



Roj: **STSJ AND 15056/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:15056**

Id Cendoj: **29067340012019101763**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2019**

Nº de Recurso: **681/2019**

Nº de Resolución: **1500/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAMON GOMEZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Málaga, núm. 11, 28-01-2019, (proc. 1153/2017),  
STSJ AND 15056/2019**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN**

**MALAGA**

N.I.G.: 2906744420170015570

Negociado: **PC**

**Recurso: Recursos de Suplicación 681/2019**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 11 DE MALAGA

Procedimiento origen: Conflictos Colectivos 1153/2017

Recurrente: UNION GENERAL DE TRABAJADORES

Representante: JUAN IGNACIO GUTIERREZ CASTILLO

Recurrido: ROYAL AL ANDALUS, S.A. (HOTEL AL ANDALUS)

Representante: FERNANDO DAVID DE LA CRUZ JIMÉNEZ

**Sentencia Nº 1500/2019**

**ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,**

**ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ**

En la ciudad de MALAGA a dieciocho de septiembre de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, , compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por UNION GENERAL DE TRABAJADORES contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 11 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Ilma Sr. /Sra D./ RAMON GOMEZ RUIZ.**



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por UNION GENERAL DE TRABAJADORES sobre Conflictos Colectivos siendo demandado ROYAL AL ANDALUS, S.A. (HOTEL AL ANDALUS) habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 28/01/2019 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

**Primero.-** Que en el HOTEL AL ANDALUS de Torremolinos se ha sustanciado Expediente de Regulación Temporal de Empleo(ERTE), que ha afectado a dieciocho trabajadores, de una plantilla de veintisiete(18 indefinidos y 9 fijos discontinuos), y por el que se acordaba el cierre temporal del centro de trabajo desde el 20 de noviembre de 2017 al 30 de abril de 2018, por causas económicas, organizativas y de producción.

**Segundo.-** El inicio del período de consultas se abre el 02-11-17, tras emitir la empresa correo electrónico a UGT el 31-10-17, contestando a dicho correo D. Iván , en calidad de Representante de los trabajadores del sindicato UGT de Hostelería, el 02-11-17, comunicando a la empresa que el citado período de consultas para un ERTE en su establecimiento debe ser con los representantes legales de los trabajadores, aportando los nombres de los tres representantes que fueron elegidos en las elecciones sindicales de 26-10-17: D. Jeronimo , D. Jon y D. Juan . Por lo que se pospone la primera reunión - fijada el día 2 - para el día siguiente, a las 10:00 horas, enviándoles burofax a dichos representantes, que fueron recepcionados con posterioridad a la mencionada hora.

No obstante, se levantó acta de inicio del ERTE, sin la presencia de los representantes de los trabajadores, si bien la misma fue recogida por D. Juan , a las 13:12 horas, haciéndole entrega de la documentación que refiere, para la presentación de informe, si lo consideran oportuno, en la siguiente reunión el día 6 de noviembre(folios 120- 121).

En dicha reunión de 6 de noviembre, la representación de los trabajadores muestra su disconformidad con el planteamiento del ERTE por parte de la empresa, manifestando que enviará propuesta para que la empresa la conteste el día 10 de noviembre, en que está fechada la siguiente reunión(folio 128). Dicha propuesta es emitida el día 07-11-17, dándola por reproducida en este momento(folios 129-131).

En la reunión de 7 de noviembre la empresa muestra su disconformidad con la propuesta de lo RLT, al considerar que carece de viabilidad económica que asegure el nivel actual de empleo y su continuidad, dando lugar a una situación insostenible desde el punto de vista tanto económico como comercial, realizando su propia propuesta, que doy por reproducida, obrante a los folios 133-134.

La última reunión fijada es de 16 de noviembre, donde la representación de los trabajadores anexa al acta como doc. 1 las conclusiones a que llegan respecto a las propuestas realizadas por la empresa. La empresa considera que el ERTE debe llevarse a cabo y determina las fechas en las que cada trabajador comenzará y finalizará el período del ERTE (folios 135-136 y 137-139).

**Tercero.-** Los motivos en los que la demandada justifica el ERTE son: " ... la existencia de causas económicas, organizativas y de producción.

