



Roj: **STSJ GAL 9482/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:9482**

Id Cendoj: **15030340012015106422**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2015**

Nº de Recurso: **26/2015**

Nº de Resolución: **6758/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 9482/2015,**
STS 4457/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL

SECRETARIA BAZARRA VARELA-RJ

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 **Fax :** 881881133 /981184853

NIG : 15030 34 4 2015 0000034 N02700

DCO DESPIDO COLECTIVO 0000026 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

DEMANDANTE: CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG)

ABOGADA: CRISTINA GOMEZ LOZANO

DEMANDADOS: **VIRIATO** SA, María Inés , Aida , Aurora , Carlota , Higinio

MAGISTRADA PRESIDENTE ILMA SRA:

DOÑA. ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMAS MAGISTRADAS:

DOÑA PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

DOÑA RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A Coruña, a 9 de diciembre de 2015.

Habiendo visto esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia compuesta por los/as Ilmos/as Sres/as Magistrados/as citados/as, los autos DCO 26/2015, EN NOMBRE DEL REY, han dictado la siguiente

S E N T E N C I A

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Magistrados citados, en demanda núm. 26/2015 sobre DESPIDO COLECTIVO a instancia de CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), frente a **VIRIATO** SA, María Inés , Aida , Aurora , Carlota , Higinio , siendo Magistrada-Ponente la Ilma Sra D^a ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El 30 de julio de 2015, la CENTRAL INTERSINDICAL GALEGA (CIG), presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de DESPIDO COLECTIVO frente a **VIRIATO SA**, María Inés , Aida , Aurora , Carlota , Higinio , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaron suplicando que se dictara sentencia estimatoria de la demanda.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 4 de agosto de 2015 acordamos, entre otros extremos, tener por formulada y admitida la demanda, señalando día para conciliación y/o juicio. La conciliación se tuvo por intentada sin avenencia. Se admitió y practicó la prueba propuesta por las partes litigantes, tras lo cual éstas formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

En virtud de los antedichos precedentes procesales, expresamente se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La empresa **Viriato SA** está dedicada al sector textil, cuya principal actividad radica en el diseño, fabricación y comercialización de prendas de vestir, principalmente de punto, en su fábrica sita en Ordes, produce y comercializa principalmente diferentes prendas de punto que se pueden clasificar en dos grandes grupos: prendas de punto básicas (COTTON) y prendas de punto de diseño (STOLL). El día 8 de junio de 2015 la empresa comunicó al Comité de empresa del centro de trabajo sito en Ordes (A Coruña), donde la empresa tiene la fabrica, la apertura del periodo de consultas para proceder a la extinción de los contratos de trabajo por despido colectivo de un total de 48 trabajadores, señalando como plazo para la realización de tales despidos los 4 meses siguientes desde el fin del periodo de consultas.

En dicha comunicación se señala que la solicitud de extinción de los contratos de trabajo se basa en causas ECONOMICAS y PRODUCTIVAS, dada la negativa situación económica de la empresa, con pérdidas actuales y previsión de su existencia y mantenimiento en el futuro; y productivas porque su canal de ventas El Corte inglés ha disminuido sus ventas desde el año 2010 al 2014 en un 24%; así como el número de prendas servidas en el año 2010 se suministraron 375.868 prendas, siendo en el año 2014 un total de 316.535, es decir una disminución del 16%.

Y de los dos tipos de prendas vendidas, las prendas COTTON y las prendas STOLL, mientras las ventas del producto STOLL obtenidas en el año 2010, respecto de las obtenidas en el año 2014 disminuyen en un 10,6%, las de COTTON en el mismo periodo caen un 34,20%.

Todo ello ha supuesto un incremento del nivel de subactividad, en la línea de producción COTTON, por la dificultad de colocar el producto en el mercado con un precio que cubra su coste de producción, dado que compite en los mismos puntos de venta con el mismo producto, con precio muy inferior, al tener un coste menor al ser producido en países asiáticos, dejando ser por ello un producto por el cual la empresa pueda seguir apostando en el futuro.

El nivel de ocupación en el año 2008 era del 70%, cayendo al 54% en el 2014. En la línea STOLL, por el contrario, el nivel de actividad se mantiene en índices normales de aproximadamente el 94% por año.

SEGUNDO.- Junto con dicha comunicación la empresa entrega a los representantes de los trabajadores la siguiente documentación:

- Poder notarial
- Comunicación de inicio en impreso oficial.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año.
- Información sobre la composición de la representación legal de los trabajadores.
- Copia del escrito de comunicación dirigido a los trabajadores o a sus representantes por la dirección da empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo, en el que se le indica que deben de designar una comisión.
- Representantes de los trabajadores que integran la comisión negociadora.
- Copia del escrito dirigido a los representantes legales de los trabajadores de la apertura del período de consultas, en el cual consta la solicitud a los representantes legales de la emisión de informe a que se refiere el art. 64.5.a del ET .
- Relación nominativa de los trabajadores afectados de más de 55 años, a los efectos del art. 51.9 del ET .



- Criterios de selección de los trabajadores afectados por el expediente.
- Memoria explicativa e Informe Técnico de las causas económicas y productivas.
- Auditoria años 2012 y 2013
- Cuentas auditadas año 2014.
- Certificaciones bancarias a 31/1/15.
- Cuentas anuales años 2012 y 2013 de las sociedades CESTAÑOS, S.A., ALAMEDA DE ORDENES, S.L., TEXTIL CESTAÑOS, S.L. y RIOFREI, S.L..
- Cuentas anuales año 2014 de las sociedades CESTAÑOS, S.A., ALAMEDA DE ORDENES, S.L., TEXTIL CESTAÑOS, S.L. y RIOFREI, S.L.
- Anexo Plan de Viabilidad de **VIRIATO**, S.A.
- Propuesta Plan Recolocación **VIRIATO**, S.A.
- Saldo cuentas Empresas Patrimoniales con **VIRIATO**, S.A.
- Desglose sub-contratación 2014.
- Certificados de empresas de no obligación auditar cuentas.
- Cartera de pedidos **VIRIATO** 2015.

TERCERO.- En la Memoria explicativa de las causas de despido colectivo se hace constar que la situación de la empresa es límite por:

I- Estancamiento de su volumen de facturación.

II- Generación de pérdidas (resultado antes de impuestos) por importe de -447.741 € en 2014, motivadas por una serie de factores, entre los que figuran:

Reducción del margen bruto como consecuencia de:

- La presión sobre precios de venta por parte de la competencia.
- La presencia de la marca en centros de El Corte Inglés con muy bajo potencial de venta.

Costes derivados del elevadísimo nivel de devoluciones de producto sobrante.

Baja utilización de la capacidad de producción instalada, tanto en la línea de producción Cotton como en otras secciones productivas (confección, corte y acabados), lo que ocasiona unos costes de subactividad muy elevados.

III-Elevado nivel de endeudamiento, especialmente al compararlo con la generación de fondos (cash flow) obtenidos, lo que genera dudas sobre la capacidad de la empresa para financiar su actividad futura en caso de continuar con la misma tendencia.

Como demuestra el análisis realizado en el presente informe, en caso de no adoptarse medidas correctoras, las previsiones para los próximos años muestran un deterioro de la situación con pérdidas previstas de -822.378 € en 2015, -896.087 € en 2016 y - 849.227 € en 2017, y unas necesidades adicionales de financiación que llegarían a 3.342.568 € en 2017.

