

Id. Cendoj: 28079149912016100025
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 991
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 20/07/2016

Nº Recurso: 22/2016

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Procedimiento: Auto de aclaración

Idioma: Español

1

RESUMEN: Despido Colectivo UTE PARQUES SINGULARES. Se confirma la sentencia del TSJ de Madrid que declaró la nulidad del despido por haberse vulnerado el derecho de huelga durante el período de consultas y por vulneración de la buena fe negocial. Se desestiman las modificaciones fácticas propugnadas en el recurso. Se examinan los motivos que sostienen la inexistencia de causa de nulidad y se desestiman. El despido debe ser considerado nulo por vulneración del derecho de huelga, ya que durante la misma y, en el período de consultas del despido colectivo, la demandada sustituyó a los trabajadores huelguistas por trabajadores de otros centros. No procede el examen del motivo relativo a la concurrencia de la causa.

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Ute Parques Singulares, representado y asistido por el letrado D. Antonio Eduardo Gómez de Enterría, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de junio de 2015, dictada en autos número 40/2015, en virtud de demandas acumuladas formulada por Federación de Construcción y Servicios de Comisiones Obreras de Madrid; Federación Regional de Servicios de UGT- Madrid (FES-UGT); Sindicato de Limpiezas y Mantenimiento Urbano de la Comunidad de Madrid de la

Confederación General del Trabajo (FELM-CGT); y Sindicato Único de Oficios Varios de Villaverde de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) y D. Bruno actuando para la Sección Sindical de CNT, contra NIT-LUX SA; GRUPORAGA SA y UTE PARQUES SINGULARES, habiendo sido citado el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, sobre Impugnación Despido Colectivo. Ha sido parte recurrida CC.OO de Construcción y Servicios representado y asistido por el letrado D. Alberto Mansino Martín; la Federación Regional de Servicios de UGT-MADRID (FES-UGT) representado y asistido por el letrado D. José Antonio Serrano Martínez; el Sindicato de Limpiezas y Mantenimiento Urbano de la Comunidad de Madrid de la Confederación General del Trabajo (FELM-CGT) representado y asistido por el letrado D. Casimiro Herráiz Romero; y Sindicato Único de Oficios Varios de Villaverde de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) y D. Bruno, representados y asistidos por el letrado D. Juan Rubiño Mira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Construcción y Servicios de Comisiones Obreras de Madrid, se interpuso demanda de Impugnación de Despido Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: «se declare que a tenor de lo previsto en el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en su apartado 11, se debe declarar NULA la decisión extintiva empresarial notificada a la comisión de representantes y a la autoridad laboral concurrir en la misma fraude de ley, al no haberse llevado a cabo la negociación, bajo el principio de la buena fe, y en fraude de ley, al no hacer entrega de la documentación necesaria de las empresas que conforman la UTE PARQUES SINGULARES, para que los representantes de los trabajadores conozcan la situación de las mismas, al objeto de

poder llevar a cabo una negociación, asimismo no ha existido negociación ninguna acerca de la extinciones, no ha propuesto alternativas a la extinción viables. Así como por eludir durante la sustanciación de la negociación del Expediente de Regulación de Empleo a la parte social, haciendo ofertas paralelas e individualizadas a los trabajadores afectados. Solicitando, igualmente por ello, la declaración de NULIDAD de la decisión extintiva al no haber sido entregada la documentación económica de las citadas, de conformidad con lo establecido en el Art. 124 de la LRJS, en relación con el art. 4.5 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo aprobado por RD 1482/2012, modificado por el RDL 11/2013, de 2 de agosto. Que subsidiariamente a todo lo anterior, el despido colectivo debe ser declarado no ajustado a Derecho; o, subsidiariamente IMPROCEDENTE, por no estar justificadas las causas alegadas, condenándose de manera solidaria a las demandadas».

Por la representación de la Federación Regional de Servicios de UGT-Madrid (FES-UGT), se interpuso demanda de Impugnación de Despido Colectivo. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: «se declaren NULOS los 121 despidos producidos por incumplimiento legales puesto de relieve en el cuerpo de este escrito o subsidiariamente NO AJUSTADOS A DERECHO, con las consecuencias previstas legalmente, al no concurrir causa legal habilitante de los despidos practicado».

Por la representación del Sindicato de Limpiezas y Mantenimiento Urbano de la Comunidad de Madrid de la Confederación General del Trabajo (FELM-CGT), se interpuso demanda de Impugnación de Despido Colectivo. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: «se declaren NULOS los 121 despidos producidos por incumplimiento legales puesto de relieve en el cuerpo de este escrito o subsidiariamente NO AJUSTADOS A DERECHO, con las consecuencias previstas legalmente, al no concurrir causa legal habilitante de los despidos practicado».

Por la representación del Sindicato Único de Oficios Varios de Villaverde de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) y D. Bruno, se interpuso demanda de Impugnación de Despido Colectivo. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: «se declare la NULIDAD de la decisión extintiva y de la novación que como consecuencia del plan de empleo le ha acompañado, o subsidiariamente la declare NO AJUSTADA A DERECHO, con los efectos inherentes a dicha declaración».

SEGUNDO.- Admitidas a trámite las demandas se celebró el acto del juicio en el que las partes actoras se afirmaron en la misma, oponiéndose las demandadas según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 29 de junio de 2015 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Estimamos las demandas acumuladas presentadas por FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (F.E.S.-U.G.T.), FEDERACIÓN DE LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTO (FELM) DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T.), SINDICATO ÚNICO DE OFICIOS VARIOS DE VILLAVERDE DE LA CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO (C.N.T.) y D. Bruno contra GRUPORAGA. SA , NIT-LUX SA. y UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS PARQUES SINGULARES, habiendo sido citados el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, en el procedimiento nº 40/2015 y acumulados sobre **DESPIDO COLECTIVO** , declarando la nulidad de la decisión extintiva operada por "GRUPORAGA. SA Y NIT-LUX SA. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS" y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir, desde la notificación de los despidos hasta la fecha de notificación de esta sentencia, condenando

solidariamente a las empresas que componen la UTE PARQUE SINGULARES, GRUPORAGA. SA Y NIT- LUX SA.

Estimamos la falta de legitimación pasiva de NIT-LUX SA, sin perjuicio de la responsabilidad declarada. Sin costas».

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

«PRIMERO.- "GRUPORAGA. SA Y NIT-LUX SA. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982 DE 26 DE MAYO" abreviadamente "UTE PARQUES SINGULARES" se constituye el 29 de octubre de 2013, mediante escritura otorgada ante notario de Madrid D. Joaquín Corell Corell, con nº de protocolo 3181, con objeto de ejecución d el *"contrato de Gestión Integral del Servicio Público de Parques y Viveros Municipales, lote 2, adjudicado por el Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, así como los trabajos y servicios complementarios o accesorios, incluyendo aquellas ampliaciones y demás variaciones que pudieran producirse "* (folios 314 a 330 de autos).

UTE PARQUES SINGULARES, se constituye con un fondo operativo común de 20.000 euros, aportado por las mercantiles integrantes, en un 95% por GRUPORAGA. SA y un 5% por NIT-LUX SA (folio nº 97 -folio nº 22 del expediente de regulación de empleo remitido por la autoridad laboral).

