



Roj: **STSJ GAL 8765/2012 - ECLI:ES:TSJGAL:2012:8765**

Id Cendoj: **15030340012012104937**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2012**

Nº de Recurso: **14/2012**

Nº de Resolución: **5198/2012**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RICARDO PEDRO RON LATAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8765/2012,**  
**STS 1434/2014**

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

#### **SALA DE LO SOCIAL-001**

PLAZA DE GALICIA

**N.I.G:** 15030 34 4 2012 0112243 , **Modelo:** 418000

**DEMANDA EN SALA Nº:** 001

**Tipo de procedimiento:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000014 /2012

**Materia:** DESPIDO OBJETIVO

**Demandante/s:** SINDICATO NACIONAL DE CCOO DE GALICIA, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA ,  
COMITE EMPRESA ARIAS HERMANOS CONSTRUCCIONES SA

**Demandado/s:** FOGASA, ARIAS HERMANOS CONSTRUCCIONES,S.A.

#### **MAGISTRADO PRESIDENTE ILMO/ILMA SR/SRA**

BEATRIZ RAMA INSUA

#### **ILMOS/ILMAS MAGISTRADOS/AS:**

MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO

RICARDO PEDRO RON LATAS

#### **SENTENCIA Nº:**

En A Coruña, a 29 de octubre de 2012.

Habiendo visto esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia compuesta por los/as Ilmos/as Sres/as Magistrados/as citados/as, los autos 14/12 y su acumulado 15/12, EN NOMBRE DEL REY, han dictado la siguiente

#### **SENTENCIA**

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Magistrados citados, en demandas acumuladas núm. 14/2012 y 15/2012 sobre Despido Colectivo a instancia del Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, representado por el letrado don Felipe C. Martínez Ramonde, el Comité de Empresa de la empresa ARIAS CONSTRUCCIONES, S.A., representada por su presidente don Nemesio y asistido por el letrado don Antonio Pousa Merens, y la Confederación Intersindical Gallega, representada por el letrado don Héctor López de Castro Ruíz, frente a la empresa ARIAS CONSTRUCCIONES, S.A., representada por



la letrada doña Pilar Ramos Sánchez, y el FOGASA, que no comparece; es ponente el Magistrado Sr. RICARDO PEDRO RON LATAS.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El día 13 de junio de 2012, el Comité de Empresa de ARIAS HERMANOS CONSTRUCCIONES, S.A., representado por su presidente, don Nemesio , presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de impugnación de despido colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia estimatoria de la demanda "por la que se declare que no concurren causas que amparen la decisión extintiva, declarándola no ajustada a Derecho, con las consecuencias derivadas de tal declaración y cuantas otras procedan en Derecho".

**SEGUNDO** .- El día 13 de junio de 2012, el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, representado por el letrado don Felipe Martínez Ramonde, presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de impugnación de despido colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia estimatoria de la demanda "por la que se declare la nulidad de la decisión extintiva empresarial o, subsidiariamente, se proceda a la declaración de la misma como no ajustada a Derecho".

**TERCERO** .- Por Auto de fecha 20 de junio de 2012, este Tribunal acordó acumular ambas demandas, señalando, tras su admisión, el día 11 de julio de 2012 para conciliación y/o juicio. Por escrito presentado en fecha 2 de julio de 2012, la letrada de la empresa demanda solicita, entre otros extremos, la suspensión de la vista acordada, a lo que se accede por Decreto de fecha 3 de julio de 2012, señalando el día 19 de septiembre de 2012 para conciliación y/o juicio. Por Diligencia de fecha 19 de septiembre de 2012 se suspende el acto del juicio hasta el 25 de septiembre de 2012. En la fecha señalada se acuerda nuevamente la suspensión del juicio, señalando el día 3 de octubre de 2012 como fecha para la celebración de la conciliación y/o juicio.

**CUARTO** .- Tales actos se celebraron en la fecha indicada. La conciliación se tuvo por intentada sin avenencia. En juicio, tras ratificarse las partes actoras en sus peticiones, oponiéndose la demandada, se admitió y practicó la prueba propuesta por las partes litigantes, tras lo cual éstas formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO**.- Con fecha 13 de junio de 2012, tuvieron entrada en esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, demandas formuladas por la representación legal del Sindicato Nacional Comisiones Obreras de Galicia y por el Comité de Empresa de ARIAS HERMANOS CONSTRUCCIONES, S.A., interesando que se declarase la decisión extintiva como nula o subsidiariamente no ajustada a Derecho.