En el apartado del Plan de Viabilidad se hace constar que es imprescindible adoptar una serie de medidas para adecuar la empresa a la realidad económica actual, y se proponen:

I-Acciones organizativas.

II- Acciones comerciales.

II- Ajuste capacidad de producción.

CUARTO.- El 8-6-2015 la empresa inicia el periodo de consultas y con el escrito del inicio del expediente, entrega la documentación legal requerida, y de común acuerdo comité y empresa fijan el calendario de reuniones los días 12, 16 y 24 de junio y 1 y 7 de julio .

La primera reunión se celebra el 16-6-2014, la CIG alega que están revisando la documentación entregada y solicitan a mayores las cuentas provisionales de todas las sociedades del año 2015.

La parte Empresarial contesta que la empresa motiva el ERE en las pérdidas del año 2014 y no en las del año 2015, en que tan solo han pasado 5 meses, en todo caso se pueden entregar unas a 31 de mayo de 2015.



A continuación la parte empresarial pasa a realizar nueva propuesta de rebajar el número de trabajadores en el ERE, pasar de 48 a 40 extinciones. Y con unas condiciones, que figuran en el acta.

CCOO manifiesta que lo tiene que estudiar con su asesoría jurídica y pregunta si el complemento se actualizaría también con el IPC. A lo que la empresa responde que sí.

Por otra parte la CIG manifiesta que solo aceptarían si dichos complementos estuviesen asegurados por una compañía externa aseguradora, ya que los avales son inasumibles, ya que en caso de incumplir la empresa tendría unos costes de ejecución muy altos.

Las indemnizaciones propuestas por parte de la empresa son insuficientes.

Con respecto a los criterios de selección quiere proponer otros:

1 - Que se excluya al personal que tenga hijos/as a cargo independientemente de la reducción o no de la jornada.

2-Que su salario sea el único que entra en la unidad familiar.

3- Que sea excluyente el personal con unidad familiar en la fábrica y no el criterio de pareja/matrimonio.

Por otro parte comenta que la reducción de 48 a 40 debe ser objetiva y neutral. Pero en todo caso los despidos deben ser voluntarios.

Por último propone que se deben escoger mediante sorteo en un "bombo" la reducción de las 8 personas.

El día 25-6-2015 tiene lugar la segunda reunión del periodo de consultas en la que se hace entrega de las cuentas provisionales de 2015 y se presenta una propuesta para el abono de atrasos contestando a la solicitud de CCOO, que contesta que aceptaría la propuesta con las condiciones que expone.

CIG solicita aclaración de la amortización, que el coste de personal es solo el 30%; que la empresa tiene parte de su producción deslocalizada; y reitera que no se le aclararon puntos de las actas del ERE anterior y que consten sus manifestaciones, remitidas vía mail y constaran unidas a dicho acta.

La empresa contesta que no es amenaza el concurso de acreedores, sino que si no hay acuerdo los bancos no refinancian la deuda y se encontrarían en situación de insolvencia.

Se hace constar la propuesta final de la empresa con 10 puntos.

CCOO manifiesta su conformidad, condicionado a su ratificación por la asamblea; se crea una comisión de seguimiento compuesta por cuatro representantes, dos de la empresa y dos de sindicato firmante.

El referéndum se convoca y celebra el día 2-7-2015. El referéndum se convoca por medio de anuncio en el tablón para ratificar el preacuerdo alcanzado el día 25-6-2015 por el comité de empresa aunque no está firmado, para el día 2-7-2015.

Su celebración es conocida por los miembros del comité de CIG al menos desde el día 30-6-2015. El resultado del referéndum es de 79 votos a favor, 52 en contra y dos nulos

El 3-7-2015 se reúne la comisión negociadora y se levanta acta de acuerdo, en la que se hace constar el resultado del referéndum y se ratifica el preacuerdo alcanzado el 24-6-2015 sin la firma y con la oposición de los miembros de la CIG, manifestando que está en desacuerdo con los términos del ERE y con que se la excluyera de la comisión de seguimiento.

El 9-7-2015 se constituye y reúne la comisión de seguimiento, la empresa comunica que ha habido 5 solicitudes de adhesión voluntaria al ERE y se entrega la lista definitiva de de los trabajadores afectados por el mismo.

El 9-7-2014 el 10-7-2015 se hace la comunicación a la autoridad laboral.

QUINTO.- La empresa, para seleccionar a los trabajadores afectados por el ERE, estableció un baremo con una serie de criterios, del siguiente modo:

1- vinculación de cada sección con las causas que motivan el ERE.

2- Estableciéndose una puntuación para cada una de las secciones:

3- Ahorro económico para la empresa.

3- Mayor antigüedad en la empresa.

Se establecen unos criterios de exclusión...



- trabajadores en situación familiar especial -se afectara a un solo miembro de matrimonio o pareja de hecho que acrediten convivencia con al menos seis meses antes del inicio del proceso de despido colectivo.

-trabajadoras en situación de embarazo.

- cuidado de hijos y/o reducción de jornada. Aclarando que solo a los/as trabajadores/as que tuvieran la reducción de jornada.

Además de otros para los supuestos de igualdad de puntuación.

SEXTO.- El día 10-7-2015 se comunica el despido colectivo a la Consellería de Trabajo.

SÉPTIMO.- La empresa **Viriato** SA presenta pérdidas en el año 2014 por importe de 447.741€, con resultados positivos en los ejercicios anteriores (2010-489103, 2011-320152, 2012- 296510, 2013-59.813); los resultados de la explotación (EBIT) son negativos menos 10.967 en el año 2014; el endeudamiento ha ido creciendo hasta llegar en el 2014 a un total de financiación de 4.481.754,31 € de financiación circulante y a 3.666.020,77 de de prestamos y aplazamientos de hacienda y Seguridad Social.

La producción de las prendas de algodón básicas se ha reducido en un 27.79% desde el año 2008 a 2013.

La distribución ha disminuido sus ventas a través del Corte Inglés e incrementado en el extranjero.

El sistema impuesto por dicho centro exige a **VIRIATO** S.A. abastecer de prendas los corners de los centros comerciales en los que tiene presencia, 91 en el año 2014, dichas prendas aunque son compradas por El Corte Inglés, el precio que obtiene **VIRIATO** S.A., no es el precio de venta en fábrica, sino el precio de venta final obtenido por El Corte Inglés, es decir, si el producto se vende en promociones con descuento, o se vende en rebajas, el precio que finalmente El Corte Inglés abona a **Viriato** es muy inferior al precio fijado por la empresa para obtener del mismo una rentabilidad óptima, o el que obtendría de realizar la venta en el canal multimarca. Así en el año 2010 el porcentaje de descuento sobre ventas en rebajas y promociones era del 16%, mientras en el año 2014 fue de 19%.

El número de unidades devueltas por dicho canal alcanzó en el año 2014 el 44%; en el 2013 el 8,7%; en el 2012 el 13,8% y en el 2011 el 1,1%.

OCTAVO.- El 13 marzo de 2015 se había tramitado un despido colectivo, en el que también se alegaron causas económicas y organizativas similares a las del que examinamos, siendo la comunicación a los representantes de los trabajadores idéntica a la llevada a cabo el 8-6-2015; en su tramitación se celebraron diferentes reuniones durante el periodo de consultas.

