas, lo que realmente interesa es examinar la impugnación de la causa productiva.

### 4. Consideraciones sobre la causa productiva

La sentencia recurrida explica, motivadamente, la existencia de una disminución del volumen de negocio en el año 2017, como consecuencia del cambio de los programas de producción del único cliente de la empresa, Airbus Defence & Space. Conforme a dichos programas, disminuye la entrega de aviones (de 17 en 2016 a 8 en 2017). Además, el programa EF2000 tiene una demanda de 42 tanques integrados y 22 elementos sin integrar (frente a los 54 tanques integrados y 38 elementos sin integrar del 2017, según el doc. nº 6 del CD), el programa de subconjuntos de ala de EF200 finalizó en 2016 y está pendiente de reactivación; las consolas de operador del C295 no tienen previsión de ningún elemento para el 2017 y de las de operador de MRT se van a sólo realizar cuatro. Con tales datos concluye que también se ha acreditado la causa productiva.

A ello hay que añadir que la pérdida de un programa o el descenso importante en la carga de producción (53% en aviones, 59% en tanques y 42% en elementos sin integrar, según el doc. nº 6 del CD) supone una evidente caída en la carga de trabajo que conlleva que una parte del personal se quede sin actividad.

Consta igualmente, en el hecho probado decimosexto, que la empresa demandada inició el 30 de abril de 2014 un procedimiento de regulación de empleo de suspensión de 48 contratos de trabajo, por un periodo de 450 días, que finalizó con acuerdo en el período de consultas el 14 de mayo de 2014.



Estamos, por lo tanto, ante una situación de importante disminución de la previsión de producción para el futuro, y ello implica que se produzca un desajuste entre la plantilla de la empresa y las necesidades que tiene de producción pues, al recibir una cifra notoriamente menor de encargos, los elementos que tiene que producir son muy inferiores en número, lo que conlleva tener que prescindir de parte de la plantilla, habiendo intentado sin éxito la empresa otras soluciones, como el ERTE mencionado, siendo el 25% una cifra de trabajadores que no resulta inadecuada ni desproporcionada para el descenso de alrededor del 50% en el volumen de encargos y de consiguiente producción, sufridos.

No encontramos en el recurso argumentos que censuren de manera convincente la concurrencia de esta causa, apreciada por la sentencia de instancia a la vista de todo lo probado y basada en los incontrovertidos datos expuestos. Añadamos que las SSTs 30 junio 2015 (rec. 2769/2014) y STS 361/2016 de 3 mayo (rec. 3040/2014) recopilan abundante doctrina y concluye que: la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores.

#### **DÉCIMO.- Resolución.**

En anteriores Fundamentos hemos expuesto secuenciadamente los argumentos que sustentan nuestra decisión respecto de cada uno de los motivos y cuyas conclusiones ahora recapitulamos.

El despido sería nulo si estuviera basado exclusivamente en causas económicas, toda vez que la empresa no ha aportado la documentación perteneciente al resto de sociedades con las que forma un grupo (Fundamento Cuarto).

A la vista de los hechos probados (Fundamento Segundo) consideramos que no ha habido un incumplimiento relevante del deber de negociar de buena fe, ni del deber de aportar la documentación necesaria en orden al despido por causas productivas (Fundamento Tercero).

Aunque la sentencia recurrida contiene doctrina errónea sobre el modo de neutralizar la existencia de indicios discriminatorios en el despido colectivo (pues no basta con acreditar la causa), el sistema de selección de las personas afectadas proporciona suficientes elementos objetivos como para desterrar tal discriminación sindical (Fundamento Quinto), sin perjuicio de eventuales reclamaciones individuales por el modo en que se haya aplicado.

La acreditación de causas productivas, no desvirtuadas por el recurso, deja incólume el carácter ajustado a Derecho del despido enjuiciado, concurriendo asimismo la proporcionalidad o conexión funcional razonable entre la entidad de los problemas afrontados (disminución de pedidos relevante por parte del único cliente de la empresa) y el número de extinciones contractuales, cercano al aceptado por la RLT en una de las reuniones negociadoras (Fundamento Sexto).

Como consecuencia de lo previsto en el artículo 235 y concordantes de la LRJS, sin embargo, el vencimiento del Sindicato recurrente no comporta su condena en costas.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Comisiones Obreras de Industria, representada y defendida por el Letrado Sr. Terán Conde.
- 2) Confirmar la sentencia 1691/2017 de 7 junio dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 7 de junio de 2017, en autos nº 9/2017, seguidos a instancia de dicha recurrente y la Unión General de Trabajadores de Andalucía (UGT) contra la empresa Aeroestructuras Sevilla, S.L., sobre despido colectivo.
- 3) No realizar pronunciamiento en materia de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez



D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