**SEGUNDO** .- La empresa ARIAS HERMANOS CONSTRUCCIONES, S.A., por medio de escrito que obra en el folio 1065 de los autos (y que se da por reproducido), comunicó en fecha 11 de abril de 2012 a los representantes legales de los trabajadores de la empresa demandada su decisión de iniciar los trámites de un despido colectivo con el objeto de llevar a cabo la extinción de 28 contratos de trabajo por causas económicas, organizativas y de producción, lo que se comunica a su vez el día 13 de abril de 2012 a la Autoridad Laboral. El período de consultas se inició el día 18 de abril de 2012. En el expediente remitido a la Autoridad Laboral (que fue subsanado en su momento), que consta en los folios 1124 a 1142 de los autos y que debe darse por reproducido, consta la relación nominal de trabajadores afectados, las cuentas provisionales del ejercicio 2012 y un informe técnico acreditativo de las causas de extinción.

**TERCERO** .- El período de consultas se desarrolló desde el día 18 de abril de 2012 hasta el día 11 de mayo de 2012, en cuya fecha se suscribió acta final sin acuerdo, habiendo tenido lugar las sesiones que han quedado documentadas en las actas levantadas al efecto que figuran en los folios 1109 a 1114 vuelto, y que se dan por reproducidas. Tras finalizar sin acuerdo el período de consultas, la empresa demandada remite en fecha 15 de mayo de 2012 a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad Laboral la decisión final de despido colectivo que ha adoptado, así como las condiciones del mismo, relacionando nominalmente los trabajadores finalmente afectados por la decisión extintiva, cuya relación se da por reproducida según consta en el folio 1145 de los autos. La decisión extintiva es comunicada individualmente a los trabajadores afectados, así como a la Autoridad Laboral, según cartas que constan en los folios 1283 a 1359 de los autos, y que se dan por reproducidas.

**CUARTO** .- La empresa, durante el período de consultas, propuso como medidas para reducir el personal afectado la supresión del complemento por incapacidad temporal y de las denominadas "vacaciones de



invierno", la modificación y ampliación del ERE suspensivo, distinta planificación del tiempo de trabajo, reducir el número de trabajadores afectados e incremento de la distribución irregular de la jornada.

**QUINTO** .- La empresa demandada ha registrado en el año 2009 un resultado positivo de 384.426,48 €, con una cifra de negocio neto de 36.432.377,42 €; en el año 2010 un resultado positivo de 278.287,17 €, con una cifra de negocio neto de 26.437.923, 23 €; en el año 2011 un resultado positivo de 4.097,08 €, con una cifra de negocio neto de 28.580.623,55 €; en el año 2012, hasta el 31 de mayo de 2012, un resultado negativo de 4.034.366,34 €, con un saldo final negativo de 322.712,68 € y una cifra de negocio neto de 6.867.024,62 €. La empresa demandada ha solicitado en fecha de entrada en la AEAT de 7 de junio de 2012 el aplazamiento del pago del IVA del mes de abril de 2012, siendo aprobada por resolución de 27 de julio de 2012 el aplazamiento del correspondiente al mes de mayo de 2012. La cartera de obra (pendiente de certificar) de la empresa en 2009 era de 33.440.815,29 €; la cartera de obra (pendiente de certificar) de la empresa en 2010 era de 22.593.383,94 €; la cartera de obra (pendiente de certificar) de la empresa en 2011 era de 14.002.399, 42 €; la cartera de obra (pendiente de certificar) de la empresa en 31 de mayo de 2012 era de 5.413.558,82.