SEGUNDO.- En fecha 12 de noviembre de 2.013, se produce la adjudicación a favor de la demandada de la Gestión Integral del Servicio Público de Parques y Viveros Municipales, lote 2, formalizándose el contrato el día 27 de diciembre de 2013 (folios 1444 a 1448 de autos, que se dan por reproducidos, e informe de la inspección de trabajo).

La imputación presupuestaria del gasto correspondiente al LOTE 2 ascendía a 153.130.456,63 euros, según consta en el expediente nº NUM000 Lote II del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad (folio 1444 de autos); UTE PARQUES

SINGULARES, se adjudicó el contrato de gestión de referencia por un importe de 94.176.243,36 euros más 17.593.676,95 euros de IVA. El plazo de ejecución sería de 8 años, desde el 16 de enero de 2014 (folios 1445 y 1446).

Consta incorporado a los autos copia del pliego de prescripciones técnicas del contrato de gestión integral del servicio público de parques y viveros municipales - tomo I- (folios 1556 a 1809 de autos, cuyo contenido se tiene por reproducido) en el que se hace constar el personal necesario para la prestación del servicio (folios 1792 a 1797 de autos) así como la referencia al personal con derecho a subrogación según el anexo nº 15 a que refiere el pliego (folio 1795 de las actuaciones) que se tiene por reproducido.

La relación de ofertas económicas presentadas relativas al expediente NUM000 lote 2, constan reflejadas en el escrito de 27 de febrero de 2014 del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, obrante al folio 2615 de autos (certificado del jefe del servicio de contratación del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad de 27 de febrero de 2015) que se tiene por reproducido.

La única oferta por debajo de la efectuada por la demandada para la adjudicación del servicio de referencia, fue efectuada por UTE URBASER SA-IMESAPI SAU, que alcanzó la cifra de 74.835.211,86 euros más 13.980.452,98 euros, en total 88.815.664,84 euros, que fue considerada como "*temeraria*" por el Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad (folio 2616 de los autos); la siguiente oferta más baja fue efectuada por la UTE demandada quien fue la definitivamente adjudicada, siendo las restantes superiores, a excepción de la efectuada por UTE ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS SA-INGENIERÍA Y DISEÑOS TÉCNICOS SAU-EULEN SA que ascendió a 108.335.111,13 euros (91.298.958,49 euros más 17.056.152,64 euros de IVA).

TERCERO.- UTE PARQUES SINGULARES comienza a prestar los servicios de mantenimiento integral de parques singulares de Madrid el 16 de enero de 2014, en relación a los Parques Juan Carlos I, Lineal de Manzanares y Juan Pablo II y a partir de

1 de diciembre de 2014, del Parque Madrid Río (folio 1208 de autos - informe inspección de trabajo- folios 281 a 295 de autos).

CUARTO.- Con fecha 2 de diciembre de 2014, UTE PARQUES SINGULARES, comunicó a los representantes de los trabajadores del centro Madrid Río, la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo del centro de trabajo "MADRID RÍO", requiriéndoles para que dentro del plazo legalmente establecido comunicaran a la dirección la composición de la comisión negociadora , a los efectos de iniciar el período de consultas, de conformidad con lo establecido en el artículo 51.2 del ET (folio 248 del expediente administrativo).

El 9 de diciembre de 2014 se constituye la comisión negociadora, acordándose ponerlo en conocimiento de la UTE PARQUES SINGULARES (folios 1381 y 1382 de autos).

El mismo día se convoca a la comisión negociadora para el 10 de diciembre de 2014, a fin de proceder al inicio del período de consultas, advirtiéndoles que se les haría entrega de la documentación exigida en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2 del RD 1483/2012, de 29 de noviembre por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y que les sería requerido el informe previo y preceptivo a que alude el artículo 64 del ET (folio 287 del expediente administrativo).

El 10 de diciembre de 2014 UTE PARQUES SINGULARES comunica a la comisión negociadora el propósito de la empresa de extinguir los contratos de trabajo de 127 empleados al amparo del artículo 51 del ET, aduciendo causas de naturaleza económica , productiva y organizativa, consecuencia " **del nuevo pliego** de condiciones que supone un cambio de modelo de gestión del mantenimiento integral del Parque Madrid Río, resultando inviable mantener los actuales ratios de personal del citado Parque Madrid Río; y de naturaleza económica, consecuencia de la existencia de pérdidas actuales y previstas"; junto con la comunicación se adjuntó memoria explicativa y la documentación que se indicaba, convocándoles a la primera reunión el

día 16 de diciembre de 2014, adjuntando propuesta de calendario de reuniones (folio 47 a 49 del expediente administrativo que se tienen por reproducidos).

La empresa solicita la emisión de informe a los efectos oportunos (artículo 64.5 a) del ET), lo que se realizó por la representación de los sindicatos CCOO, UGT y uno conjunto de CGT y representantes de la asamblea de trabajadores de la empresa (folio 1209, informe de la inspección de trabajo).

Ese mismo día se celebra reunión con la comisión negociadora y la demandada, en la que se procede a la entrega de la comunicación aludida y se fija el calendario definitivo de reuniones (folio 541 del expediente administrativo).

QUINTO.- La relación de trabajadores afectados por el despido colectivo es la que la empresa hace constar en el documento que obra en el expediente administrativo (folios n^o 195 a 197 del expediente).

SEXTO.- El 11 de diciembre de 2014 UTE PARQUES SINGULARES, comunica a la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid y se cita en su literalidad " *la apertura del preceptivo Periodo de Consultas con la Comisión Negociadora representativa de los trabajadores (constituida el 9 de diciembre de 2014), cuya primera reunión será en fecha 16 de diciembre de 2014, a los efectos de tratar la decisión de despido colectivo que esta Empresa se propone adoptar en relación a 127 trabajadores de la UTE*", indicando las causas y adjuntando la documentación a que refiere el apartado cuarto de la comunicación, así como el calendario de reuniones acordado con la comisión negociadora (folios 6 y siguientes del expediente administrativo).

SÉPTIMO.- El 15 de diciembre de 2014 la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid requiere a la UTE PARQUES SINGULARES a fin de que esta aclare si ha procedido a la subrogación de la totalidad o parte de la plantilla de la empresa URBASER SA; requerimiento que fue cumplimentado por la UTE el 7 de enero de 2015 indicando " *con fecha 1 de diciembre de 2014, la entidad UTE PARQUES SINGULARES procedió a subrogarse en la totalidad de la plantilla que la*

empresa URBASER SA tenía incorporada desempeñando sus funciones en la actividad "conservación y mantenimiento integral del Parque Madrid Río", incluyendo dentro del personal subrogado a la totalidad de la plantilla del centro de trabajo así como a la totalidad de la representación de los trabajadores del centro de trabajo subrogado " (folios 625 vuelta y 626 de autos).

OCTAVO.- En la Memoria explicativa de las causas de despido colectivo obrante a los folios 50 a 103 del expediente administrativo (que se dan por reproducidos), se hace constar que las causas de la medida adoptada son económicas, productivas y organizativas.