En la reunión del día 30-6-2015 presentes los representantes sindicales del comité de la empresa y la empresa adoptan un acuerdo que solo es firmado por los miembros del comité del sindicato CCOO.

Acuerdo que no les comprometía a nada y que tenía como finalidad ser aprobado en asamblea para presentar a los bancos y obtener refinanciación.

La Asamblea se convoca en dicha fecha y no se aprueba.

NOVENO.- Vicenta (comité de empresa por el sindicato CIG) denuncia ante la inspección de trabajo el 22-4-2015 que el ERE extintivo iniciado el 13 de marzo finalizó sin acuerdo el 11-4-2015, y el 17 de abril en una reunión con la inspección de trabajo, la empresa le comunicó que no iba a estregar las cartas de despido porque el ERE había finalizado sin acuerdo y que estaba negociando nueva refinanciación de la deuda. Y la denuncia se basa en que había una actitud de acoso y derribo por parte de la dirección de la empresa contra toda la plantilla reuniendo al personal unas veces individualmente y otras veces por grupos para presionarlos para que, fuera del período de consultas y suplantando a la mesa negociadora, aceptasen el ERE formulado.

Y alega en la denuncia que con esta actitud la empresa está conscientemente provocando enfrentamientos entre la propia plantilla utilizando para eso la amenaza de "ou aceptades o despido de 40 persoas ou despedimosvos a todos", haciéndoles creer que la única posibilidad de "salvar" la empresa es que el personal acepte el ERE y obviando que la empresa tiene capacidad legal para ejecutarlos sin necesidad de de acuerdo de la plantilla y sin necesidad de semejante actitud de presión y coacción a la plantilla, a que también va a comunicar que en breve procederá a convocar un referéndum para que 120 trabajadoras/es voten para despedir a 40 en las condiciones impuestas por la empresa y sin garantías válidas de abono das indemnizaciones.

DIEZ.- El 22-6-2015 la inspección de trabajo contesta lo siguientes: Se puso de manifiesto que el día 30 de abril se produjo una situación de tensión al finalizar el periodo de consultas y producirse una asamblea espontánea de trabajadores, donde se colocaron los que estaban a favor a un lado y los que estaban en contra a otro, etc. En fechas siguientes algunos trabajadores acudieron a las oficinas a consultar sus condiciones de salida de la



empresa (tanto prejubilaciones que alcanzaba el número de 33, como de despidos). La representante de CCOO, sindicato mayoritario, declara no conocer presiones y la de CIG declara al algo ha habido pero sin concretar ni hechos ni personas afectadas. Y más bien parece que la tensión se ha producido con trabajadores de oficina de los que ninguno está presente en el comité de empresa, y entre afectados y no afectados en la asamblea de referencia. Al día siguiente de la visita comité y empresa tienen prevista una reunión para negociar un nuevo E.R.E. No puede apreciarse acoso propiamente dicho.

ONCE.- El 23 de julio de 2015 la Inspección de trabajo emite informe en el que hace constar...que no se aprecia dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, no son obligatorias medidas sociales de acompañamiento, no se aprecian irregularidades en el proceso de negociación y finalización del ERE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Atendiendo al artículo 97.2 LJS, el relato de los hechos declarados probados resulta de la apreciación de las pruebas practicadas (documental aportada y que obra en autos, pericial e interrogatorio de parte), así como de lo admitido por las partes. Así el HP 1º, primer párrafo hecho no controvertido; el resto y 2º HP documental de la demandante comunicación del inicio ERE, y CD en el que consta la documental aportada.

El HP 3º de la documental de la empresa, memoria explicativa.

HP 4º actas de las reuniones celebradas en el periodo de consultas.

HP 5º Documenta CD de la empresa.

HP 6º documental Consellería de trabajo.

HP 7º prueba pericial y documental.

HP 8º, 9º y 10 documentales de la empresa y de la CIG (denuncias y resolución de la inspección)

HP 11 documental informe de la Inspección

SEGUNDO.- La parte demandante solicita la nulidad, o subsidiariamente, que se declare como no ajustada a derecho la medida empresarial de despido colectivo objeto del presente procedimiento, y que así mismo se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, concretamente en la libertad sindical, que se ordene el cese inmediato de dicha actuación y se reponga la situación al memento anterior a producirse la lesión del derechos fundamentales, antes del referéndum del día 2-7-2015 y al acuerdo de 3-7-2015, y se condene a los demandados por el daño moral en 6000€.

Para ello alega, que el ERE ha sido una farsa con vulneración de los cuatro apartados del artículo 124.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, porque el periodo de consultas ha sido una apariencia, no se aportó la documentación requerida, no concurren las causas alegadas en la comunicación escrita y la decisión extintiva se ha llevado a cabo con dolo coacción y amenazas, y por último que ha habido una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas en la selección de las trabajadoras afectadas, vulnerando su derecho a la igualdad y a no ser discriminadas, así como el derecho de libertad y actividad sindical.

Y manteniendo el orden de exposición de la demanda, en ella, con carácter previo se hace referencia a un primer ERE iniciado mediante comunicación de fecha 13-3-2015 en la que se iniciaba el periodo de consultas para proceder al despido colectivo de 48 trabajadores/as por causas económicas y productivas; y tal y como consta probado, dicho ERE termina sin acuerdo el 11-4- 2015, si bien el 30-4-2015 se firma por la empresa y miembros de comité de empresa de CCOO un acuerdo condicionado que se sometió a la aprobación en asamblea de trabajadores llevada a cabo el día 30-4-2015 y que provocó tensiones entre los asistentes, se firmó el acuerdo para que los bancos pudieran dar a la empresa crédito y poder subsistir y pagar salarios; dicha asamblea no comprometía a nada sino que permitía seguir negociando y la empresa lo presentó a la asamblea, porque como no había habido acuerdo la empresa pidió que se firmara para presentarlo a los bancos y a las instituciones y poder obtener créditos o subvenciones. La asamblea fue tensa, ya que la votación se llevó a cabo con unos a un lado y otros al otro según posturas a favor y en contra, y el Sr. Anton manifestó que de no haber acuerdo, no se podía financiar la empresa y se irían al concurso

Y fruto del no acuerdo no se produjo extinción alguna de contrato, ni individual ni colectivo.

Pues bien pese a que la parte demandante vea en esto una actuación irregular y fraudulenta, puesto que el segundo ERE que se inicia el 8-6-2015, se hace con una comunicación idéntica, y por ello denuncia los hechos ante la Inspección de trabajo, la misma no existe porque, primero nada obliga al empresario a ejecutar un ERE y segundo porque tampoco hay impedimento legal alguno para llevar a cabo un segundo ERE, así el artículo 12.1 y 4 del Real Decreto dispone...A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará



a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1. La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas.

... Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 1 sin que el empresario haya comunicado la decisión de despido colectivo indicada en dicho apartado, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo, lo que impedirá al empresario proceder conforme a lo señalado en el artículo 14, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento.

Por ello entendemos que la alegación del fraude como consecuencia de la celebración sucesiva de dos despidos colectivos no es asumible y por lo tanto, hemos de desestimar la pretensión de nulidad del despido fundada en esta causa.