**SEXTO** .- Por resolución de 19 de julio de 2012, la Autoridad Laboral resuelve estimar la petición de la empresa demandada, pactada con los trabajadores según consta en el acta de 14 de julio de 2011 (que figura en el folio 1888 de los autos y que se da aquí por reproducida), de autorizar la suspensión temporal de los contratos de trabajo de 119 trabajadores de la empresa demandada durante un período de 18 meses, entre los cuales se encuentran la mayoría de los trabajadores afectados por la decisión extintiva de 2012. En el año 2012 la empresa abonó las horas extraordinarias que figuran en la relación de los folios 1903 y 1904 de los autos, que se da por reproducida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Los hechos declarados probados resultan de la prueba practicada, en particular, de la documental aportada a los autos, el interrogatorio de testigos, así como de las periciales practicas en el acto de juicio, en tanto fueron objeto de contradicción.

**SEGUNDO** .- La representación unitaria de los trabajadores de la empresa demandada plantea en su demanda la oposición a la decisión extintiva de la empresa (apoyada en causas económicas, organizativas y de producción) alegando: 1º) que no ha demostrado la existencia de causas amparadoras de la extinción; y 2º) que la empresa está actuando con mala fe, dolo y abuso de derecho. Precisamente por ello, lo que suplica en su demanda es que se declare la nulidad o la improcedencia del despido de los trabajadores.

En el momento del despido se encontraba vigente el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, que vino a modificar (de nuevo) el art. 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que restringe el objeto del presente proceso, ya que sólo podrá fundarse (según el apartado 2 del precepto) en tres motivos tasados, a saber: a) que "no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita"; b) que "no se ha respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET "; y c) que "la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho". A pesar de esa dicción legal, también podrá fundarse en la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, porque si la sentencia puede declarar por ese motivo la nulidad del despido (artículo 124.9), resulta evidente que dicho motivo puede ser alegado en demanda.

Atendiendo al objeto del pleito, la norma indica más adelante que la decisión extintiva resultará: 1º) ajustada a derecho, "cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores , acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida" ( art. 124.9 LJS); o 2º) nula, "cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores , u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho" (art. 124.9 LJS); o 3º) no ajustada a derecho, "cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva" (art. 124.9 LJS).

En esta ocasión, la representación de los trabajadores no hace referencia alguna a la posible vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas (la cual, por lo demás, resulta inexistente), pero insiste (fundamentando así la solicitud de nulidad contenida en el suplico de la demanda) en que la medida empresarial se ha tomado con mala fe (conducta, por cierto, no mencionada en la norma), dolo y abuso de derecho (con olvido así del fraude y la coacción). Por su parte, la representación del sindicato CC.OO. se limita a alegar que la comunicación extintiva se ha adoptado en fraude y con abuso de derecho.

A la vista de lo acreditado en pleito, sin embargo, no puede afirmarse que en la decisión empresarial de extinguir los contratos de los trabajadores concorra esta concreta causa de nulidad. Los vicios que justifican



la declaración de nulidad del despido son, según el art. 124.9 LJS, el fraude (de ley, obviamente), el dolo, la coacción y el abuso de derecho. Y un examen de cómo se ha desarrollado la decisión extintiva excluye que la misma se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

En efecto, de todo lo acreditado en pleito no se deduce en modo alguno la presencia de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en la decisión de despedir. La presencia de fraude de ley (proscrito por el art. 6.4 CC ) exige el empleo de medios, artimañas o ardidés que tengan como finalidad causar un daño a otro -y también la obtención de un beneficio-, pero que se realiza sin una oposición frontal al Derecho. La manera de llevarlo a efecto es valiéndose de subterfugios aparentemente acomodados a la legalidad, simulando respetar la letra de la Ley; buscando así una cobertura indirecta se pretende conseguir un fin contrario al verdadero espíritu de la norma, a su auténtico sentido, a su contenido ético y social. El fraude de ley, pues, supone una infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas; un acto *contra legem* , de forma que el *fraus alterius* o *fraus hominis* implica, con carácter general, un *fraus legis* . Así, el fraude de ley requiere la presencia de una norma de cobertura -que es a la que se acoge el que intenta el fraude-, la norma eludida -es decir, la que a través del fraude se intenta eludir en forma engañosa-, y una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, intentando obtener un resultado prohibido por el ordenamiento.

