



Roj: **STS 3074/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3074**

Id Cendoj: **28079140012020100743**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/09/2020**

Nº de Recurso: **13/2018**

Nº de Resolución: **746/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3682/2017,**
STS 3074/2020

CASACION núm.: 13/2018

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 746/2020

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 9 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos por el Sindicato de Trabajadores Independiente de Canarias (SITCA), representado y defendido por el Letrado Sr. Redondo Barber, MGO By Westfield, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Navarro Contreras, contra la sentencia nº 127/2017 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 18 de septiembre de 2017 y auto de aclaración de 29 de septiembre de 2017, en autos nº 187/2017, seguidos a instancia de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.-Servicios) contra dichos recurrentes y Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), Abencys Reestructuraciones S.L.P. (en su calidad de administradora concursal de la empresa), sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.-Servicios), representada y defendida por la Letrada Sra. de Pablo Portillo, Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), representada y defendida por el Letrado Sr. Poves Oñate.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.-Servicios) interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare "la nulidad de las medidas adoptadas al amparo del art. 47 del estatuto de los Trabajadores o subsidiariamente se declaren las mismas injustificadas, y se condene a la empresa a reponer a los trabajadores afectados a las condiciones anteriores a la aplicación de las medidas y a abonar los salarios y retribuciones dejados de percibir durante el tiempo que la empresa ha aplicado la medida y a reintegrar el importe de las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores por el Servicio Público de Empleo Estatal durante este periodo."

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

TERCERO.- Con fecha de 18 de septiembre de 2017 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO, por lo que anulamos las medidas colectivas de suspensión de contrato y reducción de jornada, promovidas por la empresa demandada y condenamos a la empresa MGO BY WESTFIELD, SL a estar y pasar por dicha nulidad, así como a reponer a los trabajadores afectados en las mismas condiciones anteriores a su aplicación. Se condena, así mismo, a la empresa ABENCYS REESTRUCTURACIONES, SLP, en su calidad de administradora concursal de la empresa condenada, a estar y pasar por la nulidad a los efectos que procedan".

El Letrado de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras, mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2017, solicitó aclaración de sentencia, que fue resuelta por auto de 29 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por CC.OO., por lo que anulamos las medidas colectivas de suspensión de contrato y reducción de jornada promovidas por la empresa demandada y condenamos a la empresa MGO By Westfield, S.L., a estar y pasar por dicha nulidad, así como a reponer a los trabajadores afectados en las mismas condiciones anteriores a su aplicación y a abonar los salarios y retribuciones dejados de percibir durante el tiempo que la empresa ha aplicado la medida y a reintegrar el importe de las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores por el Servicio Público de Empleo Estatal durante este periodo. Se condena asimismo, a la empresa Abencys Reestructuraciones, SLP, en su calidad de administradora concursal de la empresa condenada, a estar y pasar por la nulidad a los efectos que procedan".

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

"1º.- Grupo MGO, S.A. presentó solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores el 31 de julio de 2014, que concluyó con la emisión, por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, del auto de declaración del concurso de acreedores el 20 de noviembre de 2014

.KLEBERT PROPERTIES formuló una oferta vinculante, que comportaba las obligaciones siguientes:

- La continuación de la actividad. El mantenimiento de 617 puestos de trabajo. La asunción del pasivo laboral por mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores, valorado a fecha del informe de la Administración concursal en un total de 6.9 millones en el escenario de una Liquidación. La inyección de efectivo por importe de 800.000 euros. La asunción de un pasivo concursal por importe de 11.3 millones.

El 29-06-2015 el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó Auto , en cuya parte dispositiva dijo lo siguiente: *SE ACUERDA la ADJUDICACIÓN de la unidad productiva de GRUPO MGO, S.A., a favor de la entidad KLEBERTPROPERTIES, S.L., en los términos resultantes de su oferta vinculante (formalizada en documento fechado a 26 de enero de 2015, adjuntado como bloque documental 1 al escrito de la administración concursal registrado en Decanato el 20 de febrero de 2015) y con sujeción, en cuanto a sus efectos, a lo dispuesto por el artículo 146 bis de la LCy en el presente Auto. Se autoriza a la administración concursal otorgamiento de los oportunos actos para efectividad de lo acordado.*

Interpuestos recursos de reposición frente al Auto anterior por VEL, SA y la TGSS, fueron desestimados por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 19-12-2016. La empresa adquirente pasó a denominarse MGO BY WESTFIELD, SLU, cuyo capital social está dividido entre dos empresas: WESTFIELD CAPITAL S.L. con un 44% de las participaciones y MGO CAPITAL CORPORATE FINANCE S.L. con un 56%. - Dicha mercantil se subrogó en los 617 contratos de trabajo de la unidad productiva adquirida de GRUPO MGO, que en el momento de promoverse el ERTE ascendía a 605 trabajadores.

2º.- La plantilla del Grupo MGO, subrogada por la empresa demandada, se vio afectada por tres ERTES sucesivos (2012, 2013 y 2014), así como por un despido colectivo, que afectó a 400 personas en 2014. Además, se han producido múltiples incumplimientos en materia de la actualización de las tablas salariales.



-El 5-12-2016 dictamos Auto en el procedimiento 21/2016, en cuya parte dispositiva dijimos lo siguiente: *Que, en ejecución del acuerdo suscrito ante la Fundación SIMA el día 15 de junio de 2016 por la empresa MGO BYWESTFIELD, SL., se le requiere para que proceda de forma inmediata a actualizar las nóminas de los trabajadores de la empresa, aplicando las tablas salariales del convenio colectivo para 2011. Se desestima la ejecución en cuanto a la obligación de negociar sobre cantidades pendientes de abono y procedimiento y plazos de liquidación de las mismas.*

3º.- El 17-07-2015 la TGSS certificó la deuda concursal de GRUPO MGO por importe de 8.638.341, 23 euros.

4º.- El 21-02-2017 la empresa demandada se dirigió a los representantes de los trabajadores para convocarles a una reunión para el 23-02-2017, cuyo objeto era tratar la situación con la TGSS, que se celebró efectivamente. - Se acompañó un informe sobre el contencioso, mantenido con la TGSS, que exigía a la empresa hacer frente al pago de las cotizaciones debidas por Grupo MGO desde 2012 por todos sus trabajadores y no solo por aquellos subrogados por la empresa demandada, así como varios escritos de reclamación a la TGSS. - Se adjuntó, así mismo, una diligencia de embargo por importe de 426.241, 51 euros.

5º.- Entre septiembre de 2016 y junio de 2017 la TGSS ha promovido expedientes iniciales de derivación de responsabilidad por deudas contraídas por Grupo MGO (se dan por reproducidos).

6º.- La TGSS ha embargado cuentas corrientes de la empresa demandada por los importes siguientes: IBERCAJA: 7.426, 84 euros; BBVA: 1.937, 60 euros; BANKIA: 63.881, 05 euros; SANTANDER: 497, 05 euros; CAIXA: 219, 77 euros; UNICAJA: 309, 70 euros.

El 3-02-2017 la DGP TGSS Las Palmas embargo 634.883, 69 euros. - La empresa demandada interpuso recurso de alzada frente a la liquidación antes dicha, que fue desestimado por resolución del Director Provincial de la TGSS de Las Palmas de 2-01-2017, cuya cuantía final asciende a 526.058, 55 euros, que ha sido impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

7º.- El 24 de marzo de 2017 la empresa anuncia a la representación de Los trabajadores su intención de iniciar un procedimiento colectivo para la suspensión de actividad en 8 centros de trabajo, así como la suspensión de 345 contratos durante un periodo de 12 meses y la aplicación de reducción de jornada entre un 10% y un 70% a 152 personas. - El 6-04-2017 se constituyó la comisión negociadora del ERTE, compuesta por cuatro vocales de CCOO; tres de CSIF y uno de SITCA.

8º.- El 18-04-2017 se reúne la comisión negociadora, entregándose por la empresa la documentación siguiente:

Documento 1: Escritura pública de poder otorgada por MGO BY WESTFIELD, S.L.U. a favor de Dita. Estrella .

Documento 2: Listado de trabajadores de la Empresa empleados en el último año, especificando su número y clasificación profesional, y desglosado por centro de trabajo, provincia y Comunidad Autónoma.

Documento 3: Listado de trabajadores afectados por la suspensión de contratos y reducción de jornada, especificando número, clasificación profesional, tipo de afectación (suspensión o reducción de jornada) y desglosados por centro de trabajo, provincia y Comunidad Autónoma.

Documento 4: Concreción y detalle de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.

Documento 5: Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por la suspensión de contratos y reducción de jornada.

Documento 6: Comunicación dirigida el 24 de marzo de 2017 por la dirección de la Empresa a los representantes legales de los trabajadores, las secciones sindicales y los trabajadores de los centros sin representación, informándoles de su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada y requiriéndoles para que constituyan la comisión representativa de los trabajadores que actuaría como interlocutora de la Empresa en el periodo de consultas.

Documento 7: Información sobre la composición de la representación legal y sindical de los trabajadores en la Empresa. Incluye (i) comunicaciones a la Empresa sobre la constitución de las secciones sindicales de CC.OO., CSIF y SITCA y (ii) acta de escrutinio de las últimas elecciones a Delegados de Personal y Comités de Empresa y el acta de constitución de esta representación legal de los trabajadores.

Documento 8: Acta de constitución de la comisión representativa de los trabajadores de fecha 6 de abril de 2017, integrada por los miembros designados por las tres secciones sindicales en función de su representatividad entre los órganos de representación legal de los trabajadores.

Documento 9: Comunicación remitida por la Empresa a los miembros de la comisión representativa, por la que se les informa de la decisión de la Empresa de posponer el inicio del procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada hasta el martes 18 de abril de 2017.



Documento 10: Comunicación de inicio del periodo de consultas a la comisión representativa de los trabajadores, de fecha 18 de abril de 2017.

Documento 11: Comunicación remitida en fecha 18 de abril de 2017 a los representantes legales de los trabajadores, así como a los delegados sindicales de las tres secciones sindicales, solicitando la emisión del informe al que se refiere el artículo 64.5.a) del ET y el artículo 17.3 del Reglamento.

Documento 12: Acta de fecha 18 de abril de 2017 de constitución de la comisión negociadora en el periodo de consultas de la suspensión de contratos y reducción de jornada.

Documento 13: Memoria explicativa de las causas coyunturales económicas, organizativas y de producción del procedimiento de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada.

Documento 14: Informe Técnico, adicional a la Memoria Explicativa, acreditativo de las causas coyunturales económicas, organizativas y de producción del procedimiento de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada, elaborado por la consultora externa Accuracy. Incluye una sección específica sobre los criterios utilizados para la estimación de las pérdidas previstas y el volumen y el carácter permanente de esa previsión de pérdidas.

Documento 15: Cuentas anuales de MGO, correspondientes al ejercicio 2015, integradas por cuenta de pérdidas y ganancias, balance de situación, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión, debidamente auditadas e inscritas en el Registro Mercantil.

Documento 16: Cuentas provisionales de MGO, correspondientes al ejercicio 2016, integradas por cuenta de pérdidas y ganancias, balance de situación y balance de sumas y saldos, firmadas por los representantes de MGO.

Documento 17: Cuentas provisionales de MGO, correspondientes al mes de enero de 2017, integradas por cuenta de pérdidas y ganancias, balance de situación y balance de sumas y saldos, firmadas por los representantes de MGO.

Documento 18: Informe de la evolución mensual de la cifra de facturación por línea de producto/servicio, correspondiente al ejercicio 2015, 2016 y enero de 2017.

Documento 19: Evolución mensual de la cartera de clientes correspondiente al ejercicio 2015, 2016 y enero y febrero de 2017.