*Concretamente, las siguientes:*

*El Hotel Royal Al Andalus se encuentra situado en la localidad de Torremolinos, Málaga. Desde la temporada 2011/2012, el hotel es de TEMPORADA, puesto que viene cerrando en período no estival y ello como consecuencia de la grave situación económica y productiva existente.*

*Sucintamente, y durante los últimos años se ha experimentado una grave inestabilidad en la contratación, y una rentabilidad muy por debajo de los niveles aceptables, y ello a pesar de la eventual mejoría económica experimentada. Exactamente, las pérdidas económicas de los últimos ejercicios recogidos en el Impuesto de Sociedades y la previsión del mismo con fecha Septiembre 2017 son las siguientes:*

*Período 2015 2016 2017(hasta septiembre)*

*Resultados -19.114,64€ -21.240,16€ -30.600,00€ económicos por ejercicios*

*Esta situación económica de pérdidas queda justificada en toda la documentación económica que se pondrá a su disposición junto con las memorias explicativas. El escenario económico en caso de no cerrar el Hotel durante los períodos de menor ocupación podría llegar a ser mucho más lamentable, ya que si comparamos los ingresos(posiblemente) logrados con la ocupación prevista para los meses de Diciembre de 2017, y Enero, Febrero, Marzo y Abril de 2018 con los costes que generaría mantener el Hotel abierto, el resultado sería desastroso, y las pérdidas económicas obtenidas situaría a la empresa en uno de los supuestos de disolución*



previstos en el Art. 363.1 de la Ley de Sociedades, dado que el Patrimonio Neto resultante del cierre del ejercicio, resultaría inferior al 50% del capital social. Adjuntamos cuadro sobre la previsión de resultados económicos del Hotel Royal Al

Andalus en caso de permanecer abierto durante los meses de Diciembre de 2017, y Enero, Febrero, Marzo y Abril de 2018:

...(dándolo por reproducido, folio 99)

Que todo lo anterior, muestra claramente que, la actividad de la sociedad derivada de la ocupación hotelera, se concentra en el segundo y tercer trimestre de cada ejercicio y que el permanecer abierto más tiempo incrementa brutalmente la situación económica negativa existente.

Es decir, que si el Hotel Royal Al Andalus abriera al público los 12 meses del año, la situación negativa se vería incrementada, viéndose obligada esta entidad a llevar a cabo medidas más drásticas, como son el llevar a cabo un expediente de regulación de empleo de extinción de los contratos, como consecuencia de ser completamente inviable económica y productivamente.

Por ello, y a los efectos de evitar esa situación, a esta entidad no le queda otra alternativa posible que la de llevar a cabo un Expediente de Regulación Temporal de Empleo respecto a los 18 trabajadores indefinidos, ya que el hotel permanecerá cerrado desde el día 17 de Noviembre de 2017 al día 30 de Abril de 2018, sin existir por lo tanto posibilidad de darles ocupación efectiva a los empleados indefinidos, ..." (folios 98-100).

**Cuarto.-** Con fecha 07-11-17 se comunicó el ERTE a la autoridad laboral.

**Quinto.-** Desde el año 2009 la empresa viene sustanciando anualmente Expedientes de Regulación Temporal de Empleo durante períodos similares, por causas económicas y productivas.

**Sexto.-** Se ha intentado la preceptiva conciliación ante el SERCLA el día 25-01-18 con el resultado de SIN AVENECIA, habiendo comparecido las partes.

**Séptimo.-** La demanda jurisdiccional fue interpuesta el día 14-12-17.

**Octavo.-** ROYAL AL ANDALUS, S.A. ha adelantado la apertura del Hotel al mes de febrero de 2018, reincorporando a toda la plantilla de forma paulatina, según las necesidades.

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO :** Tal como queda expresado en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia desestimó la demanda del sindicato y declaró justificada la medida de suspensión de los contratos de trabajo de todos sus trabajadores durante el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2017 a 30 de abril de 2018.

Frente a dicha sentencia, UGT interpone el presente recurso de suplicación con la finalidad de que se revoque dicha resolución y se estime la demanda, articulando para ello motivos de revisión de los hechos declarados probados y de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, recurso que ha sido impugnado por la empresa.