TERCERO.- Entrando ya en el examen del ERE que la demanda impugna (art 124.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) resulta que, tal y como hemos declarado probado la comisión negociadora de la que forma parte la CIG demandante, se constituye el 8-6-2015 y en ella se pacta el calendario de reuniones los días 12, 16, y 24 de junio y 1 y 6 de julio; y solo se celebran los días 16 y 25 de junio donde se llega a un preacuerdo al que CCOO da su conformidad, condicionado a su ratificación por la asamblea; se crea una comisión de seguimiento compuesta por cuatro representantes, dos de la empresa y dos de sindicato firmante.

El referéndum se convoca y celebra el día 2-7-2015.

El 3-7-2015 se reúne la comisión negociadora y se levanta acta de acuerdo, en la que se hace constar el resultado del referéndum parte del comité de empresa con el resultado de 79 votos a favor, 52 en contra y dos nulos y se ratifica el preacuerdo alcanzado el 24-6-2015 sin la firma y con la oposición de los miembros de la CIG, manifestando que está en desacuerdo con los términos del ERE y con que se la excluyera de la comisión de seguimiento.

El 9-7-2015 se constituye y reúne la comisión de seguimiento, la empresa comunica que ha habido 5 solicitudes de adhesión voluntaria al ERE y se entrega la lista definitiva de de los trabajadores afectados por el mismo.

a) Se alega la infracción del art 124.2 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Que dice... La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos: b) Que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal .

Y se apoya en que no hubo más que dos reuniones, que no hubo negociación por parte de la empresa ya que solo se redujo el número de extinciones de 48 a 40, que no se aportó la documentación preceptiva y que hubo mala fe y graves irregularidades que determinan la nulidad, ya que el censo que se entrega primero estaba formado por 154 personas, y el que se publica el 1-7- 2015 por 143.

Por lo que se refiere a la insuficiencia de documentación, esta no ha concurrido, porque -conforme a los ordinales segundo y tercero- las exigencias del artículo 4 RD 1483/12 se han visto colmadas y se ha aportado toda la información y documentos requeridos por la parte social, que resultaba trascendente [e incluso de empresas no afectadas por el ERE], y porque en ningún momento ni en demanda ni en juicio oral, se ha hecho mención de que documentos se trataba o la necesidad de los mismos. Además, es preciso que recordemos -con carácter previo- que no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del artículo 124 LJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada (SSTS 27/05/13 -rco 78/12 -; 28/01/14 -rco 46/13 -; 18/02/14 -rco 74/13 -; 19/02/14 -rco 45/13 -; y 26/03/14 -rco 158/13). Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresa el artículo 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del artículo 124 LJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el artículo 51.2 ET , conforme a la redacción del RD-Ley 03/12; y cuando «el empresario no haya ... entregado la documentación prevista» en el artículo 51.2 ET , de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 03/12], 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: artículo 51.2 ET]. En esta misma línea ya se movía la doctrina jurisprudencial cuando afirmaba que «...la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] - actual artículo 4 RD 1483/12 - es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información



suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...» (SSTS 20/03/13 - rco 81/12 -; 27/05/13 -rco 78/12 -; 28/01/14 -rco 46/13 -; 18/02/14 - rco 74/13 -; 19/02/14 -rco 45/13 -; y 26/03/14 -rco 158/13). Parece claro, por tanto, que sólo será penalizada con la nulidad la falta de aportación de documentos, que impidan a la representación de los trabajadores hacerse una composición de lugar fiable de la situación de la empresa, puesto que dicha omisión impedirá que el período de consultas alcance sus fines. Por consiguiente, si la empresa no aporta la documentación, exigida legal o reglamentariamente, le corresponderá acreditar que la omisión de documentación no ha impedido que el período de consultas alcance sus fines y, por contra, cuando sea la parte social quien solicite más documentación, que la exigida legal o reglamentariamente, le corresponderá probar que dicha documentación era trascendente, de manera que su ausencia impidió que la negociación alcanzase sus fines (SSAN 09/10/13 Autos 234/12 y 28/03/14 Autos 44/14). La simple lectura del artículo 4.2 RD 1483/12, nos permite concluir que el empresario, para probar la concurrencia de causas económicas, deberá aportar las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento, entendiéndose por cuentas provisionales los documentos contenidos en el artículo 254.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que son el balance, cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujo de efectivos y la memoria. Queremos resaltar, no obstante, que, si bien el apartado segundo del artículo citado subraya que las cuentas referidas constituyen una unidad, entendemos que no es necesario aportarlos todos, por cuanto la confección de algunos de dichos documentos es predicable del ejercicio en su conjunto y puede sustituirse, sin generar indefensión a los trabajadores, por los entregados con posterioridad (por ejemplo, la memoria). Dichos documentos deberán aportarse hasta el momento de iniciarse el procedimiento, porque así lo dispone el artículo 4.2 RD 1483/12, salvo que se demuestre la imposibilidad de hacerlo, correspondiendo la carga de la prueba a la empresa, quien deberá demostrar razonablemente que no le fue posible confeccionar las cuentas provisionales a la fecha del inicio del período de consultas, o cuando se acredite que la falta de aportación no impidió que el período de consultas alcanzase sus fines.

En este caso, en la primera reunión la demandante solicita las cuentas provisionales de todas las sociedades del año 2015, y la empresa contesta que la empresa apoya el ERE en las cuentas de año 2014 y que pueden entregar cuentas hasta mayo de 2015, cuentas que posteriormente que se entregaron auditadas y registradas.

b) Por lo que se refiere a la fase de consultas, hemos recordado en alguna otra ocasión (STSJ Galicia 10/12/13 Asunto 47/13 ; R. 2/201 sentencia de 414-7-2014) que es evidente que el deber de negociar no se puede confundir con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos (SSTS 03/02/98 -rco 121/97 -; 01/03/01 -rco 2019/00 -; 07/10/04 -rco 189/03 -; 22/05/06 -rco 79/05 -; y 12/12/06 -rco 21/06), mas sí con el deber de hacerlo lealmente. Y también se impone el deber de coherencia: exigiendo a las partes ser consecuentes con sus propias posiciones y no alterarlas sustancialmente de un día para otro (STS 3 febrero 1998). Y ese deber de negociar de buena fe, como esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, no se ve colmado cuando nos encontramos ante la apertura del período de consultas y la celebración de reuniones desprovistas de contenido real (TC 107/00 y STSJ Cataluña 31/01/03, STSJ Madrid 30 mayo 2012; Rec 17/2012), y que infringe la buena fe acudir a la negociación con una única oferta definitiva e irrevocable a falta de cuya aceptación se da por cerrado el proceso negociador (STC 107/2000 de 5 de mayo). O que (TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012) no se cumple con este requisito de negociar de buena fe cuando se dan unas circunstancias en las que "la empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del ere con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. Se afirmaba que «[e]l principio general de derecho de la buena fe, interpuesto en nuestro ordenamiento jurídico, mediante un texto (7.1 del Código Civil), calificado de lapidario y categórico, según el cual los derechos deben ejercitarse conforme a los dictados que la buena fe, impone: inicialmente un comportamiento leal en todas las acciones u omisiones que por sí mismas, en cuanto afectantes a otras personas en mayor o menor grado, son susceptibles de generar una situación determinada, de la que luego cabe extraer conclusiones; y, a seguido, mantener la validez en derecho de éstas, operando en consecuencia lealmente y con buena fe» (SSTS 30/04/87 Ar. 2844 ; y 20/10/03 -rcud 3043/02).