En el documento se precisó que, como quiera que existe un plazo legal de hasta tres meses para auditar las cuentas anuales desde el cierre de cada ejercicio, a fecha de la presente no se ha completado aún la auditoría de las cuentas anuales de 2016 de la Empresa. No obstante, tan pronto como sea posible, se entregará a la comisión representativa de los trabajadores y a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social las cuentas anuales auditadas de 2016 que integrarían, asimismo, el estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, la memoria del ejercicio e informe de gestión, en caso de que se complete la auditoría antes de la finalización del período de consultas.

La empresa explica las razones de las medidas, derivadas del contencioso con la Seguridad Social y anticipa su decisión de promover un concurso de acreedores.

Los consultores externos explican, a continuación, su informe técnico, subrayando que la deuda de Seguridad Social, asumida por la empresa y reconocida en el Auto del Juzgado Mercantil, ascendía a 3.000.000 euros.- Sin embargo, la TGSS reclama 9.000.000 euros, lo cual constituye una catástrofe para la empresa, que no va a poder licitar en las AAPP, ni tampoco en las grandes empresas, que requieren certificaciones de estar al corriente de pago en las cotizaciones de la Seguridad Social, provocándoles, por otra parte, un grave problema de liquidez, derivado de los plazos de pago de los clientes y la necesidad de abonar los salarios, que es el principal gasto de la empresa. - Se subraya, por otro lado, que se han producido embargos por 700.000 euros y se enfatiza que, si no se ahorran 700.000 euros mensuales la empresa no podría sobrevivir, siendo esas las razones principales de las medidas.

La RLT pregunta cómo es posible que la TGSS actúe contra lo autorizado por el Juzgado Mercantil y se le informa que la empresa ha recurrido las resoluciones administrativas. - La RLT duda sobre la posibilidad de atender la cartera de clientes con una plantilla tan reducida, a lo que se le contesta que se ha hecho un estudio pormenorizado para ajustar la plantilla a la evolución de la cartera de clientes. - Se pregunta, a continuación, sobre el tiempo de reducción y sobre las personas afectadas y la empresa responde que no hay criterios uniformes y que se han establecido unos criterios de selección.

Segunda reunión: 24-03-2017



El asesor jurídico de la empresa explica los motivos del conflicto con la TGSS, que se ha apartado, a estos efectos, de las condiciones de adjudicación del Juzgado Mercantil, que implicaban asumir únicamente la deuda de Seguridad Social de los trabajadores subrogados y reclama la totalidad de la deuda. - Subraya que se trata de una situación coyuntural, ...porque antes o después estos procesos tienen que concluir y que se espera sea favorable a los intereses de la empresa.

La RLT desconfía de la propuesta empresarial, porque considera que se va a perder la mayor parte de la clientela y anuncia que acudirá con expertos contables para constatar si hay salida real o no la hay. - Pide también la solicitud de concurso. - La empresa procura tranquilizar a la RLT, le informa que ha ampliado su capital y que ha recurrido todos los procedimientos administrativos.

La RLT pide, como documentación complementaria: los costes de los alquileres, viviendas de directivos y sede social de la empresa; rangos salariales por categorías profesionales y número de trabajadores; ratios y costes de servicios externalizados; presencia del Director de Producción y del Director médico en próximas reuniones, proponiéndose por la empresa que acudan los Gerentes de zona; estado de la escisión de Gemini Real Estate y cualquier otra escisión producida; información sobre pago de deudas a proveedores; solicitud de concurso y modelo 347 de Hacienda. - La empresa se compromete a recopilar dicha información.

La RLT denuncia contradicciones en la documentación aportada y la empresa admite que se ha producido algún error, remitiéndose al informe técnico, que es donde se contienen los datos correctos, advirtiendo, no obstante, que los criterios de selección no se han visto afectados.

Se pregunta cómo mantener la cartera de clientes con - 70% de la plantilla y la empresa responde que la cartera va a disminuir, por lo que se primarán las zonas más rentables. - Los consultores externos subrayan que se va a producir una disminución del 60% de la cartera de clientes.

Se pregunta, a continuación si el concurso tiene por finalidad la liquidación de la empresa, quien contesta que se trata de salvar aquello que sea salvable. - Se pide información sobre los litigios, promovidos por trabajadores de la empresa cedente y la empresa contesta que están ante el TS. - Se pregunta sobre el contrato del Consorcio de Aguas y la empresa responde que no es rentable. - Se inquiera sobre los listados y su eventual modificación y la empresa manifiesta que es negociable, siempre que no se alteren los criterios de afectación. - Se debate sobre adscripciones voluntarias, así como sobre las cláusulas contractuales de exclusividad, respondiéndose por la empresa que todo es negociable. - También sobre la reposición de los trabajadores, respondiéndose que se hará con arreglo a criterios objetivos, manifestando que estudiará la afectación de trabajadores que hayan utilizado ya parte de sus prestaciones por desempleo y admite también estudiar la situación de los trabajadores mayores de 55 años, cargas familiares, violencia de género y se informa que la empresa no tiene intención, por el momento, de extinguir contratos de trabajo. - Se acuerda finalmente prolongar la negociación hasta el 3-05-2017.

CCOO manifestó su malestar con la medida, para lo cual listó los ERTES y ERE anteriores, manifestándose por la empresa que dicha desconfianza era lógica, pero que había que atender a las circunstancias sobrevenidas.

El 24-04-2017 la empresa aportó a la DGE los recibís de las cuentas provisionales de enero 2017 y las cuentas provisionales de febrero de 2017, consistentes en cuenta de pérdidas y ganancias, balance de situación y balance de suma y saldos, anunciando que, en el momento en que se cierren las cuentas provisionales de marzo 2017 se aportarán las mismas. - La empresa envió a la RLT por correo las cuentas provisionales de febrero de 2017 el mismo 24-04-2017.

El 25-04-2017 la empresa notificó a la DGE las subsanaciones, aclaradas en la reunión de 24-04-2017 y señaló que los centros, afectados por la suspensión, eran veintiuno.

Tercera reunión: 26-04-2017

CCOO se negó a firmar el acta anterior, porque no se le remitió con tiempo, si bien advirtió que, una vez revisada, procedería a su firma en la siguiente reunión.

La empresa informa de las subsanaciones realizadas ante la Autoridad Laboral y explica algunas de las medidas tomadas frente a la TGSS, como solicitudes de aplazamiento de deuda. - Procede, a continuación, a informar que el coste de alquileres asciende a 130.000 euros al mes, equivalente al 6% de las ventas, cuya renegociación no permitiría reducir 700.000 euros de gasto y advierte que se pretende reducir su coste a 112.000 euros. - CCOO manifiesta su desacuerdo con la información aportada y la empresa le responde que es suficiente para que el período de consultas alcance sus fines, aunque se compromete a estudiar si puede desglosar dicha información. - Se entregan el importe de salarios por rangos, categoría profesional y número de trabajadores, manifestándose por CCOO que le ha pedido información individualizada, contestándose por la



empresa que debe estudiar la afectación de la protección de datos y advierte que la información es suficiente para el fin propuesto. - Se debate, a continuación, sobre filtraciones informativas, que la empresa reprocha.

La empresa se remite al informe técnico para explicar los costes de los servicios externalizados y CCOO reclama un desglose de la cuenta de explotación, porque hay un fuerte desfase entre 2015 y 2016, explicándose por la empresa que las cuentas de 2015 comienzan en septiembre. - CCOO reprocha que no se hayan aportado los contratos con las empresas, como se había solicitado.

La empresa informa que no se pretende vender cartera y reprocha que nadie haya dicho nada sobre la situación con la TGSS. - La RLT informa que se reunirá con la TGSS en mayo y subraya que el proceso, reclamándose 9 MM euros, será muy largo, respondiendo la empresa que ha hecho todo lo que está en su mano, solicitando, incluso, medidas cautelares para impedir los embargos.

La empresa informa sobre las deudas del Grupo MGO y anuncia que está renegociándola. - Entrega, a continuación, la solicitud de concurso. - La empresa explica que no es posible, por razones de coste, el desplazamiento de los directivos solicitados en la reunión anterior, aunque manifiesta su voluntad de informar sobre cualquier extremo. - La empresa explica, a preguntas de CCOO, que el número de médicos está señalado en la documentación de 18-04 y precisa que la organización concreta se realizará por los gerentes de zona.

La RLT manifiesta sus dudas sobre la viabilidad de la medida, sobre el tiempo de ejecución y los criterios de afectación, respondiéndose por la empresa que se ha buscado aplicar las medidas menos agresivas.

CCOO manifiesta su desacuerdo con las medidas y reclama la información requerida. - Denuncia que la empresa no ha justificado la causa productiva, lo que se niega por los consultores externos que se remiten a su informe. - Explican también a CCOO, que la evolución de la cartera de clientes está perfectamente explicada en su informe. - CCOO propone que se reduzcan salarios, siendo esa la razón por la que ha pedido su individualización. - La empresa propone a CCOO que presente alternativas y CCOO responde que las presente la empresa, respondiéndose por ésta que su propuesta es reducir costes en 700.000 euros mensuales. - CCOO responde que la medida provocará pérdida de clientes y los consultores le responden que se ha hecho un estudio pormenorizado de la cartera de clientes con base a las ventas de febrero 2017. - CCOO reclama la estructura de la empresa y la empresa responde que ese era el objetivo de la reunión, respondiéndose por CCOO que no puede tratar el tema porque no tiene información suficiente. - La empresa responde a CCOO, que está estudiando las adscripciones voluntarias, así como la aplicación de cláusulas de exclusividad.

La CR, por un lado y CCOO, por otra, debaten con la empresa sobre la viabilidad de la medida, subrayándose por la empresa que el desencadenante de todo el proceso ha sido la actuación de la TGSS.

La empresa pide concreción y CCOO manifiesta que tiene algunas propuestas, pero que no puede compartirlas si desconoce qué contratos se van a renovar y cuáles son los trabajadores afectados, respondiéndose por la empresa que los contratos pueden arreglarse, pero no los trabajadores. - El resto de los representantes dice que no está de acuerdo en prolongar el período de consultas más allá del 3 de mayo.

Cuarta reunión: 28-04-2017

La empresa se opone a subsanar el acta de la reunión del día 24 en lo que afecta a las razones de las medidas de flexibilidad interna y externa, promovidas por la empresa cedente. - Las secciones sindicales de CSIF y SITCA manifiestan que la representación social debe hablar como tal y no diferenciadamente.

La empresa entrega el modelo 347 e informa verbalmente del desglose de alquileres, comprometiéndose a negociar su reducción y manifiesta que no procede desglosar individualizadamente los salarios. - CCOO dice que el modelo 347 no está completo, se opone a la decisión de no desglosar individualmente los salarios.

CCOO propone que la medida afecte a toda la plantilla, salvo trabajadores en situaciones particulares o sensibles; reducción de jornada del 40% en vez del 70%; reducción salario de los directivos; excedencia voluntaria de 12 meses compensada con 3000 euros; eliminación vehículos de la empresa; desafección de trabajadores, que no vayan a percibir 12 meses el desempleo; protocolo objetivo de desafección y no movilidades geográficas forzosas.

Los demás componentes de la comisión social proponen: rescindir arrendamientos de centros no operativos; reducir al máximo los vehículos de la empresa; criterios de desafección; desafeccionar a los que no vayan a cobrar desempleo; eliminación de contratos eventuales y no renovación de los vigentes; no solapar a los afectados con otras medidas; concretar jornada de los afectados; reducción de jornada un máximo del 50% y afectar en la suspensión a un máximo de 270 trabajadores y 119 en la reducción de jornada; reducir las medidas a un máximo de 9 meses; posibilidad de adscripción voluntaria; no aplicar cláusulas contractuales de exclusividad; afectación de trabajadores en función de la rentabilidad de los centros de prevención.