El dolo, por su parte, como vicio de la voluntad en la emisión del consentimiento, resulta de la conducta voluntaria e intencionada de una parte que provoca, con maquinaciones insidiosas, que otra parte suscriba un acuerdo que, de no haber mediado aquella conducta antijurídica, no se hubiera producido. Normalmente, mediante ese mecanismo doloso se trata de evitar la extinción de la relación laboral por despido colectivo declarado nulo cuando, por ejemplo, el empleador falsea las condiciones laborales aparentando una degradación de las mismas, sin cuya maquinación no se hubiera producido el acuerdo con la representación legal de los trabajadores. En definitiva, el dolo presupone que uno de los contratantes conscientemente - como se deduce de la expresión "insidiosas" del artículo 1269 del Código Civil - pretende determinar la voluntad de su contraparte en el sentido por aquel previsto y querido, de modo que sin la conducta dolosa no se hubiera llegado a alcanzar el acuerdo. A su vez, la intimidación, definida en el artículo 1267 del Código Civil , requiere, a efectos de provocar la nulidad del acto jurídico, que uno de los contratantes valiéndose de un acto injusto - y no, por tanto, del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho- ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral ( *vis compulsiva* ) de tal entidad que, por la inminencia del daño que pueda producir y por el perjuicio que hubiera de originar, sea capaz de influir sobre su ánimo, induciéndole a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses. El concepto del abuso de derecho, en fin, recogido en el artículo 7.2 del Código Civil , ha venido siendo configurado por la jurisprudencia como integrado por estas notas esenciales: 1ª) uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2ª) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3ª) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva con la intención de perjudicar o bajo formas objetivas, cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Aunque el alcance del abuso del derecho sobre el acuerdo del empresario y representante de los trabajadores es más amplio que los vicios antes señalados de dolo y coacción, en la *praxis* judicial se ha mantenido principalmente como mecanismo para obtener (ilícitamente) el consentimiento de los representantes legales de los trabajadores o para evitar connivencia entre empresarios y tales representantes legales en perjuicio de la estabilidad en el empleo de los trabajadores.

Sobre esta base, tal y como se dejó escrito, de la actuación de la empresa durante todo el expediente no se desprende, en forma alguna, que haya existido fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho en su decisión de extinguir los contratos de los trabajadores, por lo que ha de estimarse que ambas partes actuaron sin que en el aspecto volitivo pueda apreciarse la existencia de vicio alguno que invalide la adopción del acuerdo extintivo adoptado, o incluso durante el período de consultas. El hecho de que, según se afirma en la demanda, no exista la causa alegada para despedir, y que la empresa no lo admita sin tomar medidas alternativas que no sean tan onerosas, ello constituye una simple cuestión de legalidad ordinaria, que será estudiada seguidamente; no basta, pues, para declarar la nulidad el simple recurso de achacar tales vicios a la decisión extintiva empresarial, dudando de que las causas de extinción hayan quedado o no suficientemente acreditadas. En este sentido, no está de más recordar que esta Sala viene declarando desde antiguo (por todas, sentencia de 12 de mayo de 1994 [rec. núm. 3447/1992 ]), los derechos han de entenderse ejercitados, por elemental seguridad jurídica, conforme al fin para el que han sido reconocidos, y que quien alega el fraude de ley (extensible al dolo, la coacción o el abuso de derecho) habrá de demostrar (la empresa únicamente deba probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo), inequívocamente, la existencia de discordancia entre el fin del acto jurídico y el de la norma, poniendo de manifiesto un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, afirmando que " *no puede olvidarse que el fraude no se presume sino que ha de ser acreditado por el que lo invoca* " ( sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004 [rec. núm. 3143/2003 ]), sin que pueda imponerse al beneficiario la carga de





acreditar el carácter no fraudulento de su forma de actuar, y aquí la actividad probatoria desplegada no permite constatar la presencia de alguno de los vicios señalados.