La causa económica se fundamentan en:

- la **existencia de pérdidas actuales** , poniendo de relieve que al haber comenzado la UTE su actividad el 16 de enero de 2014, no podían aportarse las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos, por lo que únicamente se aportarían las cuentas provisionales hasta el 31 de octubre de 2014, que serían actualizadas a lo largo de la negociación, y de las que se deriva la situación de pérdidas que justificaría la medida.

En la referida memoria se hace constar que a 31 de octubre de 2014 la cifra de pérdida es de -915.741,95 euros.

- La **existencia de pérdidas previstas** , poniendo de manifiesto que teniendo en cuenta los datos contables, se constata que los importes más influyentes en el resultado lo constituyen las partidas de gastos de personal y que teniendo en cuenta que estos últimos al previo inicio de la prestación de servicios en el Parque Madrid Río, cuando se inicie la referida prestación se producirá un incremento considerable en la partida de los gastos de personal debido al sobredimensionamiento de la plantilla que existe en dicho parque, que no se verá neutralizado por el aumento de ingresos que se produzca como consecuencia de la nueva adjudicación de la UTE; concluye indicando que de no efectuarse la medida extintiva se producirán pérdidas a lo largo de los años

de adjudicación del servicio, lo que supondrá a la finalización de la adjudicación (en el año 2022) una pérdidas totales de -12.835.251,34 euros, situación inasumible a juicio de la demandada.

La **causa productiva** la asienta en el nuevo modelo de gestión y licitación, que establece que la conservación por medición se integra en el precio a abonar por la administración, estando incluidos en el canon de conservación todos los estudios a realizar y los elementos a instalar, sin que la realización de estos suministros sea objeto de facturación adicional.

Entiende que la ratio personal/hectárea de 2,07 es insostenible y sobredimensionada, teniendo en cuenta las ratios establecidas para otros concursos licitados por el Ayuntamiento de Madrid para el mantenimiento de zonas verdes.

La **causa organizativa** entiende es consecuencia de la causa productiva alegada, al resultar necesario organizar la actividad para que la plantilla se amolde a ratios razonables, así como amortizar puestos que resulten duplicados, siendo necesaria a su juicio la amortización de 127 puestos de trabajo, llevando a cabo la prestación del servicio con 111 trabajadores.

NOVENO .- Los **criterios de designación de los trabajadores afectados** por la medida han sido los siguientes (folio 198 del expediente administrativo):

- Análisis de los puestos amortizables teniendo en cuenta la nueva organización para la prestación de los servicios por parte de la UTE.

- Multifuncionalidad de los perfiles profesionales de los trabajadores adscritos a los puestos amortizables.

- Antigüedad en la empresa.

DÉCIMO.- El Inspector de Trabajo y Seguridad Social emitió informe el 10 de febrero de 2015, que obra en el expediente remitido por la CAM (folios 1207 a 1211, que se tienen por reproducidos).

En relación a la identificación de los afectados, la autoridad laboral indicó que en la documentación remitida " *se señalaba con precisión el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados por la medida y de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, como se exige el art. 17.2.b) y c) del RD 1483/2012*"; se especificó el número de trabajadores afectados (121) y las " *distintas medidas empresariales finalmente tomadas, que han sido de cuatro tipos: acceso a un sistema de jubilación, novación a empleo estable, baja indemnizada directa y recolocación diferida, y la que corresponde a cada uno de ellos*" .

En relación con **los criterios de selección** de los trabajadores afectados indica, que los tenidos en cuenta eran " *el análisis de los puestos amortizados valorándose la nueva organización para la prestación de los servicios de la UTE, en segundo lugar la multifuncionalidad de los perfiles profesionales de los trabajadores adscritos a los puestos amortizados y la antigüedad en la empresa* " .

Indica que " *no se ha apreciado ningún caso que como consecuencia de la aplicación de dichos criterios se haya producido alguna situación discriminatoria*" .

Resalta que la empresa presentó a la autoridad laboral con la comunicación del inicio del período de consultas las cuentas anuales de GRUPORAGA SA correspondientes al ejercicio 2013 y de los años 2012 y 2013 correspondientes a NIT-LUX; adjuntándose informe de auditoría de cuentas de los ejercicios 2012 de la empresa GRUPORAGA SA, pero no en relación al año 2013, no aportándose en relación a la otra empresa del grupo auditoría ni declaración firmada de representante legal de estar exenta; habiéndose presentado a la autoridad laboral y entregado a la representación de los trabajadores las cuentas provisionales, balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias hasta octubre de 2014, firmadas por el representante legal de la UTE.

DÉCIMOPRIMERO.- El período de consultas se desarrolló entre el 16 de diciembre de 2014 y el 9 de enero de 2015, en cuya fecha se suscribió acta final sin acuerdo, habiendo tenido lugar un total de seis reuniones que han quedado documentadas y que figuran a los folios 706 a 725 de autos, así como en el expediente administrativo en sus folio 542 y siguientes; actas que se dan por reproducidas íntegramente.

En relación a las mismas se resalta que:

- En el Acta I, la parte social solicitó de la empresa que se entregara la documentación relativa al pliego de cláusulas administrativas referentes a Memoria y plan económico financiero y listado en formato Excel donde constara los trabajadores afectados por la medida en la que se hiciera constar además de los datos que figuraban en el listado general, los relativos a: bases de cotización, fecha de nacimiento, fecha de antigüedad, tipo de contrato y jornada; manifestando la demandada que sería aportada para su análisis.

- En el Acta II la representación de los trabajadores insistió en que fuera facilitado el listado de trabajadores en el que se indiquen el turno y jornada de los mismos, pues en el facilitado por la demandada no constaban estos datos; solicitó asimismo cuentas anuales debidamente auditadas de los dos últimos ejercicios 2013 y 2012 de las empresas GRUPORAGA, SA y NIT-LUX, SA.

Cuentas provisionales a diciembre de 2014 de la UTE, firmadas por su representante.

Cuentas provisionales a diciembre de 2014 de GRUPORAGA, SA y NIT-LUX, SA.

Documentación fiscal que justificara la disminución persistente de ingresos.

Datos económicos del Parque Madrid Río (gastos e ingresos).

La empresa manifestó que las cuentas anuales de GRUPORAGA, SA y NIT-LUX, SA. del año 2013 ya fueron aportadas y que se aportarían las de 2012; y que en relación a que sea aportada la documentación fiscal de que justificase la disminución persistente del nivel de ingresos, que en ningún momento se alega como causa económica esa disminución persistente del nivel del ingresos, no considerando necesaria esa aportación. En lo referente a los datos solicitados en relación a los trabajadores afectados por la medida indicó que se aportarían.

La empresa propuso como medida para la reducción del número de extinciones la prestación de los servicios subcontratados por parte de trabajadores del Parque; y la parte social solicitó la documentación de los servicios subcontratados.

- En el Acta III (folios nº 717 y 718) consta que la parte social requiere a la UTE a fin de que aporte las sanciones impuestas a la misma por indicadores de calidad y el contrato firmado por el Ayuntamiento de Madrid y oferta.