La empresa responde que no es posible afectar a toda la plantilla, puesto que la situación no es homogénea, oponiéndose CCOO, quien considera inviable la postura empresarial; la empresa se opone a la reducción salarial de los directivos, porque provocaría extinciones indemnizadas e informa que ha afectado a 21 directivos en las medidas; la empresa informa que el 46, 15% de directivos está afectado por la suspensión y el 10, 25% por la reducción de jornada; la empresa informa que no es posible aplicar un máximo de 40% o 50% de reducción a toda la plantilla, aunque se compromete a estudiarlo; la empresa se compromete a estudiar en qué casos es posible suspender las cláusulas de exclusividad; sugiere que habría que establecer un límite a las excedencias propuestas; informa que el precio del renting de los vehículos es de 27.500 euros al mes, pero su cancelación anticipada ascendería a 1, 5 MM euros; manifiesta, además, que no sabe exactamente el número de trabajadores, que no percibirían 12 meses de desempleo y propone que sea ese uno de los criterios de desafectación, de manera que se vayan reincorporando según extinguen sus prestaciones, admitiéndose por todos que ese sería el primer criterio de desafectación; la empresa subraya, además, que se desafectará según se recupere la actividad; la empresa informa que no pretende tomar otras medidas, ni tampoco realizar movilidades geográficas y que está negociando permanentemente la reducción de los alquileres; admite estudiar las adscripciones voluntarias y la no renovación de los contratos eventuales y que tendrá en cuenta la situación de colectivos sensibles; admite, cuando sea posible, que los afectados elijan la concreción de la reducción horaria; admite estudiar la reducción de suspensiones a 270 trabajadores, así como las 119 reducciones y concluye que no puede comprometerse a reducir las medidas a 9 meses.

CCOO manifiesta su visión sobre las dificultades del sector de la prevención, al margen de la deuda de 9 MM euros, reclamada por la TGSS. - Todas las partes aceptan realizar una nueva reunión el 3-05-2017.

Quinta reunión: 3-05-2017

La empresa manifiesta que no es posible la afectación de toda la plantilla, pero si cabe afectar a todas las categorías profesionales; se opone a reducir la jornada a todo el personal directivo; propone reducir un máximo del 60% de la jornada; admite excedencias voluntarias, compensadas con 1000 euros como contrapartida a no realizar competencia a la empresa; explica que el renting se utiliza exclusivamente para actividades profesionales; acepta no incluir a trabajadores sin derecho a prestaciones, así como a su desafectación cuando las extingan; admite no aplicar otras medidas por las mismas causas; admite no aplicar movilidades geográficas, pero si desplazamientos que no requieran cambios de centro de trabajo; acepta que se tenga en cuenta la opinión del trabajador al concretar su jornada; informa que habrá una reducción progresiva de los afectados; niega la posibilidad de reducir el plazo a 9 meses y propone como criterios de desafectación: agotamiento desempleo, recuperación de actividad, igualdad de condiciones entre trabajadores con salario inferior, siempre que su ingreso sea coherente con las necesidades de la empresa.

CCOO pregunta a qué período de prestaciones se refiere la empresa, quien contesta que a las generadas desde la subrogación. - CCOO admite un máximo de reducción del 60% de jornada para directivos y un 40% para el resto del personal y que no haya salarios superiores a 60.000 euros, reprocha que las cláusulas de exclusividad son abusivas e insiste en financiar una reducción máxima del 40% para el personal con una reducción del 60% a los directivos. - CCOO insiste en acotar el número de afectados, respondiendo la empresa que no puede reducir las cifras propuestas por la RLT, pero sí reducir el número de afectados, a lo que la CR dice que espera una contraoferta.

Tras un receso, CCOO insiste en fijar un salario máximo de 60.000 euros, o la reducción de jornada hasta alcanzar dicho tope, lo que se considera no igualitario por la empresa. - CCOO indica que la reducción de jornada del personal debe moverse entre el 15 y el 40%; excedencias voluntarias compensadas con 3000 euros, planteándose por la empresa que el incumplimiento tenga consecuencias disciplinarias, lo que se acepta por la RLT. - Desafectación de trabajadores sin prestaciones o que solo tengan derecho a 3 meses, comprometiéndose la empresa a averiguar cuantos trabajadores estaban en dicha situación; no desplazamientos a más de 50 Km o que obliguen a pernoctar fuera del domicilio, entendiéndose por la empresa que dicha medida contradice su práctica habitual y que no resolvería absolutamente nada. - Los demás miembros de la RLT aceptan la propuesta de concreción de reducción de jornada y que se mantengan únicamente 7 contratos eventuales mencionados por la empresa.

Tras otro descanso, la empresa informa que hay solo 11 trabajadores con sueldos de 60.000 euros, de los cuales están afectados 6. - De los 5 restantes, 3 se van a ocupar de 5 unidades territoriales y los otros 2 se ocupan de seguir y resolver los problemas con la TGSS, lo que imposibilita reducir su jornada.

La empresa acepta una reducción de jornada entre el 15 y el 50% e informa que si el máximo fuera el 60% supondría un coste adicional de 100.000 euros. - Acepta excedencias voluntarias compensadas con 1500 euros. - La empresa informa que hay 2 trabajadores, que no percibirían prestación por desempleo, pero no



pueden ser excluidos, porque están en centros que se cierran. - La empresa informa que no se van a producir traslados y que se mantendrá la situación como hasta ahora.

CCOO manifiesta que la propuesta empresarial no va a resolver los problemas con la TGSS y subraya que no se le ha entregado ni el modelo 347, ni tampoco los salarios individualizados, lo que acentúa su desconfianza en la propuesta empresarial. - Denuncia, por otro lado, que la empresa no ha cumplido lo resuelto por Auto de la Audiencia Nacional y que las medidas impuestas no van a permitir recuperar la viabilidad de la empresa. - Denuncia también que se haya incrementado el número de trabajadores con salarios de 70.000 euros, cuando la plantilla ha sufrido todo tipo de medidas en un período muy breve. - La empresa reprocha el inmovilismo de CCOO y defiende sus propuestas, que permitirán desafectar a un gran número de trabajadores. - CSIF y SITCA manifiestan su apoyo a la propuesta empresarial, por lo que el período de consultas concluyó sin acuerdo.

El 5-05-2017 la empresa comunicó a la RLT la aplicación de las medidas, si bien se reduce el número de suspensiones a 318, al haberse producido 24 bajas voluntarias, precisándose los supuestos en que se aplicará progresivamente. - Se reduce, así mismo, el número de reducciones de jornada entre el 10% y el 70% a un total de 152 a 151, aunque la empresa ajusta las reducciones del 50% al 40% a 5 trabajadores, y del 70% al 50% a 1 trabajador y desafecta a 2 trabajadores, que tenían inicialmente una reducción entre el 20% y el 50%.

El 6-05-2017 se notificó la medida a la Dirección General de Empleo.

9º.- El 28-06-2017 el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó Auto, mediante el que declaró a la empresa demandada en concurso voluntario de acreedores. - Se nombra administrador concursal a ABENCYS REESTRUCTURACIONES, SLP.

10º.- En el ejercicio 2015 (septiembre-diciembre) la cifra de negocios de la empresa demandada ascendió en euros a 6.315.292, 95; en 2016 a 23.809.088, 40; en enero de 2017 a 1.963.120, 06; en febrero 2017 a 4.307.582, 67. Sus gastos de personal en 2015 ascendieron en euros a - 4.578.344, 72; en el ejercicio 2016 ascendieron a -17.982.437, 02; en enero de 2017 a - 1.407.435, 98; en febrero 2017 a - 2.987.471, 98. Sus resultados de explotación en euros ascendieron en 2015 a 520.743, 14 euros; en 2016 a - 815.136, 01, presentando un EBITDA de - 241.841, 22; en enero de 2017 a - 83.025, 89 y en febrero 2017 a -73.284, 81. Su resultado financiero en 2015 ascendió en euros a - 12.624, 99; en 2016 a - 15.233, 41; en enero de 2017 a - 579, 11 y en febrero 2017 a - 1.073.041. Los resultados del ejercicio en 2015 ascendieron en euros a 490.976; en 2016 a - 830.369, 42; en enero 2017 a - 83.605, 10 y en febrero 2017 a - 16.058, 05. En el ejercicio 2015 la empresa tenía unas deudas a corto plazo por importe de 324.478, 37 y de 9.839.364, 67 a largo plazo. - En febrero de 2017 sus deudas a largo plazo ascienden a 15.288.502, 21 euros y de 2.733.220,76 las deudas a corto plazo.

11º.- La empresa demandada no se ha podido presentar su oferta, al inicio del procedimiento, a 159 licitaciones por valor de 11.131.613, 06 euros/año y un importe total de 17.501.015, 01 euros. La empresa presenta un grave problema de tesorería, derivado de unos márgenes operativos bajos, incluso negativos, puesto que la mayoría de sus costes son fijos, especialmente los gastos de personal, mientras que sus clientes les pagan a 120 días y en algunos casos más, se han producido ingresos en las cuentas del Grupo MGO por importe de 648.000 euros, existiendo problemas para el cobro de los clientes, así como los embargos realizados por la TGSS. Los accionistas de la empresa ingresaron 1.000.000 euros en 2016. - Si no se hubiera inyectado ese dinero su tesorería habría producido un resultado negativo de - 648.000 euros. - En febrero de 2017 la deuda financiera de la empresa ascendía a 15 MM euros.

12º.- Las previsiones de cartera, realizadas por la empresa demandada, ascienden en miles de euros a 2.334 (febrero 2017); 2.934 (marzo 17); 1.617 (4/17); 1.488 (5/17); 1.033 (6/17); 1.270 (7/17); 1.348(8/17); 1.346 (9/17); 1.151 (10/17); 1.287 (11/17); 1.310 (12/17); 1.393 (1/18); 1.334 (2/18); 1.332 (3/18). -Si se confirmara ese volumen de cartera con unos costes salariales fijos de 1.437.000 euros mensuales, el EBIT y el EBITDA serían negativo desde el mes de abril y provocarían los resultados operativos siguientes: -528 (4/17); - 549 (5/17); -1.001 (6/17); - 673 (7/17); - 574 (8/17); -582 (9/17); - 789 (10/17); - 666 (11/17); - 654 (12/17); - 537 (1/18); - 597 (2/18) y - 599 (3/18). De mantenerse las previsiones de cartera ya mencionadas y se redujeran los costes salariales antes dichos, mejorarían EBIT y EBITDA y los resultados operativos ascenderían a - 439 (4/17); 187 (5/17); - 265(6/17); 64(7/17); 163 (8/17); 150 (9/17); - 63 (10/17); 55 (11/17); 58 (12/17); 150 (1/18); 84 (2/18) y 78 (3/17).

13º.- La empresa ha desafectado aproximadamente a 95 trabajadores, habiéndose producido aproximadamente 45 bajas voluntarias. Se han cumplido las previsiones legales".

Con fecha 28 de septiembre de 2017, se presentó por la representación de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras escrito solicitando aclaración de sentencia, que fue resuelta por auto de 29 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dice lo siguiente:"Aclarar la omisión que se ha producido en el fallo de la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2017 de manera que queda redactada del siguiente modo: "Estimamos



la demanda de conflicto colectivo, promovida por CC.OO., por lo que anulamos las medidas colectivas de suspensión e contrato y reducción de jornada promovidas por la empresa demandada y condenamos a la empresa MGO By Westfield, S.L., a estar y pasar por dicha nulidad, así como a reponer a los trabajadores afectados en las mismas condiciones anteriores a su aplicación y a abonar los salarios y retribuciones dejados de percibir durante el tiempo que la empresa ha aplicado la medida y a reintegrar el importe de las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores por el Servicio Público de empleo Estatal durante este periodo. Se condena asimismo, a la empresa Abencys Reestructuraciones, SLP, en su calidad de administradora concursal de la empresa condenada, a estar y pasar por la nulidad a los efectos que procedan".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se prepararon recursos de casación a nombre del Sindicato de Trabajadores Independiente de Canarias (SITCA), representado y defendido por el Letrado Sr. Redondo Barber, MGO By Westfield, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Navarro Contreras.