Configurado de esta manera 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 en el presente caso, bastaría con analizar el contenido de las actas de las reuniones habidas, junto con el examen del contenido de la documentación remitida para



la apertura del periodo de consultas y la adicional aportada, para concluir que -de todo ello- en absoluto cabe desprender que ese proceso se haya llevado a cabo por la empresa con mala fe, sin negociación, con ocultación de datos relevantes o de información alguna.

Y hay una base indudable de la que podemos partir: la existencia de dos reuniones y que la documental entregada y completada ha sido la exigida normativamente; la discrepancia, empero, entre actores y demandada es en relación a si ha habido verdadera negociación o si la postura de la empresa ha sido una inamovible a lo largo de las consultas. Sobre el particular, (STSJ Galicia 22/05/14 R. 597/14) hacer una serie de precisiones previas al debate: por un lado, no es contrario a la buena fe dar por concluido un proceso de diálogo ante la constatación de la imposibilidad de aunar posiciones; y, por otra parte, una negativa contundente inicial difícilmente se concilia con este patrón de conducta; pues una cosa es que no sea imprescindible alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas para llevar a cabo las medidas colectivas pretendidas por la empresa, y otra es que no haga falta ni intentarlo. Y como se trata de un deber que incumbe, además, a ambas partes, tanto si la empresa se planta desde el principio con una postura inamovible (STS 20/03/13 -rcud 81/12 -; y STSJ País Vasco 11/12/12 Autos 19/12), como si la negativa rígida y de partida es de la parte social, habrá que concluir que no se ha respetado el principio de buena fe por una u otra. Y con la salvedad, del lado empresarial, de que la situación de la entidad sea tan calamitosa que la única salida sea la liquidación, el cierre y la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo (SAN 20/03/13 Autos 219/12). La ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, pero sí a negociar, y se suele apreciar voluntad de negociar cuando constan propuestas y contrapropuestas, algunas de las cuales se aceptan por la empresa, o no (STSJ Galicia 19/07/12 R. 08/12).

c) Igual suerte desestimatoria corresponde al alegato expresivo de que «durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo». Ciertamente se ha afirmado (SSTS 27/05/13 -rco 78/12 -; 28/01/14 -rco 46/13 -; 18/02/14 -rco 74/13 -; 19/02/14 -rco 45/13 -; y 26/03/14 -rco 158/13 -), y a propósito de la «buena fe negocial», que «...ciertamente ha de reconocerse 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 negocial», aunque en este caso además se ha alcanzado un acuerdo.

Por todo lo expuesto desestimamos los motivos alegados por la demandante como causas de nulidad del ERE; porque las diferencias en el censo están justificadas primero porque el censo de 154 personas que se le entrega a la CIG es el del total de la empresa, en el que se incluyen no solo los trabajadores del centro de trabajo afectado por el ERE (centro de **Viriato** en Ordes), sino también los (11) trabajadores de otros centros, como eran los de las tiendas, cuyas extinciones se llevaron a cabo por otros cauces y a los que no les afectaría el ERE.

El hecho de hacerse solo dos reuniones está plenamente justificado porque se había llegado a un preacuerdo que sería sometido a la asamblea mediante el referéndum, y una vez aprobado no había exigencia de más, y el cambio de fechas es irrelevante porque había sido pedido por las partes negociadoras.

La alegación de no negociación no es más que eso, puesto que en las actas consta propuestas y contrapropuestas de empresa y sindicato CCOO, reducción del número de trabajadores a ser despedidos de 48 (que también proponía el plan de viabilidad) a 40, y el hecho de que la demandante no firme el acuerdo o sus alegaciones no sean tenidas en cuenta no quiere decir que no haya habido negociación o que en ella haya habido mal fe, porque como mantiene el Tribunal Supremo y ha quedado reseñado la ley exige negociar de buena fe, no llegar a acuerdo y menos aceptar propuestas abstractas o no fundadas.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la inexistencia de las causas alegadas por la empresa para el despido, el artículo 51 del ET señala como motivos válidos para la extinción del contrato por causas objetivas, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A continuación establece cuando se entiende que concurren una u otras de tales causas, y así señala que "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.



Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

Tras las modificaciones operadas, ya no es válida -o, al menos, totalmente válida- la línea jurisprudencial que hemos mantenido, entre otras muchas, en las SSTSJ Galicia 23/05/13 R. 759/13 , 21/09/12 R. 2442/12 , 24/04/12 R. 424/12 , 16/12/11 R. 4062/11 , 12/07/11 R. 1817/11 , 13/05/11 R. 407/11 , etc., donde decíamos que la valoración que corresponde hacer a propósito del despido colectivo/objetivo no es un dictamen sobre si la medida económica adoptada por la empresa es la más adecuada de todas las posibles, labor que no corresponde propiamente a un órgano jurisdiccional. El control judicial previsto en la ley, para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para «superar», después «contribuir» y, más tarde, simplemente «se desprenda» las dificultades que impidan su buen funcionamiento, se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del «buen comerciante» (SSTS 10/05/06 -rec. 705/05 -; 31/05/06 -rec. 49/05 -; y 23/02/09 -rcud 3017/07).

El precepto ha cambiado de redacción, y una de las consecuencias (STSJ Galicia 14-7-2014 R.2/2014) más significativas en este ámbito [causas objetivas] es la discusión sobre cuál puede ser el alcance de la actividad al enjuiciar un despido objetivo o colectivo, dándose ahora la presencia de dos líneas jurisprudenciales, habida cuenta que no existe una orientación uniforme y podemos encontrar desde resoluciones que abiertamente declaran que la nueva regulación ha dejado subsistente únicamente la acreditación de la causa alegada, pero suprime lo relativo a la conexión funcional (SSTSJ Madrid 11/06/12 Autos 22/12 ; Cantabria 26/09/12 Autos 02/12 ; o Galicia 25/02/13 R. 5419/12 y 06/07/12 Asunto 12/12); hasta aquéllas que contundentemente exigen «la obligación empresarial de acreditar la concurrencia de relación de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa económica y productiva y las extinciones contractuales» (SSAN 18/12/12 Autos 257/12 ; y 04/02/12 Autos 167/12 ; y STSJ Galicia 21/11/12 Autos 22/12).