**SEGUNDO :** En los motivos que interesan la revisión fáctica pretende la parte recurrente la modificación de los ordinales nº 2, 8 y 9 de los hechos probados y la adición de nuevos hechos probados con el ordinal nº 10 y 11, con una redacción respectiva que propone, que se dan por reproducidas, y en base a la documental que cita, de manera que recojan que:

1.- en el 2 que "El inicio del período de consultas se abre el 02-11-17, tras emitir la empresa correo electrónico a UGT el 31-10-17, constanding a dicho correo D. Iván, en calidad de Representante de los trabajadores del sindicato UGT de Hostelería, el 02-11-17, comunicando a la empresa que el citado período de consultas para un ERTE en su establecimiento debe ser con los representantes legales de los trabajadores, aportando los nombres de los tres representantes de los trabajadores, aportando los nombres de los tres representantes de los trabajadores que fueron elegidos en las elecciones sindicales de 26-10-17: D. Jeronimo, D. Jon y D. Juan. Por lo que se pospone la primera reunión -fijada el día 2- para el día siguiente, a las 10:00 horas, enviándoles burofax a dichos representantes, que fueron recepcionados con posterioridad a la mencionada hora.



No obstante, se levantó acta de inicio del ERTE, sin la presencia de los representantes de los trabajadores, si bien la misma fue recogida por D. Juan , a las 13:12 horas, haciéndole entrega de la documentación que se refiere, para la presentación de informe si lo consideran oportuno en la siguiente reunión el día 6 de noviembre (folios 120-121).

En dicha reunión de 6 de noviembre, la representación de los trabajadores muestra su disconformidad con el planteamiento del ERTE por parte de la empresa, manifestando que enviará propuesta para que la empresa le conteste el día 10 de noviembre, en que está fechada la siguiente reunión (folio 128). Dicha propuesta es emitida el día 07-11-17, dándola por reproducida en este momento (Folios 129-131).

En reunión de 7 de noviembre la empresa muestra su disconformidad con la propuesta de la RLT, al considerar que carece de viabilidad económica que asegure el nivel actual de empleo y su continuidad, dando lugar a una situación insostenible desde el punto de vista tanto económico como comercial, realizando su propia propuesta, que doy por reproducida, obrante a los folios 133-134.

En la reunión de 10 de noviembre de 2017 la empresa propuso a la RLT: la posibilidad para aquellos trabajadores que quieran tener el salario de convenio de hostelería, deberán aceptar una reducción de su período efectivo, adaptándose a un período laboral de mayo a septiembre", "anticipo económico a cuenta de retribuciones", "conversión del contrato de fijo a fijo discontinuo", "desistimiento de todas las acciones legales emprendidas por la RLT o sindicato afín sobre ERTES anteriores y conflictos colectivos de ejercicios precedentes"

La última reunión fijada es de 16 de noviembre, donde la representación de los trabajadores anexa al acta como doc. 1 las conclusiones a que llegan respecto a las propuestas realizadas por la empresa. La empresa considera que el ERTE debe llevarse a cabo y determina las fechas en las que cada trabajador comenzará y finalizará el período del ERTE (folios 135-1365 y 137-139)"

2.- en el 8 que en los meses de febrero y marzo de 2018 ROYAL AL ANDALUS, S.A. contrató a un total de 35 trabajadores.

3.- en el 9 que "En el Impuesto de Sociedades de Royal Al Andalus S.A. constan los siguientes extremos:

- La empresa ha realizado "Inversiones con empresas del grupo" por cuantía de 1.745.887 euros (Folio 254).

- En el impuesto constan como "Otros gastos de explotación" 983.205,77 euros (Folio 258).

- En el impuesto consta como "Deudas con terceros" 155.556,59 euros (Folio 259).

-Las sociedades "Arrendamientos Hoteleros del Sur S.A.", "Proturin S.A." y "Royal Romana Playa S.A. tienen una participación societaria del 12,95 %, 38,51 % y 45,00 % respectivamente, no obstante, no consta su situación contable (Folio 253).