- El 2 de enero de 2015 (folios nº 720 y 721), se celebra reunión con la comisión negociadora (ACTA IV) en la que se hace referencia a una propuesta de la empresa de la que la parte social manifiesta la imposibilidad de su valoración al haberle sido entregado en ese acto; pese a ello la empresa remite ese mismo día a la totalidad de los trabajadores objeto de despido, carta con la propuesta empresarial de, y se cita en su literalidad: " A TODOS LOS TRABAJADORES/AS

Muy señor/a nuestro/a:

Como es conocido, la Dirección de la Empresa ha mantenido las correspondientes reuniones informales con la representación de los trabajadores a lo largo del mes de noviembre al objeto de dar una solución dialogada a la problemática existente en la actividad de Madrid Río, generada por una sobredimensión de la plantilla subrogada para la actividad a desarrollar, y que se ha visto acentuada por un inusual incremento de la contratación indefinida por la anterior concesionaria desde la adjudicación del servicio a esta Ute.

Ya en las mencionadas reuniones informales, la empresa ha manifestado su disposición al diálogo y a la búsqueda de soluciones alternativas de empleo para los trabajadores afectados.

Ante la negativa del comité de empresa y los sindicatos integrados en la negociación a tratar las diferentes medidas propuestas, con fecha 10 de diciembre de 2014, la Empresa se vio obligada a formalizar un expediente de regulación de empleo e instar el correspondiente proceso oficial de discusión y consultas.

Desde el inicio del mismo y ante la inexistencia de propuestas alternativas por la representación de los trabajadores, en la reunión del pasado 2 de enero de 2015, se ha realizado una nueva propuesta empresarial que supone la posibilidad para todos los trabajadores de adscribirse a las siguientes medidas alternativas:

1. ACCESO DIRECTO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA. Por la que los trabajadores con más edad podrán acceder a una jubilación con coberturas salariales garantizadas por la empresa.

2. COMPROMISO DE ACCESO A LA JUBILACIÓN. Por la que los trabajadores con edades cercanas a la jubilación garantizarán su empleo hasta que puedan acceder a la anterior medida.

3. NOVACIÓN A EMPLEO ESTABLE. Por la que se pretende dar un empleo alternativo fijo a tiempo parcial a los trabajadores afectados. La última propuesta empresarial garantiza un empleo por el 55% de la jornada actual.

4. RECOLOCACIÓN DIFERIDA. Por la que la Empresa garantiza una recolocación en un plazo máximo de dos años, con garantías de estabilidad en el empleo tanto interno como externo a la empresa.

5. *CONVERSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL EN MERCANTIL. Por la que los trabajadores recibirán en soporte adecuado y las compensaciones correspondientes para convertirse en empresarios con garantías de trabajo suficiente para el lanzamiento de la actividad.*

Esta nueva propuesta, como siempre, se ha entregado sujeta a la negociación de las partes, manifestando la Empresa una vez más estar abierta a la negociación de estas u otras medidas que pudieran suponer una solución a la compleja situación existente.

Sin otro particular, reciban un cordial saludo.

Fdo. La Dirección UTE PARQUES SINGULARES".

· En el Acta V (folio nº 721 vuelta y 722 de autos) consta el requerimiento de la parte social a fin de que se proporcione explicación más detallada de los conceptos " *aprovisionamiento*" y " *otros gastos de explotación*" que integran la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa.

· En el Acta VI (folios nº 723 a 725 de autos) la empresa realiza una propuesta final y definitiva, que indica disponible para la representación social hasta el lunes 12, que concretó en:

· *Medida de acceso a la jubilación: se incrementara un 5% el porcentaje garantizado, es decir hasta el 78%.*

· *Medida de novación a empleo estable: incremento de la jornada mínima garantizada hasta el 58% de la jornada actual.*

· *Medida de baja indemnizada: incremento de 5 días más por año, del factor B, en cada una de las escalas sobre la última propuesta, de forma que la misma quedaría como sigue:*

- *Mayores de 45 años: 30 días/año*
- *Entre 40 y 45 años: 29 días /año.*
- *Entre 35 y 40 años: 28 días/ año.*
- *Menores de 35 años: 27 días/ año.*

La parte social manifestó que " *considera un acto de mala fe que la empresa haya entregado una carta nominativa a los trabajadores poniéndose con ellos en contacto de forma paralela ,trasladando las propuestas de la empresa incluyendo manifestaciones de parte dirigidas a menospreciar el trabajo realizado por la parte social y que no son fieles a lo acontecido en las reuniones, considerando que se ha saltado el canal legal de negociación presionando a los trabajadores para que se acojan voluntariamente a unas medidas que están siendo discutidas por la parte social"*.

La comunicación de la empresa a la totalidad de los trabajadores a que se ha hecho referencia se produce con anterioridad a la finalización del período de consultas que tuvo lugar el 9 de enero de 2015, sin el conocimiento de la comisión negociadora (documental -folio 1432 de autos-, confesión del legal representante de UTE PARQUES SINGULARES y testifical de Miguel Ángel).

DÉCIMOSEGUNDO.- La demandada entregó a los representantes de los trabajadores al inicio del período de consultas la documentación contable a que hace referencia en su Memoria explicativa ,es decir las cuentas anuales correspondientes al ejercicio terminado el 30 de noviembre de 2013 correspondientes a GRUPORAGA,SA compuestas por el balance de situación, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, estados de flujos efectivo y memoria correspondiente al ejercicio anual terminado el 30 de noviembre de 2013, siendo firmadas por los

Administradores al 19 de diciembre de 2013, y auditadas por el auditor de cuentas, Alberto, e informe de gestión del ejercicio 2012-2013.

En relación a la empresa NIT LUX SA, se entregaron las cuentas correspondientes al ejercicio 2013 depositadas en el registro mercantil (folios 107 y siguientes del expediente administrativo).

En relación a UTE PARQUES SINGULARES se entregaron las cuentas provisionales a 31 de octubre de 2014 (folios 165 y siguientes del expediente administrativo).

El estado de resultados provisionales de la UTE correspondientes al ejercicio anual terminado el 31 de octubre de 2014, fue el que sigue (folio 167 del expediente administrativo).

Importe neto de la cifra de negocios 4.845.261

· Otros ingresos	1337
· aprovisionamiento	(829.065)
· Gastos de personal	(3.862.838)
· Otros gastos de explotación	(908.627)

Resultado de explotación (847.228)

· Ingresos financieros	10.800
· Gastos financieros	(79.314)

Resultado financiero (68.514)

Resultado del ejercicio

(915.742)

Según se desprende del expediente administrativo (folios 165 y 166) la UTE a 31 de octubre el total activo ascendente a 1.783.339 iguala al pasivo de 1.783.339.