**TERCERO** .- Con relación a lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores , tampoco se aprecia vulneración de lo dispuesto en los mismos, y, por ende, que exista causa de nulidad del despido. Antes de entrar en ello, debe dejarse escrito que no es necesario que en la comunicación de apertura del período de consultas se identifique nominalmente a los trabajadores, de un lado, porque el art. 51.2 ET no lo exige, y del otro, porque el RD 801/2011, de 10 de junio (parcialmente vigente), tampoco, permitiendo que se sustituya por la " *concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo* " ( art. 8 c)], lo cual, por lo demás, supuesta su ausencia, tampoco sería causa de nulidad, al no venir contemplado dicho requisito en el art. 51.2 ET ; artículo este según el cual (el art. 51.7 no interesa, por cuanto que el mismo se refiere únicamente a la extinción por fuerza mayor) el trámite a seguir en estas ocasiones exige: 1º) un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, que deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad; 2º) que la comunicación de la apertura del período de consultas se haga por escrito a los representantes legales de los trabajadores (una copia del cual se hará llegar, junto con la comunicación, a la autoridad laboral), en la que se consignen la especificación de las causas del despido colectivo, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el periodo previsto para la realización de los despidos y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos; 3º) que a la comunicación se acompañe una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior; 4º) negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo; y 5º) comunicación a la autoridad laboral del resultado del período de consultas, así como, supuesto que como es aquí el caso no exista acuerdo, la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo a los trabajadores y la autoridad laboral.

En esta ocasión, sin embargo, no puede afirmarse que el empresario no haya respetado lo previsto en el art. 51.2 ET , habiendo llevado a efecto cumplidamente las exigencias procedimentales del precepto en cuestión. Es más, como hemos dejado escrito, ahora el art. 51.2 ET (tras la reciente reforma legal) determina la documentación a entregar durante el período de consultas, y por ello se ha dictado la Orden ESS/487/12, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de 2011, señalando que se entienden vigentes aquellos preceptos que cita, y que deben aplicarse en tanto no se opongan a lo que establecen los arts. 51 y 47 del ET . Pues bien, la dudosa obligatoriedad de esta Orden para el órgano jurisdiccional, en tanto no deja de ser una interpretación ministerial de los efectos y vigencia de una Ley, lleva a concluir que las exigencias formales actuales no son las del Reglamento de 2011, sino las expresamente recogidas en el artículo 51 del ET . Aquellas fueron dictadas como normas de actuación ante la Autoridad Laboral, y éstas son las que el órgano judicial debe comprobar que han sido cumplidas a los efectos de la posible declaración de nulidad de la decisión extintiva, que contempla el artículo 124 de la LJS, en el que se prevé dicha declaración, no del despido, sino de la decisión extintiva, cuando no se haya respetado lo previsto, no en el Reglamento, sino en el artículo 51 del ET . En éste expresamente se señala que continúa correspondiendo a la Autoridad Laboral velar por la efectividad del periodo de consultas, pudiendo remitir en su caso advertencias y recomendaciones a las partes, que en ningún caso supondrán la paralización del expediente.

Y así lo recoge además la Orden citada cuando señala que se mantiene la intervención de la Autoridad Laboral como garante de la efectividad de dicho período de consultas. Por ello, en tanto no se dé cumplimiento a la elaboración del Reglamento de Procedimiento que prevé el apartado 2 de la Disposición Final Decimoquinta del RD Ley 3/2012, lo que el órgano judicial ha de hacer es velar por el cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 51 del ET . En definitiva, entiende la Sala que la nulidad de la decisión extintiva sólo cabe cuando se incumplen las exigencias contenidas en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , siendo factible para un mejor desarrollo del período de consultas acudir a las exigencias del Reglamento citado, pero su incumplimiento no puede derivar en nulidad si al menos las del artículo 51 han sido cumplidas, cabiendo incluso en la apertura del periodo de consultas todo tipo de subsanaciones y precisiones, de las que además resulta garante la Autoridad Laboral, es decir, que cualquier defecto formal se puede alegar y subsanar en el periodo de consultas, lo cual, por lo demás, así se hizo aquí su momento.

**CUARTO** .- La parte actora ha fundado también su oposición en defectos formales durante en el periodo de consultas, más en concreto, los demandantes alegan que se puede constatar la inexistencia de voluntad negociadora empresarial durante el mismo, no constando propuestas empresariales concretas acerca de las