Esta Sala mantiene una vía intermedia (SSTSJ Galicia 12/06/14 R. 952/14 , 07/05/14 R. 73/14 , 07/05/14 R. 73/14 , 08/11/13 R. 2798/13 , 24/09/13 R. 1997/13 , 18/07/13 R. 1587/13 , 10/07/13 R. 1584/13 y 10/07/13 R. 1584/13), porque es cierto que en el nuevo artículo 51.1 ET , por una parte, se elimina cualquier referencia a la necesidad de que la empresa acredite la evolución negativa y justifique que de los cambios operados se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda; y, por otra parte, la concreción -la objetivación- de la causa extintiva organizativa, que se dará -en todo caso- sin necesidad de justificación alguna, cuando existan los cambios en sus sistemas y métodos de trabajo o en el modo de organizar su producción. En otras palabras, ahora se presume -o, al menos, no interesa al enjuiciador- que la existencia de meros «cambios» en esos aspectos ha sido provocada por una situación negativa en la empresa, que ha afectado necesariamente a su capacidad de mantener su posición competitiva o de respuesta a la demanda, lo que posibilitará la extinción de los contratos sin necesidad de que la empresa justifique la razonabilidad de la medida para cualquier fin de viabilidad, bastando para ello con probar la reorganización alegada en la carta de despido. De este modo, parece que la simple presencia de cambios bastará para dar validez al despido objetivo. Y otro tanto ocurre con la causa económica, porque ahora se presume que la existencia de pérdidas o la disminución de ingresos provoca una situación negativa en la empresa, que afecta necesariamente a su capacidad de mantener el volumen de empleo o su viabilidad, lo que posibilitará la extinción de los contratos sin necesidad de que la empresa justifique la razonabilidad de la medida para cualquier fin de viabilidad, bastando para ello con probar los resultados alegados en la carta de despido. Y así, parece que la simple presencia de pérdida actuales o previstas bastará para extinguir los contratos de trabajo, mientras que si lo que alega es una disminución (sin necesidad de que existan pérdidas) persistente del nivel de ingresos o ventas, bastará con que esta se produzca durante tres trimestres consecutivos.

Con ser cierto lo anterior y sin llegar aquélla línea que pretende resolver como si no hubiese habido ninguna reforma, no podemos olvidar que, siquiera con la redacción actual del artículo 51.1 ET ya no se trata de adoptar medidas que contribuyan a «prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda», pero sí que sigue siendo necesario, en virtud de esa conexión de funcionalidad que deriva en última instancia del artículo 4 del Convenio número 158 de la OIT («No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio»), que tales medidas extintivas permitan ajustar la plantilla a la



coyuntura actual de la empresa (conforme a un criterio de proporcionalidad entre las extinciones y los cambios adoptados).

Por ello, el empresario tiene la carga de la prueba respecto de las causas objetivas alegadas, lo que se refleja en el ámbito de las organizativas en acreditar un cambio en el ámbito interno de la empresa, pues conciernen a la organización del personal, esto es, a los medios personales. No puede olvidarse que «cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo» (STS 13/02/02 Ar. 3787).

Criterio adoptado también por la doctrina jurisprudencial (entre ellas, SSTS 27/01/14 -rco 100/13 -; 25/03/14 -rco 140/13 -; y 26/03/14 -rco 158/13) que indica -son palabras de la primera STS citada- que «[s]obre tal extremo hemos de indicar que la alusión legal a conceptos macroeconómicos [competitividad; productividad] o de simple gestión empresarial [organización técnica o del trabajo], y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma [«prevenir»; y «mejorar»], no solamente inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el "ius variandi" empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" en materia de obligaciones colectivas [SSTS 19/03/01 -rcud 1573/00 -;... 24/09/12 -rco 127/11 -; 12/11/12 - rco 84/11 -; y 12/03/13 -rco 30/12 -], sino que la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las "razones" -y las modificaciones- guarden relación con la "competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa".

Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de "oportunidad" que indudablemente pertenecen ahora a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial], sino en el de que también se adecúe idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse - incluso- a lo que se ha llamado "dumping" social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial implica una mayor competitividad, tampoco puede -sin más y por elemental justicia- ser admisible en cualesquiera términos. Con mayor motivo cuando el art. 151 del Tratado Fundacional de la UE establece como objetivo de la misma y de los Estados miembros "la mejora de las condiciones de ... trabajo", a la que incluso se subordina "la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión»; y no cabe olvidar la primacía del Derecho Comunitario y la obligada interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, en aplicación del art. 10.2 CE (SSTC 28/1991, de 14/ Febrero , FJ 5 ; 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4 ; y 13/1998, de 22/Enero , FJ3. STS 24/06/09 -rcud 1542/08)».

De ahí que sea necesario valorar la razonabilidad de la medida, porque, como en el caso de reducción de plantilla el objeto de valoración «se proyecta sobre hechos pasados, y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa, los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica» (STS 14/06/96 Ar. 5162). La valoración de estas circunstancias concretas de la vida de la empresa corresponde en principio al empresario, desbordando normalmente el ámbito del control judicial en el despido objetivo, ya que éste es un control de legalidad de los concretos despidos enjuiciados, limitado a juzgar sobre la razonabilidad del mismo aplicando el estándar de conducta del buen empresario [STS 14/06/96 Ar. 5162], y no puede convertirse en una valoración global o conjunta de la política de personal de la empresa. Sólo en determinados supuestos y circunstancias -fraude de Ley, abuso de derecho y móvil discriminatorio-, el órgano jurisdiccional puede valorar la decisión de despedir a un trabajador por causas económicas en relación con las decisiones adoptadas respecto de otros trabajadores de la empresa (STS 19/01/98 Ar. 996 ; y 15/10/03 Ar. 4093). Aparte de que



como se decía literalmente en las SSTSJ Galicia 24/04/12 R. 424/12 , 16/12/11 R. 4062/11 , 12/07/11 R. 1817/11 , 24/01/11 R. 3383/07 , 22/10/10 R. 2874/10 , 22/10/09 R. 3173/09 y 14/10/09 R. 2431/09 «[...] nos hallamos ante una situación pluricausal o secuencial, que exige la adopción de medidas para paliar la "situación negativa" generada por las pérdidas económicas constatadas y para poner fin a las "dificultades" en la gestión de la empresa de modo que se evite un mal mayor inmediato. Este Tribunal entiende que la situación de la recurrente es encuadrable bajo ambos supuestos, pues no cabe duda que el término "dificultades", definido por la STS de 2/3/2009 como "sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad la empresa" se haya plenamente constatado en el presente supuesto a medio de la reducción de pedidos que viene sufriendo, extremo que se haya constatado y actualizado, no es una mera apreciación empresarial o proyecto de mejora de gestión que podría justificar el recurso a otras medidas menos graves que el despido (STS 17/5/05), no siendo exigible que tales "dificultades" pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa para justificar el despido objetivo, sino que basta con que impidan su buen funcionamiento referido este a las exigencias de la demanda o a la posición competitiva en el mercado, lo que aquí acontece pues la reducción de pedidos/facturación implica que la plantilla existente sea menos productiva al existir menos trabajo, lo que a su vez genera un problema de eficiencia en la utilización de los recursos que justifica la reducción de la misma, reducción que por sí sola ya implica una reducción de costes que mejora la eficiencia por lo tanto justifica la decisión extintiva adoptada».

Con apoyo en esta doctrina jurídica, en los hechos probados y la existencia de presunción de certeza de las causas alegadas teniendo en cuenta la aprobación del acuerdo, la Sala considera que la extinción colectiva está justificada por las causas económicas negativas y productivas: La empresa **Viriato SA** presenta pérdidas en el año 2014 por importe de 447.741€, con resultados positivos en los ejercicios anteriores (2010-489103, 2011-320152, 2012- 296510, 2013-59.813); los resultados de la explotación (EBIT) son negativos menos 10.967 en el año 2014; el endeudamiento ha ido creciendo hasta llegar en el 2014 a un total de financiación de 4.481.754,31 € de financiación circulante, y a 3.666.020,77 de de préstamos y aplazamientos de hacienda y Seguridad Social.

La producción de las prendas de algodón básicas se ha reducido en un 27.79% desde el año 2008 a 2013.