Por la representación del Sindicato de Trabajadores Independiente de Canarias (SITCA), en escrito de fecha 18 de septiembre de 2017, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) por infracción de los arts. 47 y 51 ET, art. 2.2 Directiva 1998/59/CE y art. 8 RD 1483/12.

Por la representación de MGO By Westfield, S.L., en escrito de 13 de noviembre de 2017, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, se solicita la modificación del hecho probado sexto de la sentencia recurrida. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, se solicita la adición de un hecho probado nuevo a la sentencia recurrida. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 47 ET, art. 16 RD 1483/2012, y el art. 6.4 CC. CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 47 ET en relación con el art. 38 CE.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedentes ambos recursos.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y hechos relevantes.

En el presente procedimiento se impugna un conjunto de medidas, no extintivas, de reestructuración laboral ("ERTE"). Básicamente, se trata de la suspensión de 318 contratos y la reducción de jornada (entre el 10% y el 70%) a otros 151. La empresa presenta graves pérdidas, ocasionadas por dificultades arrastradas, que se han agravado tras procedimientos administrativos promovidos por la TGSS, que embargó sus cuentas.

1. Conflicto y sentencia de instancia.

A) Con fecha 7 de abril de 2017 la representación de MGO BY WESTFIELD solicita ante el Juzgado de lo Mercantil declaración de concurso voluntario de acreedores. El 18 de abril siguiente se constituye la comisión negociadora del ERTE. Los días 5 y 6 de mayo la empresa comunica a la representación de los trabajadores y a la Dirección General de Empleo las medidas de suspensión contractual y de reducción de jornada decididas, tras finalizar sin acuerdo las deliberaciones.

Mediante escrito de 2 de junio de 2017 la Federación de Servicios del sindicato Comisiones Obreras (CCOO) presenta demanda de conflicto colectivo (ampliada el 21 de agosto siguiente), interesando que se declare la nulidad o, de modo subsidiario, el carácter injustificado de tales medidas; consecuencia de ello debiera ser que "se condene a la empresa a reponer a los trabajadores afectados a las condiciones anteriores a la aplicación de las medidas y a abonar los salarios y retribuciones dejados de percibir durante el tiempo que la empresa ha aplicado la medida y a reintegrar el importe de las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores por el Servicio Público de Empleo Estatal durante este periodo".

Expone que la empresa se ha negado a estudiar medidas que pudieran comportar abono de indemnizaciones, que la suspensión comporta el riesgo de que los trabajadores agoten la prestación por desempleo antes de conocer si habrá despidos, que se ha ocultado documentación en el periodo de consultas y que no queda acreditada la causa.

B) Con fecha 28 de junio de 2017 el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dicta Auto declarando en concurso de acreedores de carácter voluntario a la empresa.

C) Con fecha 18 de septiembre de 2017 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dicta su sentencia 127/2017, aclarada mediante Auto de 29 de septiembre de 2017.



Estima la demanda de conflicto colectivo promovida por CCOO, anulando las medidas colectivas de suspensión de contrato y reducción de jornada, promovidas por la empresa demandada (MGO BY WESTFIELD, SL) a la que ordena reponer a los trabajadores afectados en las mismas condiciones anteriores a su aplicación, además de "reintegrar" al Servicio Público de Empleo Estatal las prestaciones percibidas por los trabajadores. También condena a la empresa Abencys Reestructuraciones SLP, en su calidad de administradora concursal, "a los efectos que procedan".

La SAN 127/2017 argumenta que el ERTE se produjo en fraude de ley y abuso de derecho, aunque la situación económica y productiva de la empresa sea especialmente grave. Lo que sucede, explica, es que no concurre una situación coyuntural, sino un problema estructural, que no puede resolverse mediante sacrificios desmedidos de una plantilla que ya se vio afectada por tres ERTES. Además de que ya ha habido un despido masivo, la medida impugnada tampoco va a ser eficaz en una empresa concursada, que no va a poder licitar en concursos públicos, al carecer del certificado de estar al corriente de pago con la Seguridad Social y va a perder la mayor parte de su cartera. En ese escenario se piensa que la medida no va a contribuir a resolver la situación existente.

2. Recurso de casación del sindicato SITCA.

Frente a la anterior sentencia anuncia e interpone recurso de casación el Abogado y representante del Sindicato de Trabajadores Independientes de Canarias (SITCA). Considera que la empresa es viable y que la sentencia impide el mantenimiento del empleo, máxime habida cuenta de que al adquirir la unidad productiva, la demandada se comprometió a garantizar su continuidad.

Argumenta que la Sentencia de 30 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas (posterior, por tanto, a la recurrida) estima el recurso de la empresa, al entender que la TGSS no puede girarle deudas por el total pendiente sino solo por el monto correspondiente a los trabajadores que ha asumido. Previsiblemente otras sentencias posteriores seguirán el mismo camino y despejarán el futuro financiero de MGO. El recurso acompaña copia de la referida sentencia y mediante posterior escrito, no datado, el Letrado explica que "la solicitud de admisión de la misma se hace en virtud de lo señalado en el artículo 233 de la LRJS".

3. Recurso de casación de la empresa.

A) Con fecha 29 de septiembre de 2017 el Abogado y representante de MGO presenta escrito de preparación de recurso de casación frente a la SAN 127/2017. Expone las dificultades que posee el cálculo de la cuantía que los trabajadores hayan dejado de percibir como consecuencia del fallo de la sentencia combatida, acreditando la consignación de 10.000 €.

Mediante escrito de 20 de octubre de 2017 la Abogada y representante de CCOO interesa la inadmisión del recurso empresarial preparado; advierte que la STC 166/2016 mantiene la obligatoriedad de la consignación para las empresas concursadas y considera que en el presente caso resulta insuficiente, puesto que el cálculo más prudente arroja una cifra equivalente a 1.721.675 €.

B) Con fecha 13 de noviembre de 2017 la mercantil MGO formaliza su recurso de casación. "Con carácter previo", e invocando el artículo 233 LRJS, interesa la incorporación de dos documentos. Por un lado, la sentencia dictada el 30 de octubre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas, a la que ya hemos aludido más arriba. Por otro lado, el Informe emitido por el Ministerio Fiscal en el seno del recurso de casación unificadora 323/2017.

4. Impugnación de los recursos.

A) Con fecha 7 de diciembre de 2017 la Abogada y representante de CCOO presenta escrito de impugnación.

Considera inadmisibles los recursos de casación formalizados por SITCA, quien no compareció en instancia y pretende una modificación de hechos al margen de lo previsto legalmente.

Rechaza la aportación documental interesada por la empresa; recuerda la doctrina de esta Sala Cuarta acerca de los requisitos que deben concurrir para que proceda esa incorporación al litigio y expone los argumentos que, a su juicio, impiden la admisión interesada.

B) El sindicato SITCA, en su escrito de alegaciones a la impugnación de recurso realizada por CCOO, pone de relieve que la SAN aboca a la pérdida de numerosos empleos y está defendiendo los intereses de los afectados. También explica las razones por las que la sentencia aportada debe admitirse, ya que incide de lleno en el razonamiento del Tribunal de instancia acerca de la coyunturalidad de la crisis y la inadecuación de medidas temporales.



C) Mediante escrito de 26 de diciembre de 2017 el Abogado y representante de MGO formula alegaciones para objetar los motivos de impugnación a su recurso, tanto procesales cuanto sustantivos.

Posteriormente, mediante escrito fechado el 18 de abril de 2018, alega en favor de la aportación documental solicitada por SICA, pese a su ausencia de firmeza. Expone las razones por las que considera decisiva la sentencia en cuestión y explica que la misma no pudo ser aportada con anterioridad.

5. Informes del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 7 de junio de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite su Informe en sentido contrario a la incorporación de documentos pretendida por los recursos. Ni la sentencia es firme, ni el Informe de Fiscalía de referencia parece decisivo, máxime cuando la Fiscalía ha variado su criterio a la vista de la doctrina de la Sala Cuarta.

B) Con fecha 11 de abril de 2019 el Ministerio Fiscal emite el Informe contemplado en el artículo 214 LRJS. Analiza los dos recursos formalizados y considera que ambos son improcedentes. Ninguno de ellos desvirtúa el relato de hechos probados de instancia y la doctrina de la SAN recurrida es acertada.

6. Rechazo de las aportaciones documentales interesadas.

Dada la relevancia que ambos recurrentes han otorgado a la aportación de documentos intentada, interesa recordar que nuestro Auto de 5 de julio de 2018 las rechazó, habida cuenta de que no concurren en ella los requisitos pedidos por el artículo 233 LRJS, argumentando lo siguiente:

A) Tanto el recurso de la mercantil condenada cuanto el del sindicato SITCA interesan la aportación de una sentencia dictada por el órgano judicial competente (Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas) con posterioridad a la recurrida y que versa sobre una de las razones acogidas en la sentencia de la Audiencia Nacional para adoptar su fallo, como queda expuesto en los Antecedentes de este Auto.

Aunque en el litigio seguido ante lo contencioso solo se aborda una parte pequeña de la deuda de Seguridad Social no puede afirmarse que se trata de cuestión irrelevante para una de las razones de decidir de la sentencia recurrida. No se trata de una interpretación normativa, sino de comprobar la firmeza de una de las suposiciones de la línea argumental acogida por la Sala de instancia.

Ahora bien, el transcrito precepto de la LRJS exige, de manera expresa, que las sentencias o resoluciones administrativas aportadas por la vía excepcional del artículo 233 sean "firmes", sin excepción alguna. Tal exigencia no aparece cumplida en el presente caso, pesando sobre quienes aportan la resolución judicial la carga de acreditar su imprescindible cualidad.

B) Por otro lado, atribuir a los Informes del Ministerio Fiscal la condición de "documentos decisivos" constituye una licencia interpretativa que no podemos aceptar.

El escrito que alberga el Informe del Ministerio Fiscal solo puede considerarse "documento" desde la perspectiva de que acredita el parecer de la Fiscalía pero, obviamente, no significa ello que la decisión judicial deba acomodarse a tal criterio; por tanto, en modo alguno se aprecia que estemos ante un elemento "decisivo" desde la perspectiva procesal que nos ocupa. Con total lealtad lo manifiesta el representante del Ministerio Fiscal que ha emitido su Informe en este incidente sobre aportación documental cuando reconoce que lo mantenido en el recurso 323/2017 ya no constituye la posición actual del Ministerio Público, variada para acomodarse a la doctrina de esta Sala Cuarta.

7. Presupuestos procesales de los recursos interpuestos.

Como queda expuesto, el sindicato accionante denuncia la existencia de sendos óbices procesales que impedirían, de ser estimados, la toma en consideración de los recursos de casación. De ahí que debamos examinarlos de inmediato. Son los siguientes:

1º) El SITCA aparece como parte interesada en la demanda de conflicto colectivo, pero no compareció en el juicio seguido ante la Audiencia Nacional y tampoco aparece mencionado por el fallo de su sentencia; eso lleva al sindicato CCOO a considerar que carece de legitimación para recurrir en casación, "al no resultar directamente afectado por el resultado de la condena".

2º) Sostiene CCOO que el recurso de casación formalizado por la empresa no debiera haberse admitido porque adolece de un defecto insubsanable: la falta de consignación de la cuantía necesaria para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

SEGUNDO.- Legitimación para recurrir de SITCA.



A) Digamos ya que consideramos a SITCA legitimado para articular la impugnación de la sentencia dictada en instancia, con independencia de que compareciera o no el juicio oral al que fue debidamente citado.

El derecho a recurrir, en las condiciones establecidas por el ordenamiento, se integra en el contenido esencial de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE. Una vez reconocida legalmente la procedencia de un recurso, el acceso al mismo (en los términos y con los requisitos establecidos) se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de que se aprecie su desconocimiento o violación cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso, o con fundamento en un error material; en este sentido, por todas, SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998.

Los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 CE y "en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado" (por todas, SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre).