posibilidades de atenuar o reducir los despidos. Ciertamente, durante el periodo de consultas para que se puedan llevar a cabo las extinciones colectivas de los contratos de trabajo las partes tienen que negociar de buena fe para intentar alcanzar un acuerdo (así lo exige el art. 51.2 del ET). Por tanto, si se demuestra que la empresa nunca ha tenido intención de llevar a buen fin el periodo de consultas, o incluso que dicho periodo ha estado vacío de contenido, es decir, que se ha convocado exclusivamente para cumplir formalmente el trámite, el periodo de consultas así planteado debería calificarse de nulo. Por lo tanto, una cosa es que no sea imprescindible alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas para llevar a cabo las extinciones colectivas pretendidas por la empresa, y otra muy distinta que no haga falta ni intentarlo. La ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, pero sí a negociar. La redacción del precepto es clara en este sentido, al señalar que las consultas deberán versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias a través de otras medidas, y todo ello, lógicamente, dentro de la buena fe. En esta ocasión, las consultas existieron, las propuestas constan en las actas, pero la ausencia de acuerdo nada significa porque la norma obliga a negociar pero no a pactar. De este modo, puede afirmarse que en el caso enjuiciado ha quedado acreditado que existió voluntad empresarial de negociar, y de reducir las consecuencias negativas del despido. Así, consta en el hecho probado cuarto que durante el periodo de consultas se han producido seis reuniones con los representantes legales de los trabajadores, que se documentan en las actas, y en las que se han planteado distintas propuestas empresariales.

Por lo que se refiere a la alegación (del sindicato CC.OO.) acerca de que durante el período de consultas no se ha justificado suficientemente la medida propuesta, ni se han explicitado suficientemente los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, se puede reproducir *mutatis mutandis* lo ya expresado anteriormente, sin que en cualquier caso este Tribunal aprecie tales defectos formales durante el período de consultas, existiendo en la memoria explicativa todos los extremos exigidos en la norma, siendo cuestión distinta la legítima discrepancia sobre los mismos.

**QUINTO** .- Por último, los demandantes coinciden en que debe declararse no ajustada a Derecho la decisión extintiva, ya que el empresario no ha acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. El primer argumento en el que apoyan su conclusión es la existencia de un ERE suspensivo, cuya vigencia en el momento de la extinción colectiva de los contratos de trabajo debiera suponer su declaración de no ajustada a Derecho, al no poder concurrir la causa alegada en la comunicación escrita.

La oposición frontal de los actores a la decisión extintiva se debe principalmente, en efecto, a que con fecha 19 de julio de 2011 se dictó resolución (en el expediente 7/2011) por la Dirección General de Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia por la que se estimaba la petición de la empresa aquí demandada, autorizando la suspensión temporal de los contratos de trabajo de 119 trabajadores durante un período de 18 meses por causa de la existencia de causas económicas y de producción. Se trató, no obstante, de una decisión consensuada con la representación legal de los trabajadores de la empresa, según consta en el acta rubricada por la representación empresarial y obrera el 14 de julio de 2011. La empresa (así consta en la mentada resolución) alegaba al respecto que la situación económica negativa del sector de la construcción, unido al descenso de la licitación pública, provocaba la necesidad de solicitar la suspensión de un número importante de contratos de trabajo, habiéndose consensuado a tal efecto en el acuerdo del ERE suspensivo que la suspensión de los contratos se realizaría en función de la cartera de obra a ejecutar, y atendiendo al personal necesario para su correcta ejecución.

Así las cosas, lo que debe determinar este Tribunal es si la existencia de ese ERE suspensivo, todavía vigente, permite apreciar la concurrencia de las causas legales de extinción alegadas en la comunicación a los trabajadores afectados. Pues bien, para resolver el dilema debe tenerse en cuenta como presupuesto previo el hecho de que tanto la suspensión como la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción presentan carácter objetivo, al derivar de un concreto hecho sobrevenido que no puede imputarse a culpa o negligencia del trabajador de ahí su carácter objetivo-, y que provoca la extinción o suspensión del contrato por imposibilidad o excesiva onerosidad. Se trata, pues, de situaciones que no pueden atribuirse a una actitud voluntaria de los trabajadores determinante de un incumplimiento laboral de las obligaciones que les corresponden, sino a causa objetiva, independiente de una determinación deliberada, comprensiva de un amplio campo, desligada, por lo tanto, de cualquier carácter culposo o doloso en el proceder del trabajador. Es decir, que durante el transcurso de la relación laboral resulta frecuente que en algún momento de la misma se den circunstancias que hagan imposible o excesivamente onerosa alguna de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, esto es, trabajar y remunerar el trabajo. Y así, cuando se presuma que esta imposibilidad u onerosidad puede ser definitiva, la solución que el ordenamiento jurídico otorga es la extinción del contrato de trabajo; en cambio, cuando se prevé que dicha imposibilidad o excesiva onerosidad será temporal, se produce la mera suspensión del contrato de trabajo, quedando así las dos partes del contrato de trabajo exoneradas de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.