DECIMOTERCERO .-Los trabajadores pertenecientes a UTE PARQUES SINGULARES del centro Madrid Río, comenzaron una huelga indefinida el día 15 de diciembre de 2014 a partir de la 7:00 horas, siendo el motivo o causa "*el incumplimiento de la carta de subrogación por parte de la empresa*"; se fijó el comité de huelga; fue comunicada a la demandada UTE PARQUES SINGULARES el 9 de diciembre de 2014 y a la Comunidad de Madrid, Consejería de Empleo y Mujer, Dirección general de Trabajo. Sección de Huelgas, el 5 de diciembre de 2014 (folios 2722 a 2725 de autos).

Se celebró acto conciliatorio, con el resultado de "*sin avenencia*" el 11 de diciembre de 2014 (folios 2731 a 2733 de autos).

Por Decreto de 12 de diciembre de 2014 del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad se establecen los servicios mínimos para la referida huelga (folios 2734 a 2737 de autos).

Durante el desarrollo de la huelga, trabajadores que pertenecían a otros parques efectuaron labores de limpieza en zonas selectivas del parque Madrid Río (testifical y grabación audiovisual aportada y visionada en el acto de la vista).

DECIMOCUARTO.- Finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, la empresa adoptó la decisión de efectuar despido colectivo, que comunicó el 20 de enero de 2015 a la Dirección General de Empleo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la CAM (folio 2301 a 2307 de autos, que se dan por reproducidos). La decisión, basada en las causas organizativas y productivas expuestas en el informe técnico y en la memoria presentados al inicio del período de consultas, afecta finalmente a 121 trabajadores; comunicándole asimismo que al finalizar el período de consultas sin

acuerdo se concedió a los trabajadores afectados el plazo de dos días naturales para que manifestasen el acogimiento a algunas de las medidas propuestas relativas a: "*Acceso a un sistema de jubilación, novación a empleo estable , baja indemnizada directa y recolocación diferida*".

Se comunicó asimismo que los criterios de selección de los trabajadores afectados habían sido: 1º la voluntariedad, 2º análisis de los puestos amortizables teniendo en cuenta la nueva organización para la prestación de los servicios por parte de la UTE; y que para la aplicación de los referidos criterios se había seguido el siguiente procedimiento:

- En primer lugar se ha clasificado la plantilla según el oficio de los trabajadores.
- En segundo lugar, dentro de cada oficio, se han clasificado los trabajadores en función de su categoría.
- En tercer lugar Antigüedad en el servicio (Parque Madrid Río).

DECIMOQUINTO.- Se dan por reproducidos, los informes periciales aportados por CNT como documento nº 3 de su ramo de prueba y ratificado en el acto de juicio por el perito D. Cesareo (folios 2072 a 2088) y el aportado por la UTE como documento núm. 23 (folios 2543 a 2571) y ratificado en el acto del juicio por el perito D. Demetrio.

En el primero se concluye: *"D.- Conclusiones*

1.- La UTE PARQUES SINGULARES y las empresa que la conforman GRUPORAGA y NITLUX, no han aportado las Cuentas Anuales completas al inicio del procedimiento de la propia UTE para 2014, ni tampoco las Cuentas Anuales completas de 2014 de GRUPORAGA y NITLUX, teniendo obligación de ello y siendo información necesaria para

2.- *Tampoco se han aportado informes técnicos claros respecto a la previsión de pérdidas e información complementaria necesaria y precisa para evaluar la causa económica, la proporcionalidad y la adecuación con el número de despidos planteados.*

3.- *Se puede afirmar que no existe situación económica negativa para el ejercicio 2014 en el marco de las empresas que conforman la UTE PARQUES SINGULARES, sino todo lo contrario.*

4.- *Por último, es preciso destacar la no aportación o aportación tardía de información relevante para elaborar el presente informe pericial. Asimismo, es preciso manifestar que no ha sido aportado a autos pese el requerimiento de la Sala al respecto, información y documentación solicitada para elaborar el presente informe pericial, de forma que se pudieran comprobar diferentes extremos de la situación financiera, económica y productiva alegada por la UTE PARQUES SINGULARES y las mercantiles GRUPORAGA y NITLUX, entre otros los criterios tenido en cuenta para medir las previsiones y en qué criterios se basaban las diferentes partidas de éstas. A saber:*

- Libros diarios de UTE PARQUES SINGULARES, GRUPORAGA y NITLUX de 2014, 2013 y 2012.

- Modelo 347 de la UTE PARQUES SINGULARES, GRUPORAGA y NITLUX (2014, 2013 y 2012) para conocer el detalle de las operaciones con terceros con importe superior a 3000 euros, entre ellas la valoración de las subcontrataciones que se pudiesen establecer, tanto entre empresas del mismo grupo cómo también externas.

- Facturas durante 2014 entre las tres partes vinculadas: UTE PARQUES SINGULARES, GRUPORAGA y NITLUX, cómo forma de comprobar el valor y el contenido de la facturación cruzada a la hora de ponderar su adecuación a mercado.

- Informe sobre precios de transferencia a disposición de Hacienda conforme las transacciones entre parte vinculadas se han realizado a valor de mercado. Obligatorio

por el volumen de operaciones entre parte vinculadas según lo establecido en el **Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta 31 de diciembre de 2014 y para ese periodo impositivo)**, en sus artículos 16.2 y 16.3. Asimismo, con un contenido claro, en virtud de lo establecido por el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades , **aprobado por el** Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, en sus artículos 18 , 19 y 20 .

Sea cómo fuere, en opinión de este perito, este es un indicio de, aparte de una actitud obstruccionista a la hora de entregar información para la discusión de las causas y las medidas, es un indicio decíamos de una posible confusión patrimonial en lo que se refiere a las relaciones económicas entre empresas que conforman este grupo. **Se da la circunstancia que no se entrega documentación para comprobar las interrelaciones entre la UTE y las empresas que la conforman** . El que no existan precios de transferencia claros para las interrelaciones entre empresas del grupo y estos estén efectivamente por debajo o por encima de mercado, puede suponer que la UTE realmente esté funcionando como una sola empresa a efectos de intercambio de bienes y servicios para cubrir la actividad mancomunada.

Madrid, 11 de Junio de 2015

Cesareo

Economista".

En el segundo se concluye: "5. CONCLUSIONES

7. La competitividad pasa a ser un factor primordial influenciada de forma decisiva por la productividad y la calidad de los servicios, convirtiéndose estos en "**puntos críticos para la supervivencia de la empresa**"

8. *la situación analizada de la plantilla actual para el servicio integral de conservación del parque Madrid Río arroja la necesidad imperiosa de evolucionar hacia un sistema de gestión basado en la Calidad y la Productividad.*

9. *Esta evolución la cuantificamos, en un dimensionamiento de la plantilla que está definido, en detalle, en las pág. (22) a (26) y que resumimos a continuación. Sin perjuicio de recordar que si se evoluciona hacia un sistema de calidad y productividad, estas cifras tendrán aún margen de mejora para mantener el parque con estándares de calidad similares a los actuales*

7. LA PLANTILLA NECESARIA PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DEL PARQUE MADRID RÍO ES DE: [IMAGEN_28079149912016100025_001.png]

DECIMOSEXTO.- El Parque Madrid Río es un parque de naturaleza singular, que ha de ser " *protegidos y conservados de una manera especial*" según reza el pliego de condiciones técnicas (tomo I.2.2.2 página 14) que se concreta en su " *artificialidad*" al estar construido sobre unas placas de poliespan sobre las que se coloca muy poca tierra, siendo por ello un parque no forestal, y por su " *linealidad*" pues el parque se distribuye a lo largo del río Manzanares y en ambos márgenes del río, siendo un " *parque permeable*" al no estar cerrado, entrando y saliendo los ciudadanos de forma continua; ambas singularidades influyen en el mantenimiento perenne del mismo.