B) No existe disposición expresamente dirigida a determinar quiénes pueden ser recurrentes en casación, bien que a la hora de regular el anuncio o formalización se aluda a las partes (en el litigio), a su Abogado o representante (arts. 208.1 y 209.1 LRJS).

En consecuencia, el recurso podrán entablarlo quienes hayan sido actores o hayan figurado como demandados en el juicio de que traiga causa y puedan resultar perjudicados por la sentencia o resolución recurrida. Quien recurre debe acreditar un "gravamen" o perjuicio. El artículo 17.5 LRJS dispone que contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

C) El sindicato SITCA, a quien compete la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (art. 7 CE) aparece traído al pleito por la propia demanda de conflicto colectivo presentada por CCOO, por lo que resulta paradójico que ahora se le niegue cualquier tipo de perjuicio. Basta la lectura de la síntesis que hemos hecho antes para comprender que si SITCA considera perjudicial para los trabajadores la sentencia recurrida (al igual que CCOO la considera beneficiosa) es porque están en juego intereses que afectan a su esencia y a sus funciones.

Concurriendo su condición de parte en el litigio (pese a no haber comparecido) y el referido perjuicio, la interpretación de los requisitos procesales para recurrir que requiere nuestra Ley Fundamental aconseja que no se le niegue la posibilidad de combatir la sentencia dictada en instancia. La conclusión favorable a la legitimación del sindicato SITCA se funda también en los argumentos que venimos exponiendo en casos similares, como sucede en la STS 667/2020 de 16 de julio (rc. 123/2019).

TERCERO.- Ausencia de consignación suficiente.

1. La carga de consignar el importe de la condena.

El art. 230.1 de la LRJS dispone que cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, tendrá que haber consignado la cantidad objeto de condena al preparar el recurso de casación. Este requisito se configura como un presupuesto procesal para la admisión del recurso, de forma que su incumplimiento lleva aparejado, según el art. 230.4 LRJS, el que se tenga por no preparado el recurso, así como la declaración de la firmeza de la resolución que se pretendiera recurrir. La insuficiencia de la consignación debe ser advertida por el Letrado de la Administración de Justicia del Tribunal de instancia y es subsanable (art. 209 LRJS).

La doctrina constitucional ha precisado que el deber de consignación para el acceso al recurso no constituye un obstáculo excesivo o desproporcionado atendiendo a la función que cumple en el proceso, esto es, la de actuar como una "medida cautelar" tendente a "asegurar la ejecución de la sentencia" y a "evitar una eventual desaparición de los medios de pagos", además de evitar la formulación de recursos meramente dilatorios. Esa finalidad, por otra parte, no es solo la de garantizar la ejecución de la Sentencia sino, más propiamente, la de asegurar la inmediata ejecución por lo que "el requisito de la consignación para recurrir no es sólo el de garantizar la ejecución futura, sino el de asegurar un rápido cumplimiento de la Sentencia de condena una vez que alcance firmeza, sin dilatorios trámites de ejecución" (STC 173/2016).

2. Doctrina pertinente.



En este punto es menester recordar los argumentos expuestos en ocasiones anteriores y compendiados por la STS 872/2018 de 27 septiembre (rc. 44/2018).

Las sentencias dictadas en procesos de conflictos colectivos son ejecutivas y ejecutables; esta última condición está vinculada a que en la demanda se concreten los datos característicos y requisitos precisos para la posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena. Así lo dispone el art. 157.1 a) de la LRJS. En correspondencia con tal exigencia, el art. 160.3 de la LRJS indica que, en el caso de estimarse una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, la sentencia deberá contener "la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Asimismo, deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".

Partiendo de la finalidad que se persigue al exigir la consignación para recurrir y de la regulación del proceso de conflicto colectivo, es evidente que la parte que pretenda recurrir la sentencia que en él se dicte deberá consignar la cantidad objeto de condena cuando la que se dicte contenga una pretensión de dicha naturaleza, susceptible de ejecución individual, pero ello no significa que todas las pretensiones de condena estén sometidas a ese requisito ya que no siempre, ni en todo caso, nos encontraremos ante una condena que, alcanzada la firmeza de la sentencia, pueda ser cumplida o ejecutada inmediatamente tomando a tal fin y sin más la cantidad consignada, por ser ese su destino legal. Y ello porque, como ya ha dicho esta Sala, para que una sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo sea ejecutada debe contener una condena en los términos que precisa el art. 160.3 de la LRJS. Es más, resulta que esa condena se somete a los trámites de ejecución que se recogen en el art. 247 de la LRJS, durante la cual deberán perfilarse los sujetos beneficiados por la ejecución y los términos de la misma, de manera que no podría hablarse de una ejecución inmediata que pudiera tener por ejecutada la condena con la simple puesta a disposición de los acreedores de las cantidades consignadas. Con ello queremos indicar que una sentencia de conflicto colectivo como la que aquí nos ocupa, no goza de esa inmediatez en su cumplimiento efectivo de forma que la finalidad que se persigue con la consignación para recurrir no se vería cumplida.

3. Consideraciones sobre el caso y criterio de la Sala.

A) El sindicato CCOO, ahora recurrido, formula esta causa de inadmisión del recurso por entender que la SAN 127/2017 contiene un pronunciamiento de condena cuantificable y que, por ello, MGO debió consignar la cantidad correspondiente para recurrir en casación.

En el presente caso, la demanda interesaba, junto a la declaración de nulidad de las medidas impugnadas, o su carácter injustificado, la condena de la empresa al pago de los salarios dejados de percibir como consecuencia de ellas. En dicha petición de condena -en el suplico- no se concretaba periodo alguno específico de reclamación ni número ni identificación de los posibles afectados, ni cuantía mensual de cada una de las personas afectadas por el ERTE.

Por otro lado, la sentencia de instancia, objeto del presente recurso, dice en su parte dispositiva y en relación con la pretensión de condena que la empresa debe "los salarios y retribuciones dejados de percibir durante el tiempo que la empresa ha aplicado la medida y a reintegrar el importe de las prestaciones por desempleo".

B) Los términos del suplico de la demanda, así como los del fallo de la sentencia recurrida no permiten considerar que sea exigible en este caso la consignación para recurrir porque ni en el suplico de la demanda se especificaron elementos sobre los que activar una futura ejecución colectiva ni la sentencia indica en su fallo que la declaración de condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente ni recoge los concretos trabajadores afectados. Es cierto que en el fallo se indica que la condena se ubica en un momento temporal concreto y el genérico colectivo al que afecta, pero sin mayores elementos subjetivos y cuantitativos no es posible entender que estemos ante una pura sentencia condenatoria en la que el recurrente, en este caso el empresario, esté obligado a asegurar la inmediata ejecución por medio de la consignación.

Es más, ni tan siquiera la propia Sala de instancia ha entendido que sea exigible la consignación cuando ha admitido el escrito de preparación del recurso (art. 209.2 de la LRJS) sin que esta apreciación venga a eliminar la facultad que corresponde a esta Sala a la hora de examinar si el recurso ha incurrido en algún defecto formal insubsanable que lo haga inadmisibile (art. 213 de la LRJS).

C) Finalmente, diversos Autos de esta Sala, resolviendo recursos de queja han aplicado la misma doctrina que ahora reiteramos. Por todos, el ATS de 2 octubre 2019 (rq. 5/2019)



El artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social contempla la obligación de consignar la cantidad objeto de condena cuando la sentencia hubiere condenado al pago de cantidad, al preparar el recurso de casación, de modo que, de no hacerlo, éste se tendrá por no preparado y sólo si la consignación se ha materializado, es posible subsanar su insuficiencia, falta de justificación o error. Por otra parte, aunque la Sala Cuarta ya había admitido las sentencias colectivas de condena, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social contempla expresamente la posibilidad de deducir en conflicto colectivo una pretensión de condena que sea, además, susceptible de ejecución individual. Ahora bien, para ello la demanda debe consignar los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas. Y la sentencia deberá contener, en su caso, la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Asimismo, deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente [artículos 157. 1 a) y 160. 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social]. En relación con lo dispuesto en estos preceptos, el artículo 247 de la misma ley contempla el proceso de ejecución de dichas sentencias.

La estrecha relación entre la obligación de consignar y la ejecución de la sentencia nos llevó, en los autos de 4 y 18 de octubre de 2017, R. 21/2017 y 9/2017, respectivamente, en los que resolvíamos recursos de queja presentados contra autos de la Audiencia Nacional que tenían por no preparados recursos de casación contra sentencias colectivas de condena, a analizar la posición de la Sala en estas dos materias. Consideramos la jurisprudencia sobre la ejecución de las sentencias colectivas de condena y la obligación de consignar (sentencias de la Sala Cuarta de 18 de junio de 2013, R. 108/2012 y 17 de septiembre de 2013, R. 3089/2012) y tuvimos en cuenta igualmente las diferencias que en estas materias existen entre las sentencias colectivas de condena y las sentencias sobre despidos colectivos nulos, al ser diferente la normativa aplicable (sentencias de la Sala Cuarta de 20 de abril de 2015, R. 354/2014 y de 29 de abril de 2015, R. 341/2014 en relación con la de la misma Sala de 14 de julio de 2000, R. 487/99 y autos de la misma Sala de 14 de septiembre de 2016, R. 16/2016, y de 9 de febrero de 2017, R. 40/2016). Recordamos igualmente que la propia Sala había señalado que para que la declaración general que contiene normalmente la sentencia colectiva pueda transformarse en un pronunciamiento de condena ejecutable sería necesario que se precisaran los elementos necesarios que en plano subjetivo y objetivo determinan la existencia de una obligación exigible, pues sólo cuando concurren esos elementos existe una condena que puede ser ejecutada. (Por todas, SSTs 28 de mayo de 2002, R. 1172/01; 11 de octubre de 2011, R. 187/10; 20 de marzo de 2012, R. 18/11; 28 de marzo de 2012, R. 48/11; 26 de junio de 2012, R. 19/11; y 15 de noviembre de 2012, R. 251/11). Conforme a lo argumentado, únicamente el cumplimiento de los requisitos anteriores implicaría la obligación de consignar. Es necesario que, en línea con el suplico de la demanda, el fallo condenatorio contenga los elementos que permitan identificar a los trabajadores afectados (datos), los que permiten identificar a éstos con la pretensión (requisitos) y aquellos que dentro del colectivo genérico de trabajadores pueda diferenciar a unos de otros (características).

[...] La cuantía de la condena exige determinar las diferencias salariales que corresponden, en su caso, a cada uno de los trabajadores afectados, teniendo en cuenta las diferencias en el salario base, los complementos, que varían en función no sólo de la clasificación profesional sino de las concretas tareas (por ejemplo, el plus de radioscopia) y, en el caso de las horas extra, del carácter nocturno o diurno de las mismas, de acuerdo con lo previsto en el convenio citado. Del mismo modo, la determinación de las diferencias salariales a abonar exige considerar las particularidades que pueden concurrir en determinados trabajadores que, por ejemplo, conserven condiciones salariales derivadas de sucesiones de contratos o perciban cantidades superiores a las pactadas en el convenio de empresa que la empresa seguía aplicando, o que, por ejemplo, hayan tenido suspendido el contrato por causas como enfermedad u otras situaciones suspensivas. También se deducen del Convenio sectorial otras partidas salariales como trienios o quinquenios que habrían de determinarse. Y de las actuaciones, a pesar de los actos preparatorios, no es posible derivar, no sólo con facilidad sino con exactitud, a cuánto asciende la deuda empresarial.

En esta línea, el fallo de la sentencia recurrida facilita la ejecución de la condena, de acuerdo con lo previsto en el artículo 247 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pero no permite la determinación de la cuantía de la condena y, en consecuencia, la consignación de la misma. Como señalábamos en nuestra sentencia de 27 de septiembre de 2018, R. 44/2018, el deber de consignar derivado del artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en las sentencias colectivas de condena no significa que todas las pretensiones de condena estén sometidas a ese requisito ya que no siempre, ni en todo caso, nos encontraremos ante una condena que, alcanzada la firmeza de la sentencia, pueda ser cumplida o ejecutada inmediatamente tomando a tal fin y sin más la cantidad consignada, por ser ese su destino legal. Puede que la condena deba someterse a los trámites de ejecución que se recogen en el art. 247 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, durante los cuales deberán perfilarse los sujetos beneficiados por la ejecución y los términos de la misma, de manera



que no podría hablarse de una ejecución inmediata que pudiera tener por cumplida la condena con la simple puesta a disposición de los acreedores de las cantidades consignadas.