Se trate de uno u otro recurso, lo cierto es que, cualquiera que sea la opción elegida por la empresa, las causas legales que legitiman cualquiera de ellas resultan ser las mismas. Así, en el momento de resolverse el expediente de suspensión el art. 47 ET permitía la suspensión de los contratos por la mismas causas que el art. 51 ET (esto es, " 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, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. 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 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. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda "), siempre que de " la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa ".

Además de todo ello, debo tenerse en cuenta (seguimos con los presupuestos previos) que en el momento de tomarse la decisión empresarial de despedir a los trabajadores se había publicado pocas semanas antes el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, que dio (en su art. 18.3) nueva redacción al art. 51 ET , modificando de manera sustancial todo lo relativo a las causas de despido colectivo. Ahora, para entender que concurren causas económicas, se sigue exigiendo que 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 o ventas", entendiéndose en todo caso que "la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos". Por su parte, las causas técnicas siguen exigiendo "cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción", la causas organizativas "cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción", y las causas productivas "cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

De este modo, las novedades más significativas resultan ser (todas ellas con relación a las causas económicas), de un lado, que se elimina cualquier referencia a la necesidad de que la empresa acredite los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado; y del otro, la concreción -la objetivación- de la causa extintiva económica, que se dará en todo caso, sin necesidad de justificación alguna, cuando exista una disminución de ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos. Es decir, que ahora se presume que la existencia de pérdidas o la disminución de ingresos provoca una situación negativa en la empresa, que afecta necesariamente a su capacidad de mantener el volumen de empleo o su viabilidad, lo que posibilitará la extinción de los contratos sin necesidad de que la empresa justifique la razonabilidad de la medida para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado, bastando para ello con probar los resultados alegados en la carta de despido; de este modo, la simple presencia de pérdida actuales o previstas bastará para extinguir los contratos de trabajo, mientras que si lo que alega es una disminución (sin necesidad de que existan pérdidas) persistente del nivel de ingresos o ventas, bastará con que esta se produzca durante tres trimestres consecutivos.

Sobre estos presupuestos previos, pues, este Tribunal entiende que el hecho de que en el momento de la extinción continúe imperando el ERE suspensivo impide que se pueda declarar ajustada a derecho la decisión extintiva. La razón de esta decisión es doble. En primer lugar, esta Sala entiende que la reducción de mal llamado "capital humano" de la empresa como solución a su situación económica negativa no puede llevarse a efecto cuando ese mismo capital humano no forma parte -en el momento de la toma de la decisión extintiva- del ámbito productivo de la empresa al haberse pactado colectivamente la suspensión de los contratos; no se puede reorganizar un recurso que hace meses que ya no forma parte (bien es cierto que de manera temporal) del organigrama empresarial. La empresa ya eliminó (de manera consensual) en su momento de la ecuación necesaria para solventar la situación de crisis parte del capital humano (cierto es que de manera temporal), por ello los factores a tener en cuenta para continuar con las medidas necesarias para hacer frente a la negativa situación económica no pueden ser los ya tenidos en cuenta en su momento, recurriendo al sencillo expediente de acogerse a la reforma legal (que facilita aún más el despido por causas objetivas, ya individual, ya colectivo) con la finalidad de extinguir los contratos de trabajadores cuya gran mayoría ya habían aceptado (mejor, pactado) la suspensión de su contrato.