La distribución ha disminuido sus ventas a través del Corte Inglés e incrementado en el extranjero.

Y en lo que se refiere a las causas de producción la situación es más evidente debido a la política que mantiene con su primer canal de distribución donde la demanda de productos ha disminuido y la devolución de los productos no vendidos ha aumentado en el producto denominado Cotton, lo que hace imprescindible el ajuste de personal además de los propuestos por el plan de viabilidad.

Todo ello justificado con el informe pericial de la empresa al que hemos dado mayor credibilidad, ya que al informe aportado por la parte demandante, al no ser propiamente un informe técnico, sino que se limita a hacer críticas puntuales a la Memoria explicativa y al informe técnico, como la que hace a la afirmación (contenida en la Memoria explicativa) de que "al cierre del ejercicio 2014 no existen saldos vivos de importe significativo entre las sociedades vinculadas", cuando en el juicio oral, quedó claro que era un error; o las referencias a los gastos de explotación que también quedó claro que eran gasto de elaboración de las colecciones o muestrarios; y además porque en el mismo no hay dato alguno sobre las causas productivas.

Es, por todo ello, que entendemos que concurren y están acreditadas las causas alegadas por la empresa no solo con la documental aportada sino también con la pericial practicada en el juicio oral donde no solo se ratifica en el informe, sino que aclara los errores (en la pag. 6, porque si hay deudas con las empresas del grupo por importe de 500.300 €, que su error no afecta a la contabilidad de la empresa porque si está reflejado en el Balance y en los datos económicos) y explica la situación de endeudamiento que arranca del año 2014 con más de 7 millones € de endeudamiento y pérdidas por importe de 400.000€; pérdidas por la aparición de la competencia con productos similares a los de la empresa en la línea cotton (competencia asiática), con pérdidas en ventas del 20% y de producción del 50% en esa línea y por ello los costes de esa actividad excesiva; y por otro lado por la creación de centros del corte inglés en los que tiene presencia, donde las ventas no fueron las esperadas sino menores y donde, no se asume el riesgo sino que el producto no vendido se devuelve, y al final de temporada el sobrante es del 30%. Eso genera pérdidas y falta de rentabilidad y la no generación de fondos el endeudamiento. Y en el resultado de la contabilidad de la empresa, con sus cuentas auditadas reflejan unas pérdidas de 447.741 antes de impuestos y 331.351,23€ después de impuestos.

QUINTO.- El siguiente argumento de los demandantes (hechos 7º y 8º de la demanda) es que la decisión extintiva se adoptó con fraude, dolo, coacción y abuso de derecho, que concretan en que: al no firmar el acuerdo fue excluida la CIG de la comisión de seguimiento, castigada y represaliada por no firmar; que el referéndum se hizo con amenazas y coacciones para conseguir el resultado favorable, y que conforme al



informe confeccionado por el gabinete del sindicato CIG, que da por reproducido, no concurren las causas del despido objetivo.

Por lo que se refiere al último alegato (que no concurren las causas legales alegadas) ya no entramos por haberse resuelto en el anterior fundamento, y por qué de las alusiones a la deslocalización del producto, solo que ha probado que desde hace más 10 años la empresa ha externalizado parte del trabajo porque no tenía máquinas para hacerlo y porque había un compromiso con los talleres al estar compuestos por trabajadores despedidos de la empresa **Viriato**; y porque la actividad externalizada no puede ser asumida por la empresa en periodos punta, si bien no consta ni cantidad de prendas que se sacan de la fábrica, ni para que (alguna testigo dijo que para planchado o confección), ni si hay trabajadores en la empresa que puedan hacer ese trabajo con categoría para ello, ni se cuantifica el posible ahorro etc.

En cuanto a las presiones, coacciones y amenazas los argumentos vertidos por la actora se orientan a la existencia de medidas por parte de la empresa presionando al Comité de Empresa para llegar a un acuerdo y a los trabajadores de la empresa para que lo aprobaran, porque se convocó un referéndum sin intervención de la CIG existiendo por lo tanto motivos para que tal consentimiento hubiera estado viciado. Pero ni tal consentimiento está viciado, no se aprecia la coacción señalada.

Se mezclan las alegaciones, la denuncia a la inspección lo fue por la asamblea celebrada en mayo, e en ella alegan que con su actitud la empresa está conscientemente provocando enfrentamientos entre la propia plantilla utilizando para eso la amenaza de "o aceptades o despido de 40 personas o despedimos a todos", haciéndoles creer que la única posibilidad de "salvar" la empresa es que el personal acepte el ERE y el referéndum se celebra 1-7-2015.

°De la prueba practicada resulta que la denuncia de la inspección de trabajo concluye con que... parece que la tensión se ha producido con trabajadores de oficina de los que ninguno está presente en el comité de empresa, y entre afectados y no afectados en la asamblea de referencia. Al día siguiente de la visita comité y empresa tienen prevista una reunión para negociar un nuevo E.R.E. No puede apreciarse acoso propiamente dicho.

°Y la prueba testifical ha puesto de relieve el hecho cierto de que los trabajadores estaban preocupados, agobiados y sujetos a la presión lógica, porque sus puestos de trabajo peligraban, ya que se iban a producir 40 despidos, pero de ahí a que se hayan producido amenazas y coacciones, y acoso y derribo por parte de la empresa, hay diferencia porque como mantuvo el ministerio fiscal la amenaza consiste en amenazar a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad, el patrimonio y el orden socioeconómico..., y la coacción en impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o compelerle a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto; y no consta ningún hecho que encaje en alguna de estas dos figuras, porque insistimos los testigos y los interrogatorios han puesto de manifiesto que se firmó el acuerdo para que los bancos pudieran dar a la empresa crédito y poder subsistir y pagar salarios; la primera asamblea no comprometía a nada sino que permitía seguir negociando y la empresa presentó el acuerdo a la asamblea, y fue tensa y Don. Anton manifestó que de no haber acuerdo, no se podía financiar la empresa y se irían al concurso; alguno de los miembros del comité de CCOO se sintió amenazado por la CIGA (Sra. Aurora), otros ni siquiera presionados, alguno con miedo, y otros presionados (Sra. Azucena) porque sino firmaban la empresa no tenía crédito y se cerraba o se iba al concurso; pero el acuerdo no fue aprobado por lo que no hay vicio de consentimiento alguno que parece ser lo alegado y además insistimos son hechos anteriores al ERE que se impugna en la demanda.

Por lo que se refiere al referéndum convocado en el tablón de anuncios por el comité de empresa porque fue acordado en la reunión del 25-7-2015, es lógico que hubiera tensiones, pero se hizo la votación con sobre cerrado, ante notario y representación sindical de CIG y CCOO, por lo que el consentimiento fue voluntariamente prestado.

El motivo se desestima, ni coacciones ni amenazas.

SEXTO.- Por último se denuncia que el despido colectivo es contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas vulnerándose estos en la selección de las trabajadoras afectadas por el ERE, vulnerando el derecho a la igualdad y a no ser discriminadas, así como el derecho de libertad y actividad sindical. De ser así necesariamente procedería decretar la nulidad de la medida extintiva ex art. 124.11 LRJS .