Como en el caso enjuiciado en dicha sentencia, en el presente caso la sentencia de conflicto colectivo como la que aquí nos ocupa, no goza de esa inmediatez en su cumplimiento efectivo, de forma que la finalidad que se persigue con la consignación para recurrir no se vería cumplida. Los términos en los que se manifiesta la demanda y el fallo de la sentencia, a pesar de su concreción, no permiten cuantificar certera y exactamente el total de la deuda. En este sentido, la exigencia del artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no se cumple con la consignación de una cantidad aproximada, sino con la de la cuantía exacta de la condena, no en vano el propio precepto permite la subsanación de la insuficiencia de la misma y en la medida en la que dicha cantidad exige de operaciones individualizadas, que sin duda requerirán del trámite incidental previsto en el artículo 247 de la citada Ley, trámite que no se contempla a efectos de consignación, debemos concluir que la decisión de tener por no preparado el recurso no se ajusta a las exigencias legales, por lo que la presente queja ha de admitirse, pues de otra forma se estaría impidiendo el acceso al recurso a través de la imposición de exigencias desproporcionadas, en relación con los términos en los que se ha desarrollado el proceso y se ha pronunciado la sentencia, y con ello se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

D) Corolario de todo ello es que no estamos ante un pronunciamiento que obligue a la parte recurrente a tener que consignar cantidad alguna para recurrir.

CUARTO.- Fijación de los hechos litigiosos.

Los diversos escritos procesales que se han ido presentando a lo largo del procedimiento insisten en la exposición de lo acaecido y su valoración. Además, los recursos de casación consideran que la crónica de instancia debe corregirse en varios extremos. Debemos, por lo tanto, recordar las exigencias que acompañan a la casación por error en la valoración de la prueba documental y comprobar si concurren.

1. Exigencia legal y jurisprudencial para la revisión de hechos probados.

A) El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el " *error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios*".

El precepto no permite la revisión plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

B) En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015), 227/2017 de 21 marzo (rec. 80/2016) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica; la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

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

* Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.

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



- * Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
- * Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
- * Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
- * Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
- * Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- * Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.
- * La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial, por expreso mandato de la LRJS. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
- * La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

D) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene *"una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"* (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90, o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). ?Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar *"de manera directa y evidente la equivocación del juzgador"* pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha *"por otros elementos probatorios unidos al proceso"* (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).

2. Modificación del HP Sexto (Motivo Primero del recurso de MGO).

A) En su primer motivo de recurso, la empresa solicita que el HP Sexto incorpore un nuevo párrafo (el tercero), de tal modo que quede del siguiente modo:

La TGSS ha embargado cuentas corrientes de la empresa demandada por los importes siguientes: IBERCAJA: 7.426, 84 euros; BBVA: 1.937, 60 euros; BANKIA: 63.881, 05 euros; SANTANDER: 497, 05 euros; CAIXA: 219, 77 euros; UNICAJA: 309, 70 euros.



El 3-02-2017 la DGP TGSS Las Palmas embargo 634.883,69 euros. - La empresa demandada interpuso recurso de alzada frente a la liquidación antes dicha, que fue desestimado por resolución del Director Provincial de la TGSS de Las Palmas de 2-01-2017, cuya cuantía final asciende a 526.058,55 euros, que ha sido impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La sentencia núm. 233/2017 de fecha 30 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria estimó el recurso contencioso-administrativo de MGO by Westfield, y declaró la nulidad del acto administrativo, dejándola sin efecto y condenando a la Administración al pago de las costas procesales.

B) Son varias las consideraciones que impiden el éxito de esta revisión: 1º) Se basa en un documento que no está presente en los autos, ya que su aportación fue rechazada, como hemos advertido, al no concurrir en él los requisitos pedidos por el artículo 233.1 LRJS. 2º) La adición no posee el carácter trascendente que el recurso preconiza, puesto que la sentencia carece de firmeza. 3º) La adición es innecesaria si se quiere cuestionar el carácter hipotético de las valoraciones acogidas por la SAN recurrida. 4º) La adición es intrascendente para examinar la situación real en el momento en que se desarrolla el periodo de consultas y se adopta la decisión patronal.

3. Adición del HP Décimo Cuarto (Motivo Segundo del recurso de MGO).

A) La parte recurrente solicita que añadamos un nuevo hecho probado al relato de instancia. La redacción propuesta es la siguiente:

"Décimo Cuarto.- La Fiscalía del Tribunal Supremo ha emitido Informe, en el trámite del artículo 266.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por el que declara que el recurso debe ser declarado procedente al entender que la adquisición por parte de MGO by Westfield de la unidad productiva autónoma del Grupo MGO, S.A., se trata de una sucesión de activos y pasivos autorizados judicialmente con exclusión de responsabilidad para la adquirente respecto de las deudas laborales de la transmitente relativas a los contratos ya extintos".

B) Son varias las razones por las que no podemos acceder a la revisión pretendida. 1º) Se basa en un documento que no está presente en los autos, ya que su aportación fue rechazada, como hemos advertido, al no concurrir en él los requisitos pedidos por el artículo 233.1 LRJS. 2º) La adición no posee el carácter trascendente que el recurso preconiza, puesto que el Informe de la Fiscalía no es vinculante para el Tribunal. 3º) La adición es innecesaria si se quiere cuestionar el carácter hipotético de las valoraciones acogidas por la SAN recurrida. 4º) La adición es intrascendente para examinar la situación real en el momento en que se desarrolla el periodo de consultas y se adopta la decisión patronal. 5º) La Fiscalía ha variado su posición en asuntos posteriores.

4. Fracaso de los motivos examinados.

El fracaso de las revisiones postuladas aboca a que hayamos de resolver los restantes motivos de recurso sobre la base del relato elaborado por el Tribunal de instancia. A esa elemental conclusión debemos añadir alguna otra consideración.

A) Ha puesto especial empeño la empresa en demostrar que las deudas con la Seguridad Social estaban llamadas a desaparecer porque se basaban en una interpretación errónea del ordenamiento. En tal sentido, de manera lícita, intentó tanto la aportación de documentos que entendía favorables a su tesis cuanto, ahora, la rectificación de los hechos.

Sin embargo, lo cierto es que la SAN 127/2017 no establece el carácter estructural de los problemas (en buena medida derivados de las deudas con la Seguridad Social) como un hecho, sino como una valoración edificada a partir de los datos acreditados. Ese acertado enfoque propicia que los otros motivos del recurso de casación deban ser examinados en la medida en que cuestionen la valoración asumida por la sentencia, pero sin presuponer unos hechos diversos.

B) Digamos asimismo que los dos motivos de recurso que ahora desestimamos cuestionan la crónica judicial de lo acaecido, pero en realidad no la censuran sino que la complementan con circunstancias sobrevenidas. La sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional argumenta sobre la base de que considera que las deudas con la Seguridad Social no constituyen un problema transitorio, coyuntural o pasajero, sino estructural y difícilmente soluble con los datos existentes en el momento de dictarse.

El intento de rectificar el relato de los hechos no solo debe fracasar por las razones expuestas, sino que también ha quedado desacreditado por el mismo tipo de datos en que se basaba. Y es que múltiples decisiones de esta Sala Cuarta han acogido una doctrina opuesta a la patrocinada por los documentos en que se cimentaban esos dos motivos.



C) Las SSTs 886, 887, 889, 890 y 891/2018 de 3 octubre 2018 (rcud. 259/2017; 323/2017; 1733/2017; 3664/2017; 3710/2017); 913/2018 de 17 octubre (rcud. 2340/2017); 864/2019 de 12 diciembre (rcud. 3892/2017); 865/2019 de 12 diciembre (rec. 3895/2017) y 182/2020 de 20 de febrero (rcud. 3999/2017) han resuelto litigios suscitados en la misma empresa como consecuencia de la reseñada asunción concursal de la unidad productiva autónoma del Grupo MGO, S.A. Tras explicar que el orden social de la jurisdicción es competente para resolver si se produce subrogación cuando una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal, se proclama la plena aplicación del art. 44 ET.

Se concluye, por tanto, que la adquirente de la unidad productiva debe hacerse cargo de la responsabilidad derivada del despido, en un supuesto en el que el Auto de adjudicación el Juez Mercantil hizo constar que no existía sucesión de empresa, respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo ya se habían extinguido previamente.

5. El escenario fáctico en que surge el ERTE.

Según el propio recurso de casación, "el motivo por el que la compañía se vio en la obligación de adoptar la medida suspensiva litigiosa eran unas reclamaciones de deuda de Seguridad Social" y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 3 de Las Palmas vendría a demostrar que carecen de base y que, por tanto, el problema era transitorio. Asimismo, el recurso considera "determinante" para una favorable evolución de la difícil situación de la empresa el éxito de los diversos recursos de casación unificadora sobre existencia de subrogación empresarial. En tal sentido se aportaba el Informe del Ministerio Fiscal emitido en el rcud. 323/2017.

Al fracaso de los argumentos basados en ese doble eje se añade que preconizaban una tesis opuesta a la copiosa doctrina tanto de esta Sala cuanto de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo (por todas, STS-CONT 355/2020 de 11 marzo). Así las cosas, sin perjuicio de reexaminar con detalle los hechos probados que hemos reproducido más arriba, resulta muy ilustrativo reproducir la síntesis que de ellos se hace en el Fundamento Tercero de la SAN 127/2017:

a. - La plantilla de la empresa, proveniente de GRUPO MGO, se vio afectada en el período 2012-2014 por tres ERTEs. - Dichas medidas no impidieron que en 2014 se produjera un despido colectivo, que afectó a 400 trabajadores.

b. - La ejecución de las citadas medidas de flexibilidad interna y externa, sufridas por la plantilla, no permitió superar su situación económica negativa. - De hecho Grupo MGO se vio obligada a promover su situación concursal.

c. - La empresa demandada adquirió, al asumirse su propuesta por el Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid, GRUPO MGO, subrogándose en sus 617 trabajadores. - La demandada se comprometió a la continuación de la actividad; al mantenimiento de 617 puestos de trabajo; a la asunción del pasivo laboral por mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores, valorado a fecha del informe de la Administración concursal en un total de 6.9 millones en el escenario de una Liquidación; a la inyección de efectivo por importe de 800.000 euros y a la asunción de un pasivo concursal por importe de 11.3 millones.

d. - En el ejercicio de 2016 la empresa, pese a que el capital inyectó 1.000.000 euros, lo que alivió, en parte sus dificultades de tesorería, tuvo un resultado negativo de 830.369, 42 euros, que se incrementó en -83.369, 42 euros en enero de 2017 y en - 16.058, 05 en febrero de 2017.

e. - La propia memoria de la medida subraya, que los problemas estructurales de la empresa provocan que la operativa de la empresa destruye caja en lugar de generarla.

f. - Las deudas de la empresa se han multiplicado geométricamente, presentando en febrero de 2017 unas deudas a largo plazo de 15.288.502, 21 euros y de 2.733.220, 76 a corto plazo.

g. - La TGSS ha levantado múltiples actas, que han provocado embargos ejecutivos millonarios.

h. - Dicha actuación administrativa ha supuesto que la empresa no pueda presentarse a licitaciones por un importe de 17.501.015, 01 euros desde la promoción de la medida.

i. - La empresa va a perder, según sus propias previsiones, un 60% de su clientela. - Entre las pérdidas, que se dan por seguras, se encuentran las Administraciones Públicas y las grandes empresas.

j. - En el período de consultas la empresa, a preguntas de la RLT, manifestó que estaba renegociando la deuda de GRUPO MGO, aunque no se documentó, ni se probó dicho extremo, en el acto del juicio.

k. - La empresa se encuentra en concurso de acreedores desde el 28-06-2017.



l. - No se ha probado, de ninguna manera, el número de clientes perdidos desde la ejecución de la medida, ni tampoco el número de trabajadores, que prestaban servicios en dichos clientes.

m. - No se ha probado tampoco qué clientes se han mantenido desde la aplicación de las medidas, ni su rentabilidad, ni la previsión de duración de los contratos, ni tampoco la respuesta del mercado en la nueva situación de la empresa desde la implementación de las medidas y especialmente desde que está en concurso de acreedores.