Esta singularidad del parque comporta que al estar construido sobre la carretera M-30 y tener muy poca profundidad el terreno sobre el que se asienta, deriva en una falta de drenaje que unida a su composición arcillosa, hace que al regar la zona, ésta o bien se encharque si se produce un exceso de riego o bien si se deja de regar, la zona asfáltica que hay debajo provoca que las plantas se sequen, debiendo ser dosificado el riego de forma permanente. (Testifical de la arquitecta D^a Isabel y del encargado de mantenimiento de riego).

DECIMONOVENO. - La demandada comunicó a los trabajadores afectados por el despido carta del tenor que sigue: "A/A. REPRESENTANTES TRABAJADORES.

Muy señores nuestros,

Mediante la presente les hacemos entrega de copia de la comunicación remitida en el día de hoy a los trabajadores afectados en el expediente iniciado por la empresa y cuyo período de consultas ha concluido,

Un saludo.

[Nombre Trabajador/a]

Madrid, 12 de enero de 2015.

Muy Sr./Sra. nuestro/a:

Con fecha 10 de enero de 2015 finalizó el periodo de consultas celebrado entre la Representación de la UTE y la Comisión Negociadora, relativo al despido colectivo iniciado por la UTE para el Parque Madrid Río, y que fue presentado ante la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid con fecha 11 de diciembre de 2014.

Al no haberse alcanzado un acuerdo entre la Empresa y la Comisión Negociadora en dicho periodo de consultas, la Dirección procederá a comunicar a la representación legal de los trabajadores, así como a la Autoridad, dentro del plazo de 15 días previsto legalmente, su propuesta final en relación al expediente, así como la propuesta final relativa al Plan Social, el cual le adjunta a la presente comunicación para su conocimiento.

Teniendo en cuenta lo expuesto, le comunicamos que, resultando usted afectado por el expediente de referencia, podrá optar por acogerse a una de las siguientes medidas:

- Acceso a un sistema de jubilación (sólo para edad: mayor o igual a 60 años)

- Novación a empleo estable.

- Baja Indemnizada directa

- Recolocación Diferida

- Conversión de la relación laboral en mercantil.

Queremos informarle que dispone usted de un plazo de 2 días naturales, a contar desde la recepción de la presente, para manifestar el acogimiento a alguna de las medidas propuestas mediante el envío, debidamente cumplimentado, del boletín de adscripción adjunto, advirtiéndole expresamente que, en caso de no manifestar selección alguna, opta usted por la Baja Indemnizada Alternativa, según lo establecido en el plan social.

Asimismo, se le informa que queda usted convocado para el martes 13 de enero de 2015 a las [] horas, a una reunión informativa que tendrá lugar en el "Cantón Nudo Sur" (Perales). En dicha reunión se le informará detalladamente de las diferentes medidas propuestas en la presente carta, y se le aclararán las dudas que puedan surgir en relación con las mismas.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

Fdo UTE PARQUES SINGULARES".

(Folios 2313 y siguientes de autos).

VIGÉSIMO.- Se han aportado como documental listado de trabajadores afectados por el despido (documento nº 3 de los aportados por la demandada folio 2174 y siguientes).

VIGÉSIMOPRIMERO.- En la demanda interpuesta por el Sindicato Único de Oficios Varios de Villaverde de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) consta acta de manifestaciones ante el Notario de Madrid, D. Manuel Hurle González, otorgadas del 2 al 10 de febrero de 2015, nº de protocolo 229, en el que 40 personas manifiestan que son trabajadores de la UTE GrupoRaga SA-Nitlux SA, que se encuentran afiliados al Sindicato Único de Oficios Varios de Villaverde de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) y que forman parte de la Sección Sindical de dicho Sindicato (folios nº 53 a 66), que aparecen relacionados en la lista de trabajadores afectados por el despido (folios 2174 a 2179 de autos)».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de UTE PARQUES SINGULARES, en el que se alega al amparo del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradictorios por los otros elementos probatorios.

El recurso fue impugnado por las partes personadas.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar la estimación de alguno de los motivos del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que procedía su debate por la Sala en Pleno, señalándose el día 13 de julio de 2016 para la deliberación y votación, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación letrada de GRUPORAGA. SA Y NIT-LUX SA. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE PARQUES SINGULARES) formuló Recurso

de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 2015, recaída en el procedimiento 40/2015, por la que se estimaron las demandas acumuladas presentadas por FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (F.E.S.-U.G.T.), FEDERACIÓN DE LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTO (FELM) DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T.), SINDICATO ÚNICO DE OFICIOS VARIOS DE VILLAVERDE DE LA CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO (C.N.T.) y D. Bruno y se declaró la nulidad del despido colectivo acordado por UTE PARQUES SINGULARES y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir, desde la notificación de los despidos hasta la fecha de notificación de esta sentencia condenando solidariamente a las empresas que componen la UTE PARQUE SINGULARES.

La sentencia aquí recurrida, desechando otras causas de nulidad, estimó que debía declarar la nulidad de la decisión extintiva colectiva por un lado, por incumplimiento del deber de negociar de buena fe; y, por otro, por vulneración del derecho de huelga ejercitado por algunos trabajadores durante el desarrollo del período de consultas.

Disconforme con tal resolución, la representación letrada de la UTE PARQUES SINGULARES ha articulado el presente recurso de casación ordinario en seis motivos: los tres primeros dedicados a solicitar revisiones de los hechos declarados probados y los tres últimos denunciando infracción de normas del ordenamiento jurídico.

El recurso ha sido impugnado por los cuatro sindicatos demandantes. El Ministerio Fiscal, en su informe, propugna la confirmación de la sentencia recurrida interesando al efecto la desestimación de los tres motivos dedicados a la revisión fáctica y el motivo quinto; lo que implicaría que el examen del resto de motivos resultase innecesario. Para el caso de que esta Sala estimase el quinto motivo del recurso, propugna la estimación del motivo cuarto y la desestimación del sexto motivo.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del artículo 207.d) LRJS, pretende la modificación del hecho probado octavo mediante la adición de diversos asertos dedicados a incorporar determinadas manifestaciones que constan en las Actas de las sucesivas reuniones del período de consultas citando al efecto los folios y las actas de donde cabe extraer los párrafos que pretende añadir. De entrada, resulta llamativo que las revisiones propuestas se pretendan introducir en el hecho probado octavo que resume el contenido de la memoria explicativa de las causas del despido colectivo y no en el hecho probado décimo primero que se dedica, específicamente, a extraer determinados aspectos de las consultas y de las actas que se suscribieron. En todo caso, el hecho probado octavo establece expresamente que el contenido de la memoria se da por reproducido totalmente; y el hecho probado décimoprimer que las actas del período de consultas se dan por reproducidas íntegramente. En esas condiciones resulta evidente que los extremos que se pretenden añadir ya figuran en la relación fáctica de la sentencia y son valorados por esta Sala, al igual que el resto de extremos que componen la relación de hechos probados de la sentencia recurrida, por lo que procede la desestimación del motivo al constar en la relación de hechos probados los extremos que la recurrente pretende incorporar.