Tal regla, sin embargo, debiera admitir excepciones, y aquí se encuentra la segunda de las razones apuntadas. Antes de entrar con ello, no está de más recordar que el ERE suspensivo se acordó por ambas partes (así se refleja en el acta que figura como documento 1888 de los autos) en fecha 14 de julio de 2011, luego refrendado por la Autoridad Laboral. Y decimos que no está de más recordar esta circunstancia porque ello nos permite afirmar que la excepción a la que hemos hechos referencia tiene precisamente que ver con el principio *pacta sunt servanda*, que prescribe la obligatoriedad de los pactos (los acuerdos deben ser cumplidos), a la que cabe oponer la cláusula *rebus sic stantibus*; sin embargo, para que opere la misma hace falta, de un lado, un nuevo acuerdo de las partes (que aquí es inexistente), y del otro, que el cambio de circunstancias sea fundamental (no meramente accidental) y que haga más gravoso su cumplimiento. ¿Significa ello que sólo con acuerdo de las partes se puede extinguir colectivamente los contratos de trabajo durante la vigencia del ERE suspensivo?

Debe tenerse en cuenta a estos efectos que nos encontramos frente a un acuerdo colectivo relativo a la suspensión de contratos de trabajo durante un determinado período de tiempo. Y no debe olvidarse que los acuerdos colectivos alcanzados en el seno de los expedientes de regulación de empleo (tanto al amparo del art. 51 como del 47 ET) constituyen un fenómeno de negociación colectiva con ámbito reducido a la propia empresa, y que en consecuencia, su contenido tiene una indudable naturaleza obligacional, de manera que vincula a las partes al cumplimiento de lo pactado. No sólo eso, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, "únicamente cabría aplicar la cláusula «rebus sic stantibus» -y restrictivamente, además- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2011 [rec. núm. 53/2010]).

Sobre esta base, pues, resulta indudable que la cláusula *rebus sic stantibus* resulta inaplicable en supuestos como el que nos ocupa, y por ende, la inadecuación a derecho de la extinción colectiva de los contratos de trabajo, al no haberse llevado a cabo la modificación (que en el fondo es de lo que se trata) del pacto colectivo por el cauce habilitado en derecho para ello, que lógicamente no resulta ser el despido colectivo sin acuerdo con la parte obrera. Es más, aún en el caso de que se oponga que las causas alegadas para la extinción son nuevas (lo que únicamente es predicable de las organizativas), y además que las circunstancias han cambiado, la aceptación de tales argumentos exigiría la alteración extraordinaria de las circunstancias, la desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado, y la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Aquí, los requisitos que podrían condicionar la aplicación de la citada cláusula no concurren en el presente caso, de un lado, porque las causas alegadas son sustancialmente las mismas, sin que se haya acreditado fehacientemente la presencia de causas organizativas, y del otro, porque la cifra de negocio neto a finales de 2011 fue superior a la de 2010 (lo que permite suponer que el ERE suspensivo está ayudando a superar la situación económica negativa). La fecha en la que se promueve el expediente de regulación de empleo permite sostener que el mismo fue promovido para aprovechar la reforma legal operada en el art. 51 ET, que ahora permite, con la mera constatación de una situación económica negativa (esto es, pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas) la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen la plantilla de la empresa o la supresión de la totalidad de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio. Ahora se entiende que los despidos (si basados en causas económicas) se justifican con la constatación de una situación económica negativa, pues con ellos se reducen directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa, siendo automática la conexión entre la reducción de costes de personal y la reducción de pérdidas en la empresa, con ello pues, no solo se objetiviza la delimitación de las causas sino que, además, se eliminan los juicios sobre la razonabilidad y oportunidad de las medidas.

**SEXTO** .- Por todo ello, la demanda debe ser estimada, declarando no ajustada a derecho la decisión extintiva, al no haber acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva el empresario. En consecuencia,

## FALLAMOS

Que estimando la demanda de despido colectivo interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, el Comité de Empresa de la empresa ARIAS CONSTRUCCIONES, S.A., y la Confederación Intersindical Gallega, frente a la empresa ARIAS CONSTRUCCIONES, S.A. y el FOGASA, la Sala declara no ajustada a derecho la decisión extintiva, al no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración.





**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo que deberá ser preparado por comparecencia, o mediante escrito en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyo, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 600 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL con el núm. 1552 0000 37 (nº del procedimiento - cuatro dígitos- y año -dos dígitos) acreditándolo mediante la presentación del justificante de ingreso en el momento de la preparación; igualmente, deberá haber consignado en aquella Cuenta de Depósitos la cantidad objeto de condena, o acompañar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Sala con la preparación del recurso.

Por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo.Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