QUINTO.- Aplicación indebida de diversas normas (Motivo Tercero del recurso de MGO).

1. Desarrollo del motivo.

El artículo 207.e) de la LRJS identifica como uno de los motivos en que puede basarse el recurso de casación la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Con fundamento en él, el tercer motivo del recurso formulado por MGO denuncia que la sentencia recurrida vulnera el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 16 del RD 1483/2012, y el 6.4 del Código Civil.

Su tesis central ya la hemos anticipado: la SAN 127/2017 considera que los problemas económicos que dan lugar a las medidas adoptadas no son debidos a una situación coyuntural, sino que son estructurales, obviando que la empresa ha adquirido la unidad productiva de una empresa concursada. La Compañía, sin embargo, entiende que atraviesa una situación comprometida pero transitoria y que el éxito de las acciones emprendidas ante la jurisdicción contenciosa le permitirá superarla.

Recordemos el tenor del artículo 47 ET en la versión aplicable al presente caso:

"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."

2. La SAN 127/2017 .

La SAN recurrida considera acreditada tanto la causa económica ("Dicho estado de cosas, unido a una calamitosa situación de tesorería, agravada significativamente por las actuaciones administrativas, que provocaron el embargo de las cuentas de la empresa e incrementaron geoméricamente sus deudas, le colocaron en situación de insolvencia, obligándole a promover concurso voluntario de acreedores, que fue admitido por Auto del Juzgado Mercantil nº 4 de Madrid) cuanto la causa productiva ("los propios consultores externos admitieron en el período de consultas, que la empresa perdería aproximadamente un 60% de su cartera de clientes"). A partir de ello concluye que las medidas propuestas y objeto de la litis no son adecuadas para superar la situación de la empresa:

Son problemas estructurales, derivados principalmente de que el nivel de ingresos de la empresa no permite absorber el elevado nivel de costes operativos, los cuales son en su mayoría costes fijos, existiendo problemas para el cobro de los clientes. - Se ha acreditado, por otra parte, que empresa ha estado consumiendo caja durante todo el ejercicio 2016, debido a los márgenes operativos bajos e incluso negativos, debido precisamente a que los costes, especialmente los salarios y las cotizaciones de la Seguridad Social son fijos, mientras que los clientes pagan en plazos dilatados de 120 días, dándose, además, la circunstancia de que parte de esos clientes han ingresado sus pagos en cuentas bancarias de Grupo MGO, lo que plantea múltiples problemas para su recuperación, de manera que, si no hubiera sido por la inyección de 1.000.000 euros de capital, la situación de la tesorería sería negativa en 2016 y habría alcanzado - 686.000 euros en febrero de 2017.

Si añadimos a dicho estado de cosas, que ya provocaron el concurso de Grupo MGO, cuyo pasivo concursal, asumido por la demandada, ascendió a 11 MM euros, la actuación administrativa de la TGSS, que reclama 9 MM de euros a la empresa, obligándole a promover concurso voluntario de acreedores para evitar los



embargos, impidiéndole licitar en concursos públicos y cerrándole el mercado de las grandes empresas y en buena medida el de las medianas y pequeñas empresas, al ser impensable que un mercado tan competitivo como el de la prevención de riesgos laborales, la oferta de una empresa concursada, con gravísimos problemas de tesorería, que le dificultará hacer frente a las deudas asumidas de la concursada, así como las de su propio tráfico, sea especialmente atractiva, siendo revelador que la propia empresa de por perdido el 60% de su cartera."

Respecto del plan de viabilidad, subraya la sentencia que en él no se ofrecen compromisos concretos .

La SAN también admite la posibilidad de que en la misma empresa concurren causas que aboquen a la terminación de ciertos contratos, mientras que otros sean suspendidos, pero descarta que se acuda a suspensiones cuando las causas son de tal intensidad que impiden la continuidad de la empresa.

En fin, valorando el resultado de las medidas impugnadas, como razonamiento adicional, se añade que "no se ha probado de modo sólido, ya sea con las cuentas provisionales, ya sea el libro de inventarios y cuentas del art. 28.1 C.Co, donde deben registrarse trimestralmente con sumas y saldos los balances de comprobación, limitándose la administradora concursal a la aportación de un documento ad hoc, elaborado por la directora financiera de la empresa, cuál ha sido la evolución de la empresa desde la implementación de las medidas, lo que no permite considerar adecuadamente sus efectos reales".

3. Doctrina pertinente.

Son varias las ocasiones en que hemos debido examinar la validez de una medida de reestructuración laboral y de alcance colectivo y, sin perjuicio de atender a las circunstancias de cada supuesto, en todas ellas hemos actuado sobre ciertas bases o premisas, que aparecen resumidas por la STS 15 julio 2015 (rc. 180/2014), dictada en Pleno, cuyo contenido interesa recordar:

"2.- Las causas motivadoras de la MSCT.- El art. 41.1 ET -tras la Ley 3/2012, aplicable al caso de autos- dispone lacónicamente que "La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa". E interpretando tan sucinto precepto, la Sala ha declarado (SSTS 17/05/05 -rco 2363/04-; [...] 16/11/12 -rco 236/11-; y 10/12/14 -rco 2265/13-) que:

a).- A diferencia del texto derogado, en la vigente redacción no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de "prevenir" una evolución negativa o "mejorar" la situación y perspectivas de la empresa, sino que -en aplicación literal del precepto- basta con que las medidas estén "relacionadas" con la competitividad, productividad u organización técnica (STS 27/01/14 -rco 100/13-, FJ 4). Y en la misma línea hemos añadido -partiendo incluso de precedente redacción, más rigurosa en la exigencia- que "la interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la "crisis" empresarial sino la "mejora" de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas" (aparte de la ya citada STS 27/01/14, también las sentencias de 10/12/14 -rcud 2265/13-; 16/11/12 - rco 236/11-; 16/05/11 - rco 197/10-; 04/11/10 -rco 193/09-; y 17/05/05 -rcud 2363/04-).

Declaraciones éstas que por fuerza hemos de matizar a la vista de la más reciente doctrina constitucional sentada en torno al ajuste de la Ley 3/2012 a la Carta Máxima, con la doble consecuencia de reforzar argumentalmente el control judicial de la exigencia de acreditación de la causa y consiguientemente de rechazar la degradación de condiciones laborales en términos a que posteriormente haremos referencia. En efecto, sostiene el TC que en la interpretación de la norma de que tratamos - art. 41.1 ET, en redacción dada por el art. 12.1 de la Ley 3/2012- "se puede tomar en consideración la definición de las "razones económicas, técnicas, organizativas y de producción" que se lleva a cabo en otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores..., como son: el art. 47 (en materia de suspensión del contrato o reducción de jornada), el art. 51 (con relación al despido colectivo) o, en fin, el art. 82.3 (respecto de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo). De esta manera, el legislador no sólo ha orientado suficientemente la labor del aplicador, sino que ha otorgado suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial de la aplicación de la norma, como se ha dicho, pleno y efectivo" (STC 8/2015, de 22/Enero, FJ 4.b, "in fine"). Planteamiento con el que el intérprete máximo de la Constitución, haciendo una lectura del precepto ajustada a la tutela judicial efectiva, parece apuntar -en materia de MSCT- a la exigibilidad de los mismos presupuestos de "pérdidas", "disminución de ingresos" y "cambios" [en medios o instrumentos de producción, sistemas y métodos de trabajo; y demanda de productos o servicios] a que se refieren los referidos arts.



47, 51 y 82.3 ET; siquiera -entendemos nosotros- el nivel de exigencia no puede ofrecer la misma intensidad en las MSCT que en los otros supuestos, tanto porque el TC atribuye un valor meramente orientativo a los preceptos a que se remite, cuanto por elemental respeto a la literal redacción del art. 41.1 ET, que califica como causas suficientes -económica, técnica, organizativa o de producción- a "las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa".

En definitiva, tras la interpretación constitucional del precepto examinado, hemos de entender que la MSCT no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos -económico, productivo, técnico u organizativo- que el art. 41.1 ET contempla.

b).- La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo ["flexibilidad externa" o "adaptación de la plantilla"] que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo ["flexibilidad interna" o "adaptación de condiciones de trabajo"]. La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la "libertad de empresa" y de la "defensa de la productividad" reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de "reestructuración de la plantilla", la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la "libertad de empresa" y el "derecho al trabajo" de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional".

3.- Significado del periodo de consultas.- Por otra parte, el mismo art. 41.4 ET [conforme a la entonces aplicable Ley 3/2012] dispone que "[d]urante el periodo de consultas, las partes deberá negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo". Posteriormente, el RD-ley 11/2013 [2/Agosto] y luego la Ley 1/2014 [28/Febrero], precisaron más el objetivo del periodo de consultas [volviendo a la redacción original que data del RD Legislativo 1/1995, de 24/Marzo y en términos similares a los previstos para los despidos colectivos], señalando que "versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesaria para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados". Sobre la buena fe nos remitimos a lo más arriba indicado; y sobre la negociación/acuerdo basten dos indicaciones: a) que -como arriba dijimos- la obligación de negociar no comporta la de convenir; y b) de lo que se trata es que los representantes de los trabajadores "conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo" (así, SSTS SG 18/07/14 -rco 303/13-; y 16/12/14 -rco 263/13-).

Por otro lado, son trasladables aquí las consideraciones realizadas en múltiples ocasiones respecto de decisiones empresariales de signo extintivo con base en problemas económicos u organizativos. La STS 106/2016 de 30 noviembre (rcud. 868/2015; *Hearst Magazines, S.L*)

El problema que suscita la parte recurrente en torno a la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva a la vista de que la empresa haya podido experimentar beneficios y/o que incluso hubo un reparto de dividendos, nos lleva a recordar nuestra doctrina sobre el alcance del control judicial de los despidos de carácter económico.

Pese a las rotundas afirmaciones de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, hemos reiterado que no puede dudarse de la persistencia de un ámbito de control judicial más allá del de la búsqueda de la concurrencia de la causa como hecho, y ello, "no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales [el derecho al trabajo; principio general de la limitación legal del despido; interpretación acorde a la Constitución] y compromisos internacionales que están en juego [arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT], sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos [exigencia de buena fe e interdicción del abuso del derecho o su ejercicio antisocial], que en su conjunto nos obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE], resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los "juicios de oportunidad" que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido ... en forma ajustada a los principios generales del Derecho" (STS/4ª/Pleno de 17 julio 2014 -rec. 32/14- y 20 octubre 2015 -rec. 172/2014-).



Y hemos precisado que, si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa "idoneidad" de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su "oportunidad" en términos de gestión empresarial (STS/4ª de 27 enero 2014 -rec. 100/2013- y STS/4ª/Pleno de 15 abril 2014 -rec. 136/2013-, 23 septiembre 2014 - rec. 231/2013-, 20 abril 2016 -rec. 105/2015- y 20 julio 2016 -rec. 303/2014-, así como la STS/4ª de 12 mayo 2016 -rcud. 3222/2014-), sí de excluirse en todo caso, como carentes de "razonabilidad" y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (STS/4ª/Pleno de 26 marzo 2014 -rec. 158/2013-).