- No consta la situación contable de la empresa"

4.- en el 10 que "Al amparo del artículo 64.5 a) y b) del Estatuto de los Trabajadores se emitió Informe del Comité de Empresa en fecha de 6 de noviembre de 2017. En el mismo se hacía constar que:

-No consta la fecha de inicio y terminación de dicho ERTE (apartado Segundo)

-No constan las causas de dicho ERTE (apartado Tercero)

-La plantilla actual de fijos y fijos discontinuos es insuficiente (apartado quinto)"

5.- en el 11 que "El 9 de febrero de 2016 se alcanzó acuerdo con los representantes de los trabajadores para regular las condiciones salariales de los trabajadores durante los años 2016, 2017 y 2018"

Es doctrina jurisprudencial consolidada la de que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral en instancia única y al no existir en el proceso laboral Recurso de apelación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, de manera tal que en el Recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente con arreglo al artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador a quo hubiera podido incurrir, y que para que prospere la revisión de hechos probados solicitada al amparo del artículo 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral deben concurrir los siguientes requisitos: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no



se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Y la revisión pretendida no cumple los expresados requisitos pues no llega a cumplir el de evidenciar por documental invocada de forma directa el error del juzgador con trascendencia a los fines del fallo como se verá, por lo que no puede ser acogida al prevalecer con arreglo a reiterada doctrina legal, la valoración de la prueba practicada realizada por la juez a quo, a cuyo libre y ponderado criterio corresponde como dispone el art. 97.2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, pues dicha valoración, efectuada en uso de la facultad que le viene atribuida legalmente, debe ser respetada y mantenida, siempre y cuando no se demuestre el error padecido por el juzgador, no pudiéndose suplantar la apreciación valorativa de este último por la subjetiva del impugnante, siendo así por otro lado que como se ha dicho carece de trascendencia para alterar el signo del fallo al constar ya en el hecho probado 2 que El inicio del período de consultas se abre el 02-11-17, tras emitir la empresa correo electrónico a UGT el 31-10-17, y en el hecho probado 4 que Con fecha 07-11-17 se comunicó el ERTE a la autoridad laboral, y por otro lado no constar en los hechos probados conclusión fáctica sobre los hechos motivadores y en que se basa la decisión de la empresa demandada impugnada.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

**TERCERO** : Con fundamento en el artículo 193 c) de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, la parte recurrente formaliza otro motivo de suplicación, de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, en concreto, del artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, 4, 5.2, 18 y 18.3 del Reglamento, y de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala, relativa a otro hotel del grupo, en concreto, en la sentencia de 6 de octubre de 2016 [ROJ: STSJ AND 12194/2016]. Sostiene dicha parte que se había producido una falta de formalidad en la negociación, de aportación de la documentación necesaria y falta de buena fe en la negociación, además de no haberse comunicado a la Autoridad Laboral el inicio del periodo de consultas.

La parte recurrida impugna el recurso argumentando esencialmente que no se había aportado prueba documental alguna en la que basar el motivo de infracción, y que -tras dedicar la mayor parte de la impugnación a la cita de la doctrina judicial sobre la indefensión- por parte de la empresa se había proporcionado toda la documentación justificativa de su situación.

**CUARTO**: Dispone el art. 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al regular la Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, que El empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente. 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 dos 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.

El procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días.



La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

La autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación por desempleo.

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, se producirá la caducidad del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado podrá reclamar el trabajador ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. En este último caso, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el periodo de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas. Cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 se podrá reclamar en conflicto



colectivo, sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

2. La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un diez y un setenta por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.

3. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 y normas reglamentarias de desarrollo.

4. Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad."

Y el el 138.7 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, dispone que "

*"7. La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días. La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108 ."*

Las sentencias de la Sala, entre otras, recaídas en Recursos de Suplicación nº 2239/16 y 2375/17, con razonamientos de aplicación al presente caso de ERTE, razona que del examen de los arts. 51, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, y en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación del art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, se deduce que la procedencia de la decisión exige una regularidad formal consistente en que se sigan los procedimientos para ello establecidos y que se cumplan los requisitos formales y trámites exigidos, y además una regularidad material consistente en que se cumplan los requisitos materiales, que existan las razones materiales o causas que justifican la extinción del contrato por causas objetivas o en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación el ERTE, y además que aparezcan probadas; la vía judicial no es un cauce para corroborar y confirmar simplemente la actuación empresarial por sí sola, sino para determinar si ésta actuación se adapta y cumple los requisitos de forma y de fondo establecidos legalmente, debiendo la empresa demostrar el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo determinantes de su decisión modificadora.