En el mismo sentido y por las mismas causas debe desestimarse el segundo de los motivos del recurso en el que, con correcto amparo procesal, pretende la revisión del hecho probado décimoprimer de la sentencia, consistente en la adición de determinados párrafos que se extraen literalmente de las Actas del período de consultas que, como ha quedado reseñado, se encuentran incorporadas en su integridad en el relato fáctico. En el mismo motivo pretende que se adicione al último párrafo del referido hecho probado la palabra "informativa" a continuación de la expresión "la comunicación"; y que tras la frase "la comunicación informativa de la empresa a la totalidad de los trabajadores" se añada la siguiente expresión "(trabajadores afectados, no afectados, representantes de los trabajadores y miembros de la comisión negociadora)". Todo ello con fundamento al folio 1432 que consiste en copia de la citada comunicación que va dirigida a un trabajador en concreto y en la que figura la expresión "A todos los Trabajadores". Tal revisión no puede admitirse puesto que, por una parte, el calificativo de informativa relativo a la comunicación es una

cualidad de la misma que no se desprende de su contenido y que en nada puede afectar al sentido del fallo; por otro, del documento reseñado no se desprende, de manera indubitada, que tal escrito fuese remitido a personas distintas de aquella a quien va dirigido; siendo además suficientemente expresiva la aseveración del hecho probado de la sentencia que ya señala que la comunicación de la empresa se dirigió a la totalidad de los trabajadores.

TERCERO.- En el último motivo de revisión fáctica, la recurrente pretende la modificación del hecho probado decimotercero de la sentencia. La modificación pretendida es la siguiente: donde el hecho probado dice: "Durante el desarrollo de la huelga, trabajadores que pertenecían a otros parques efectuaron labores de limpieza...." La recurrente pretende que diga: "Con posterioridad al desarrollo de la huelga, trabajadores que pertenecían a otros parques efectuaron labores de limpieza....". Sin necesidad de consideraciones añadidas, la simple lectura de la revisión pretendida revela su absoluta trascendencia. Sin embargo, el fundamento de la modificación no se asienta en documento hábil que revele el error de la sala sentenciadora. Se pretende la revisión en base a tres circunstancias: la primera la existencia de una grabación aportada por CNT y visionada en el acto de la vista; la segunda, su transcripción literal obrante en los folios 2089 y 2090; y, por último, la grabación audiovisual del acto de la vista que se corresponde con la intervención del testigo que efectuó aquella grabación. Ninguno de los tres instrumentos es hábil a efectos revisorios. Respecto a la grabación alegada, la jurisprudencia de esta Sala es constante al negarle el valor de documento hábil a efectos de modificación de hechos probados (SSTS de 16 de junio de 2011, rcud 3983/2010 y de 26 de noviembre de 2012, rcud. 786/2012). Tampoco cabe apreciar valor de documento a tales efectos a la transcripción literal de la conversación del audiovisual citado y la solicitud de que se revise el hecho interesado tras la visualización de la grabación del acto del juicio, esconde en realidad que lo que se pretende es que sea la declaración del testigo que grabó el reiterado audiovisual y que depuso en el acto de la vista oral la que constituya la base de la modificación fáctica mediante la incorporación de la redacción pretendida en clara infracción del artículo 207.d) LRJS que no contempla la prueba

testifical como medio probatorio para la revisión de los hechos probados en el seno de un recurso extraordinario como lo es el de casación.

Precisamente, la Sala sentenciadora deja patente que el hecho que se pretende modificar lo ha obtenido la Sala de la testifical practicada y de la grabación audiovisual aportada y visionada durante el acto de la vista. Y a mayor abundamiento, interesa resaltar que ni del visionado de la grabación aportada ni de su transcripción se desprende lo que interesa el recurrente, a saber: que la intervención de trabajadores de otros parques se produjo con posterioridad a la huelga, sino más bien lo contrario: que se realizó durante la huelga.

Se impone, por tanto, la desestimación del motivo.

CUARTO.- Como interesa el Ministerio Fiscal, procede, seguidamente, el análisis del quinto motivo del recurso en el que se combate la vulneración del derecho fundamental a la huelga, pues si el motivo fuera desestimado, la sentencia debería ser confirmada, haciendo innecesario el examen del resto de los motivos planteados.

En el motivo quinto del recurso, al amparo del artículo 207. e) LRJS se denuncia infracción de normas del ordenamiento jurídico; en concreto del artículo 28.2 CE y de la jurisprudencia aplicativa de dicho precepto.

El análisis del motivo exige partir, por un lado, de los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida; y, por otro, de la configuración constitucional del derecho fundamental a la huelga del artículo 28.2 CE en la configuración que del mismo ha realizado la doctrina del Tribunal Constitucional.

Respecto del primero de los puntos de partida hay que recordar que el período de consultas se desarrolló entre el 16 de diciembre de 2014 y el 9 de enero de 2015, y que los trabajadores pertenecientes a la entidad recurrente del centro de trabajo de Madrid Río convocaron huelga indefinida el 9 de diciembre de 2014 que se desarrolló a partir del día 15 de diciembre y que durante el desarrollo de la huelga, trabajadores que

pertenecían a otros parques y centros de trabajo realizaron labores de limpieza en zonas selectivas del parque de Madrid Río, lo que, a juicio de la sentencia recurrida, pone de manifiesto que durante la huelga se siguieron en la demandada prácticas contrarias al ejercicio de este derecho reconocido en el artículo 28.2 CE al utilizar personal ajeno al centro de trabajo de Madrid Río para realizar actividades que normalmente realizaban los trabajadores de dicho centro, para lo que se utilizó personal de otros centros de trabajo con la clara finalidad de reducir la presión ejercida con la huelga.

En relación a la configuración constitucional del derecho de huelga, a los presentes efectos, la STC 123/1992, de 28 de septiembre estableció que:

«El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37, el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161 C.E.).

La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre...

En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo».

Por su parte, la STC 33/2011, de 28 de marzo indica que:

«la «sustitución interna» de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo.

Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros».

Por tanto, es doctrina del Tribunal Constitucional que la sustitución interna puede constituir el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario. Lo que el ordenamiento jurídico prohíbe es la utilización abusiva del poder de dirección con la finalidad, directa o indirecta, de privar de efectividad a la huelga. Por ello, de conformidad con las previsiones legales (artículo 181.2 LRJS) una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido vulneración del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas aprobadas y

su proporcionalidad. Por ello, ausente toda justificación de la utilización de trabajadores de otros centros para sustituir a los huelguistas, desde el momento en que se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, como lo son los períodos de consultas de los procedimientos de despidos colectivos, para desactivar la presión producida por el paro en un momento crucial de negociación colectiva, no puede sino calificarse como un atentado al derecho fundamental.