4. Consideraciones específicas.

A) Las explicaciones del propio recurso muestran la causa de los problemas que atraviesa la empresa: la adjudicación concursal de una unidad productiva autónoma en condiciones que posteriormente son desconocidas por la TGSS y generan "gravísimas consecuencias". A partir de esa pacífica realidad (la SAN recurrida considera concurrente causas organizativas y productivas para adoptar medidas de reestructuración laboral) el motivo casacional examinado sostiene que los problemas existentes eran coyunturales y que el éxito de los recursos frente a las resoluciones de la TGSS despejarían el panorama, siendo las suspensiones contractuales el modo de conservar el empleo hasta ese momento de relanzamiento de la actividad.

B) Digamos ya que daríamos la razón al recurrente si se diera una doble condición 1º) Que la sentencia recurrida hubiera entendido que la empresa debía haber procedido, necesariamente, a un despido colectivo y no a adoptar otras medidas al ser definitiva su inviabilidad. 2º) Que el recurso estuviera adecuadamente orientado en esa dirección.

Lo que sucede es que consideramos que ninguna de tales condiciones concurre. En primer término, el fallo de la sentencia (no olvidemos que el recurso debe dirigirse frente al mismo) no se construye solo sobre el diagnóstico de que los problemas económicos y organizativos son permanentes. Junto a esa línea argumental aparecen las siguientes consideraciones (sin que el recurso las contrarreste de manera suficiente):

- La adecuación entre intensidad de las causas y medidas adoptadas "debe realizarse conforme a técnicas de razonabilidad y proporcionalidad".

La magnitud de las causas es de tal entidad que la empresa resulta inviable y las suspensiones contractuales solo comportan sacrificios de la plantilla.

- Las medidas adoptadas solo contemplan reducción de costes salariales, sin que aparezca un conjunto armónico de actuaciones.

- La empresa arrastra un periodo temporal en que "ha estado consumiendo caja", habida cuenta de que los costes superan los ingresos y esa tendencia va a incrementarse con los propios datos que suministra la compañía.

- El Plan de viabilidad pivota esencialmente sobre la reducción de costes derivada de la suspensión contractual y la reducción de actividad, sin que haya un verdadero proyecto de futuro creíble.

- No se ha demostrado en modo alguno que la evolución de la empresa sea favorable durante el tiempo en que las medidas (hasta el acto del juicio) se han venido aplicando.

- La plantilla ya ha soportado tres ERTES y un despido colectivo, sin que esas medidas mejoren la situación económica de la empresa.

- La empresa da por perdida más de la mitad de la cartera de clientes.

En segundo lugar, el recurso realiza un esfuerzo considerable para acreditar que los problemas que atraviesa la entidad son transitorios, pero ya hemos visto que fracasan los argumentos en que basa tal enfoque. Es decir, el recurso no se dirige tanto a censurar el verdadero meollo argumental de la SAN 127/2017 (ante problemas estructurales no son válidas medidas temporales) cuanto a combatir las bases sobre las que se asienta su premisa (el carácter no coyuntural de los problemas). La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide que nos adentremos en el examen de líneas discursivas ajenas a las suscitadas en él, so pena de provocar indefensión en el recurrido.

C) El propio artículo 16 del RD 1483/2012 que el recurso considera infringido contiene una consecuencia relacionada con la conexión de funcionalidad a que venimos aludiendo cuando en su apartado 3 advierte que "el alcance y duración de las medidas de suspensión de los contratos o de reducción de jornada se adecuarán a la situación coyuntural que se pretende superar". Las valoraciones que la SAN recurrida acoge sobre los problemas que atraviesa la empresa, como queda, expuesto, no han sido desvirtuadas y eso hace que quiebre la tesis del recurrente.



D) En resumen, como sostiene el Informe del Ministerio Fiscal, los argumentos de este motivo de recurso no son hábiles para casar la sentencia de instancia.

SEXTO.- Indebido control judicial de las medidas empresariales (Motivo cuarto del recurso de MGO).

1. Desarrollo del recurso.

También al amparo de lo que autoriza el art. 207 e) de la LRJS, el segundo motivo del recurso desarrollado por MGO denuncia que la sentencia de instancia vulnera el art. 47 ET en relación con el 38 de la Constitución Española.

El recurrente considera que la sentencia ha realizado un juicio de oportunidad que no le corresponde. Este juicio se refiere a la consideración de problemas estructurales y no coyunturales, y a que sustituye la valoración del propio empresario sobre qué procede hacer en tal situación.

2. La SAN 127/2017 .

En pasajes anteriores, inclusive los del presente Fundamento, han quedado expuestos los argumentos esenciales de la sentencia recurrida. Insistamos en que da como reales las causas económicas y organizativas, pero declara la nulidad de las medidas empresariales por existir mala fe en la negociación, abuso de derecho y falta de concordancia entre lo que sucede y el tipo de medidas impuestas por MGO.

3. Doctrina pertinente.

A) La STC 8/2015 de 22 enero, al examinar la constitucionalidad de los preceptos que la empresa considera vulnerados (bien que en la redacción posterior de la Ley 3/2012, similar a la aplicada en nuestro caso) ha sentado una doctrina frecuentemente tomada en cuenta por nuestras sentencias, como es obligado, y que acabamos de reproducir en el Fundamento anterior.

B) En STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014, Pleno; *King Regal, SA*) o 422/2016 de 12 mayo (rec. 3222/2014; *Eurest Colectividades, S.L.*) y 1016/2016 de 30 noviembre (rec. 868/2015; *Hearst Magazines, SL*) añadimos lo siguiente:

Queda normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis. Ahora bien, eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado. Una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales. Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial.

Habrà que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo.

C) Las SSTS 30 junio 2015 (rec. 2769/2014) y STS 361/2016 de 3 mayo (rec. 3040/2014) recopilan abundante doctrina y concluyen que: la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores.

D) La STS 26 enero 2016 (rc. 144/2015) resume doctrina en los siguientes términos:

Corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.



Ahora bien, como se ha reiterado, no corresponde a los Tribunales fijar la medida "idónea", ni censurar su "oportunidad" en términos de gestión empresarial, por ejemplo, reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación del despido producido dentro de los términos expuestos.

E) La STS 841/2018 de 18 septiembre (rcud. 3451/2016) examina el acervo doctrinal ya recordado y concluye que el control judicial en orden a la calificación del despido incluye, necesariamente, el de apreciación de si concurre una causa real y verosímil. Los motivos alegados han de ser reales, actuales, proporcionales. La empresa no tiene un poder absoluto en orden a configurar el tamaño de su plantilla, sino que ha de actuar con respeto a todos los derechos e intereses en presencia.

4. Consideraciones específicas.

El motivo de recurso no puede prosperar porque reprocha a la Sala de instancia que haya realizado el control de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad que, precisamente, nuestro ordenamiento considera imprescindible. Ese examen, exigido por nuestra Constitución, al tiempo que presupuesto por las propias normas cuya vulneración alega la recurrente, es inherente a la regulación de las facultades empresariales de reestructuración y a las consecuencias que de ello derivan (inclusive las que implican movilización de recursos de Seguridad Social, del Fondo de Garantía Salarial o de otros organismos públicos).

Negar este control atribuiría a la empresa una facultad inmune a la revisión jurisdiccional, con grave quebranto de los derechos de la plantilla y difícil encaje con nuestro entramado institucional, comenzando por la propia Ley Fundamental. La SAN recurrida, se comparta o no su criterio, expone detalladamente los hechos a partir de los cuales considera que no es adecuada, ni proporcional, la decisión empresarial impugnada. No se trata solo de las deudas con la Seguridad Social (respecto de las cuales sostienen los recursos tesis no adverbadas por la jurisprudencia) sino también de la toma en cuenta del arrastre de previas medidas suspensivas (con deterioro de la posición de las personas afectadas), de ausencia de un plan conjunto (centrándose las decisiones anti crisis solo en minoración de masa salarial), de la propia confesión sobre previsión de pérdida de clientes (lo que imposibilita el pago de los créditos ya solicitados) y de la negociación sobre unas bases alejadas de la realidad.

SÉPTIMO.- El recurso de SITCA.

1. Planteamiento del recurso.

Al amparo del artículo 207.e) LRJS el recurso de SITCA denuncia la infracción de los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, 2.2 de la Directiva 1998/59/CE, y 8 del RD 1483/12 y su jurisprudencia.

Discrepa de la sentencia, en cuanto entiende que la empresa es viable, considerando que la inversión realizada por la adquirente así lo justifica. Se centra en afirmar el carácter coyuntural de los problemas económicos por los que atraviesa la empresa, recordando el alcance de la adjudicación concursal y el tenor de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso nº 3 de Las Palmas.

B) El art. 210.2 LRJS dispone lo siguiente: "En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el art. 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada...".

Sin perjuicio de que el recurso haya sido admitido a trámite, en esta fase procesal no solo nos corresponde comprobar el acierto de esa decisión interina sino también resolverlo con arreglo a los términos en que se ha formalizado, dada su naturaleza extraordinaria.

2. Consideraciones sobre el recurso.

Digamos ya que el recurso realiza una exposición argumental más propia de la instancia o, a lo sumo, de un recurso ordinario y no del extraordinario de casación.

Pese a lo manifestado en su embocadura, no hay cita de jurisprudencia alguna que haya podido ser infringida por la sentencia recurrida y que nos obligue a examinar el modo en que se podría haber desconocido.

Sí aparece como denunciado un ramillete de preceptos, según hemos adelantado. Sin embargo, lo cierto es que no encontramos razonamiento específico alguno acerca del modo en que haya podido infringirse.

Sin perjuicio de reconocer el valor de la economía procesal y de manifestar nuestra comprensión hacia las exigencias que suele comportar la Abogacía en el ámbito laboral, debemos llamar la atención acerca de este modo de atacar una sentencia.



Pensamos que el recurso examinado no se articula como un verdadero recurso extraordinario de casación con el que evidenciar la infracción de las normas legales en las que pudiere haber incurrido la sentencia de instancia, identificando individualizadamente cada una de ellas y ofreciendo el adecuado argumentario jurídico del que pudiere desprenderse los motivos de tal vulneración.

Es en realidad una especie de escrito de alegaciones en el que se resumen las líneas argumentales que animan la posición empresarial y a las que hemos dedicado atención detenida más arriba.

Ello no obstante, apurando la tutela judicial pero sin llegar a construir en momento alguno el recurso, podemos decir que la valoración de lo acaecido se sustenta en una versión diversa a la contenida en la sentencia recurrida, y que ha permanecido incólume. Las consideraciones que hemos vertido en el Fundamento Cuarto deben darse por reproducidas.

OCTAVO.- Resolución.

Por cuanto antecede, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, desestimamos el recurso de casación formalizado por la empresa y declaramos la firmeza de la sentencia recurrida. Dada la modalidad procesal puesta en juego, no procede imponer las costas procesales generadas. El importe de lo consignado, al no ser preceptivo, deberá serle devuelto a la empresa. Conforme al art. 204.4 LRJS, sin embargo, procede disponer la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Asimismo, por lo expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto por el Sindicato SITCA

FALLO

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

- 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores Independiente de Canarias (SITCA), representado y defendido por el Letrado Sr. Redondo Barber.
- 2) Desestimar el recurso de casación interpuesto por MGO By Westfield, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Navarro Contreras.
- 3) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia nº 127/2017 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 18 de septiembre de 2017 y auto de aclaración de 29 de septiembre de 2017, en autos nº 187/2017, seguidos a instancia de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.-Servicios) contra dichos recurrentes y Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), Abencys Reestructuraciones S.L.P. (en su calidad de administradora concursal de la empresa), sobre conflicto colectivo.
- 4) No realizar pronunciamiento especial sobre las costas procesales, debiendo asumir cada parte las propias.
- 5) Acordar la devolución de la cuantía consignada por la empresa para recurrir en casación.
- 6) Disponer la pérdida del depósito para recurrir constituido por MGO By Westfield, S.L..

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

Así se acuerda y firma.