En todo caso, y en aplicación de tales preceptos, razones de método exigen que el análisis judicial se extienda en primer lugar al examen de los requisitos formales que pueden dar lugar a la declaración de incumplimiento de tales requisitos en cuyo caso no cabe ya entrar en el análisis de los requisitos materiales de las causas, y, de cumplirse los mismos, ya la decisión judicial debe analizar la concurrencia de tales causas en que se funda la decisión de la empresa demandada.

**QUINTO** : La cuestión planteada en el presente Recurso de Suplicación ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras, en la sentencia recaída en Recurso de Suplicación nº 1748/2017, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivos para cambiarlo, y por razones de seguridad jurídica, unidad doctrinal e igualdad en la aplicación de la ley, por existir una coincidencia esencial.

Del intacto relato histórico Sentencia recurrida, se deducen como circunstancias más significativas para resolver la cuestión litigiosa las de que:

1.- El inicio del periodo de consultas se abre el 02-11-17, con las incidencias que se describen y habiendo tenido una reunión el 6-11-17 con el resultado que se recoge.

2.- Con fecha 07-11-17 se comunicó el ERTE a la autoridad laboral.

Y, como se declara en la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 1748/2017, "siendo por tanto obligada la comunicación previa a la autoridad laboral, y habiéndose omitido en el supuesto examinado, se está ante una infracción de las normas que regulan el periodo de consultas, antes citadas, y



que determinan que la calificación a otorgar a la medida no sea la de injustificada, que interesa la recurrente, sino la de nula, de acuerdo con el citado artículo 137.7, párrafo cuarto, de la LRJS, declaración que es la que debe hacerse con el margen resolutivo que concede el artículo 218.1, párrafo tercero, de la LEC. Quepa señalar finalmente que, aun cuando la doctrina de los tribunales de suplicación no tenga el carácter de jurisprudencia a los efectos de motivar un recurso extraordinario, de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, según tiene dicho la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2004 [ROJ: STS 1598/2004], es lo cierto que esta Sala, en la sentencia que cita la recurrente, confirmó la calificación de nulidad de una medida de suspensión colectiva en la que la empresa demandada no cumplió con la obligación de comunicar a la autoridad laboral el inicio del período de consultas (sentencia de 6 de octubre de 2016 [ROJ: STSJ AND 12194/2016])."

Y en el caso que se analiza ahora en el presente Recurso de Suplicación, al igual que en el analizado en la referida sentencia de la Sala, por la empresa demandada no se han cumplido debidamente los requisitos formales exigidos para el ERTE en el que el procedimiento se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, no existiendo la comunicación previa a la autoridad laboral y apertura simultánea del período de consultas, al ser aquella comunicación de fecha posterior al inicio del período de consultas, no teniendo el período de carácter de previa exigido, por lo que debe declararse nula la medida de suspensión de los contratos los trabajadores por incumplimiento de los requisitos formales exigidos.

Por todo ello, al haberlo entendido así el juzgador de instancia vulneró los preceptos invocados como infringidos, por lo que procede estimar el recurso con revocación de la sentencia y estimación de la demanda con declaración de la nulidad de la medida de suspensión de los contratos los trabajadores de la empresa demandada ROYAL AL ANDALUS, S.A. (HOTEL AL ANDALUS), durante el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2017 a 30 de abril de 2018, y se condena a la empresa demandada a que reintegre a los trabajadores a sus anteriores condiciones de trabajo.

**SEXTO** : Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

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

## FALLO

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.) contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº ONCE de MÁLAGA de fecha 28/01/2019, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.) contra ROYAL AL ANDALUS S.A. (HOTEL AL ANDALUS) sobre CONFLICTO COLECTIVO, y, en su consecuencia, revocando la sentencia recurrida, debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta y declaramos nula la medida de suspensión de los contratos de los trabajadores de la empresa demandada ROYAL AL ANDALUS, S.A.(HOTEL AL ANDALUS), durante el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2017 a 30 de abril de 2018, y se condena a la empresa demandada a que reintegre a los trabajadores a sus anteriores condiciones de trabajo.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la empresa demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número 2928 0000 66 07168213; bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928 0000 66 07168213. las siguientes consignaciones:

- La suma de 600 euros en concepto de depósito.
- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

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