Pero este es el planteamiento de la demanda, y aunque en ella no se concretan los hechos que son constitutivos de tan grave denuncia, a lo largo del juicio oral se concretaron datos como que la convocatoria del referéndum era desconocida por la CIG porque no se les había hecho la convocatoria formalmente, cuando consta que fueron concedores del mismo desde su colocación en el tablón de anuncios y que su celebración fue acordada como ya dijimos en la reunión del día 25; o que fueron excluidos de la comisión de seguimiento como represalia



por no firmar el acuerdo alcanzado en la reunión del 25-6-2015; y que la resolución está viciada por las coacciones y amenazas, así como la discriminatoria selección de personal.

La prevalencia de los derechos fundamentales y la dificultad probatoria de toda vulneración en el marco de amplias facultades directivas determinan la inversión de la carga de la prueba (SSTC 38/1981, de 23/Noviembre ; 47/1985 ; 38/1986 ; 114/1989 ; 21/1992, de 14/Febrero, FJ 3 ; 266/1993 ; 180/1994 ; 136/1996, de 23/Julio ; 20/1997, de 6/Mayo ; 29/2002, de 11/Febrero ; 30/2002 ; 66/2002, de 21/Marzo, FJ 3, 4 y 5; 87/2004, de 10/Mayo, FJ 2 ; 144/2005, de 6/Junio, FJ 3 ; 171/2005, de 20/Junio, FJ 3 ; 326/2005, de 12/Diciembre ; 138/2006, de 8/Mayo ,)

«... la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. [...] Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 177 de la Ley de la Jurisdicción Social.

«Necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador» (STC 29/2002, de 11/Febrero , FJ 3; 168/2006, de 5/Junio , FJ 4).

En los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba; pero para que opere este desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido»; y el indicio que vulnera la libertad sindical y es también motivo de discriminación, al demandante le notifican la incorporación a su puesto de trabajo, privándole así del derecho del que disfrutaba como liberado sindical para llevar a cabo sus labores sindicales como miembro del sindicato CIG, mientras que otros trabajadores de CCOO y UGT conservan ese derecho.

En materia de igualdad son criterios básicos de la doctrina constitucional que: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución , sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (SSTC 22/1981, de 02/Julio ; 49/1982, de 14/Julio ; 02/1983, de 24/Enero ; 03/1983, de 25/Enero ; 6/1984, de 24/Enero ; 23/1984, de 20/Febrero ; 209/1987, de 22/Diciembre ; 209/1988, de 10/Noviembre ; 76/1990, de 26/04 ; 20/1991, de 31/Enero ; 110/1993, de 25/Marzo ; 176/1993, de 27/Mayo ; 340/1993, de 16/Noviembre ; 214/1994, de 14/Julio ; 117/1998 / de 02/Junio; 46/1999, de 22/Marzo ; 200/1999, de 08/Noviembre ; 11/2001, de 07/Mayo ; 200/2001, de 04/Octubre ; 212/2001, de 29/Octubre ; 39/2002, de 14/Febrero ; 103/2002, de 06/Mayo ; 119/2002, de 20/Mayo ; 197/2003, de 30/Octubre ; 27/2004, de 04/Marzo ; 34/2004, de 08/Marzo ; 104/2004, de 28/Junio).

Asimismo se ha mantenido por el intérprete máximo de la Constitución que los órganos judiciales pueden vulnerar el mencionado derecho a la igualdad ante la Ley cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables y, además, la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 de la Constitución no consiente (SSTC 103/1990, de 09/Marzo ; 39/1992, de 30/Marzo ; 20/1994, de 27/Enero ; 103/2002, de 06/Mayo ; y 34/2004, de 08/Marzo).

En todo caso se ha destacado que para apreciar la existencia de desigualdad censurable es necesario acreditar tertium comparationis en régimen de igualdad (SSTC 111/2001, f.2 ; 39/2002 f. 4 y 5; 103/2002 f. 4 ; 39/2003, de 27/Febrero f. 4 ECB), pudiendo decirse que dos individuos -o situaciones- son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un tertium comparationis, que opera como



elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce (SSTC 125/2003, de 19/Junio ; 53/2004, de 15/Abril). Así pues «el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28/Junio ; 80/1994, de 13/Marzo); y es, además, de carácter relacional, pues requiere una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29/Junio) y que las situaciones a comparar sean homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25/Noviembre ; 29/1987, de 06/Marzo ; 1/2001, de 15/Enero ; 119/2002, de 20/Mayo ; 27/2004, de 04/Marzo , por lo que «sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (SSTC 200/2001, de 4/Octubre ; 53/2004, de 15/Abril)

Ello comporta que cuando se alegue la vulneración del principio de igualdad han de superarse dos juicios: (1º) el «juicio de identidad», es decir la necesidad de acreditar la existencia de un nivel suficiente de similitud respecto a la situación de la que se invoca el agravio; y (2º) el «juicio de racionalidad», es decir debe tener una consistencia de *fumus boni iuris*, sin arbitrariedad.

Como punto de partida recordaremos que el poder organizativo y de dirección reconocido a la empresa le permite determinar los trabajadores que han de ser objeto de la regulación de empleo, sin que el ordenamiento jurídico le imponga condición alguna para decidir su exclusión o no de la lista de afectados, salvo la relativa a los representantes legales de los trabajadores, añadiendo la jurisprudencia como límite a tal libertad de elección del empresario cuando se acredita que el criterio utilizado por el empresario es discriminatorio o vulnera un derecho fundamental.

Partiendo de tal planteamiento inicial, y al igual que el Ministerio Fiscal, entendemos que no se aprecia tal discriminación y así:

- En lo que se refiere a que la resolución del expediente está viciada por la existencia de coacciones y amenazas, no es admisible por lo ya expuesto en los apartados anteriores.

- Que la convocatoria del referéndum era desconocida por la CIG porque no se les había hecho la convocatoria formalmente, no vulnera el derecho a la actividad sindical, porque consta que fueron conocedores del mismo desde su colocación en el tablón de anuncios y que su celebración fue acordada como ya dijimos en la reunión del día 25, aunque dicho sindicato no estuviera conforme; que fueron excluidos de la comisión de seguimiento como represalia por no firmar el acuerdo alcanzado en la reunión del 25-6-2015, es hecho no acreditado ya que consta que la comisión se crea y consta en el acta de la citada reunión como anexo a la misma.

- La representación de los trabajadores tuvo desde el momento inicial conocimiento de los criterios de selección utilizados por la empresa, llegando al acuerdo de que el criterio de exclusión referido al cuidado de hijos y/o reducción de jornada, se refería solo a los trabajadores/as que tuvieren reducción de jornada (testifical Lourdes). Y por ello son criterios utilizados por la empresa de carácter objetivo, y no se aprecian datos concretos que permitan afirmar que han sido utilizados, de forma discriminatoria, en perjuicio de alguno de los trabajadores.

Es, por todo ello, que tampoco apreciamos tal vulneración de derechos fundamentales dada la inconsistencia de su alegación y falta de hechos concretos al no proponer términos de comparación que confirmaran la desigualdad y la vulneración del derecho sindical, lo cual nos lleva a declarar ajustado a derecho el despido colectivo y, en consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando la demanda presentada por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA contra la empresa **VIRIATO SA**, y los miembros del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA María Inés , Aida , Aurora , Carlota , y Higinio , declaramos ajustado a derecho el despido colectivo y, absolvemos a las demandadas de todas las pretensiones.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 35 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo.

Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