QUINTO.- La Sala ha tenido ocasión de analizar supuestos en los que la sustitución de trabajadores en huelga por otros de otros centros de trabajo se produjo en el marco de un despido colectivo, precisamente, durante las negociaciones inherentes a todo período de consultas.

Destacadamente la STS de 20 de abril de 2015, Rec. 354/2014, en un supuesto como el descrito reseñó lo siguiente:

«La STC 33/2011, referida al denominado "esquirolaje interno" no previsto directamente en la norma antes citada, se detiene en destacar que "...la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la CE, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales ...". Y se añade en ella que "la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial ...". Es legítimo ciertamente el poder de dirección del empresario y la ley protege su recto ejercicio, se añade en esa sentencia, pero su utilización "...no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que en tal caso

quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo ...por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del RDLRT 17/1977) y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del RDLRT)". La doctrina constitucional citada ha sido seguida por muy numerosas sentencias de esta Sala entre las que citaremos como muestra las SSTs de 8 de junio de 2011 (rec. 144/2010) y de 5 de diciembre de 2012, (rec. 265/2011), entre otras.

La conducta descrita, llevada a cabo durante el ejercicio de la huelga de los trabajadores de la planta de Fuenlabrada, aplicando la doctrina constitucional antes citada, es manifiesto que vulneró el artículo 28.2 CE, el derecho de huelga de los trabajadores a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga. Desde la perspectiva que rige en toda la tramitación del despido colectivo, esa conducta sería imputable al grupo laboral CCIP constituido por los demandados en este proceso, y desde luego con ella se intentó eliminar, minimizar o paliar el efecto de la huelga, lo que constituye, como se ha dicho una vulneración de ese derecho constitucional.

Pero además hemos de añadir que no es posible aislar, separar la existencia de tal conducta ilícita de CCIP del entorno, de la realidad del conflicto laboral sobre la que se proyectó. Esos hechos ocurrieron durante la tramitación, la negociación del despido colectivo, sobre el que pendían diversas cuestiones por definir definitivamente en ese proceso de consultas.

Precisamente la conducta empresarial incidió de esa manera en el periodo de consultas privando de fuerza y posible eficacia a la posición de la representación de los trabajadores que actuaban en esa negociación utilizando la huelga como medio lícito

de presión ante las propuestas de despido y cierres de plantas del grupo, con lo que de hecho se limitó sustancialmente el objeto, la finalidad esencial que el repetido tiempo de consultas tiene atribuido tanto en el artículo 2.2 de la 98/59, como en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que habrá de versar siempre, como reiteradamente viene poniendo de relieve la jurisprudencia de esta Sala, como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos. En ese escenario es evidente que la alteración de los términos del periodo de consultas que supuso la conducta del grupo de empresas neutralizando o diluyendo el efecto de una huelga directamente relacionada con ese intento de la representación de los trabajadores de evitar o minorar los efectos del despido, alteró de manera inevitable los términos de esa negociación que finalmente fracasó en alguno de sus contenidos, como fue el cierre de las cuatro plantas embotelladoras inicialmente previsto. Todo ello provoca la incidencia de esa vulneración del derecho a la huelga sobre la decisión de despido finalmente adoptada, aunque el despido no fuera una reacción empresarial directa frente al ejercicio de aquél derecho».

Con posterioridad, la STS de 18 de marzo de 2016, (rec. 78/2015) ha reiterado esta doctrina al considerar que conculca el derecho fundamental a la huelga la utilización de trabajadores pertenecientes a otros centros para sustituir a los trabajadores que ejercitaban su constitucional derecho a la huelga que se desarrollaba durante el período de consultas de un despido colectivo que afectaba, entre otros, a trabajadores en huelga, al afirmar que:

«se conculca ese derecho fundamental, debiendo tenerse en cuenta que el art 8.10 LISOS (RDLeg 5/2000, de 4 de agosto) contempla como infracción muy grave "los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio ...", que es lo que en este caso ha sucedido con, al menos, algunos de los trabajadores, según el hecho segundo de la sentencia recurrida, donde también se habla, de trabajadores sustituidos por otros del mismo centro».

SEXTO.- La aplicación de la doctrina transcrita al supuesto examinado resulta plenamente adecuada por cuanto que consta en hechos probados que la recurrente, durante el desarrollo de la huelga (que se produjo coetáneamente al desarrollo del proceso de negociación y consultas), destinó a trabajadores que pertenecían a otros centros de trabajo a algunas zonas cuya limpieza dependía del centro de trabajo en el que se desarrollaba la huelga, desencadenando una situación de esquirolaje interno que convirtió en abusivo el ejercicio del poder de dirección empresarial puesto que tal conducta debe considerarse lesiva del derecho de huelga, habida cuenta del simultáneo desarrollo de un proceso negocial cuya finalidad era, por ministerio de la ley, la búsqueda de soluciones tendentes a reducir o paliar los efectos del despido colectivo. Además la entidad demandada no ha pretendido introducir en la relación fáctica ni ha razonado en ningún momento que el proceder de la empresa tuviese una justificación objetiva y razonable. Por ello, desestimada la revisión fáctica pretendida por la recurrente respecto del momento en que se produjo la sustitución de los huelguistas por trabajadores de otros centros, el motivo del recurso formulado que se examina se construye, exclusivamente, sobre el éxito de la revisión fáctica fracasada y no contiene ninguna alegación ni razonamiento que no sólo pretenda justificar la conducta empresarial, ni siquiera contiene argumentos jurídicos tendentes a tratar de acreditar o evidenciar la infracción jurídica denunciada.

Se impone, por tanto, la desestimación del motivo, lo que exige, como consecuencia necesaria, la confirmación de la declaración de nulidad del despido colectivo por vulneración del derecho fundamental a la huelga, tal como dispone el artículo 124.11, párrafo cuarto LRJS, lo que conlleva la no necesidad de examinar el resto de los motivos del recurso, tal como interesa el informe de Ministerio Fiscal, condenando e costas a la recurrente.

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

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por UTE Parques Singulares, representado y asistido por el letrado D. Antonio Eduardo Gómez de Enterría. 2) Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de junio de 2015, dictada en autos número 40/2015, en virtud de demandas acumuladas formuladas por Federación de Construcción y Servicios de Comisiones Obreras de Madrid; Federación Regional de Servicios de UGT-Madrid (FES-UGT); Sindicato de Limpiezas y Mantenimiento Urbano de la Comunidad de Madrid de la Confederación General del Trabajo (FELM-CGT); y Sindicato Único de Oficios Varios de Villaverde de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) y D. Bruno actuando para la Sección Sindical de CNT, contra NIT-LUX SA; GRUPORAGA SA y UTE PARQUES SINGULARES. 3) Condenar en costas a la entidad recurrente y Decretar la pérdida del depósito legal para recurrir. Ordenar retener las consignaciones efectuadas para que se les de el destino legal que corresponda.

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 D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Lourdes Arastey Sahún D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia **PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala

de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.