

Roj: **SAN 806/2013 - ECLI:ES:AN:2013:806**Id Cendoj: **28079240012013100014**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/01/2013**Nº de Recurso: **305/2012**Nº de Resolución: **14/2013**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de Enero de dos mil trece. La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

### EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el procedimiento 305/2012 seguido por demanda de CONFEDERACION SINDICAL ELA contra KIDER S.A. sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Según consta en autos, el día 31 de Octubre de 2012 se presentó demanda por CONFEDERACION SINDICAL ELA contra KIDER S.A. sobre conflicto colectivo

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 24 de Enero de 2012 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**Cuarto.-** Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La Confederación Sindical ELA se ratificó en el contenido de la demanda, en cuyo suplico solicita *"que se declare nula o injustificada la pretensión de Kider S.A. para suspender los contratos de trabajo de 416 trabajadores, declarando la inmediata reanudación del contrato de trabajo, condenando al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestación por desempleo durante el período de suspensión; sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por parte del empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas y demás consecuencias jurídicas y económicas derivadas de tales declaraciones"*.

Explicó el sindicato que la medida de suspensión temporal de contratos de trabajo por causas productivas ahora impugnada afectaba a toda la plantilla de la empresa a aplicar entre octubre y diciembre de 2012, pero que en junio pasado tras la fusión con otras empresas, se había adoptado otra medida similar para implementar entre julio y septiembre, que no llegó a utilizarse al 100% y que se encuentra actualmente impugnada.



Indicó igualmente que, a pesar de haberse alegado causas productivas, el análisis de la causa en el período de consultas no se había hecho centro a centro sino que la empresa había aportado datos globales. También negó que hubiera tenido lugar una negociación efectiva, lo que, a su juicio, comportaría la nulidad de la suspensión.

Seguidamente, la parte demandante mantuvo que tampoco concurría causa justificativa ni conexión funcional con sus efectos. Señaló que, conforme indicaba el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que obra en el expediente administrativo, resulta incongruente la alegación de causa productiva cuando los trabajadores ostentan una media de 12 días de vacaciones pendientes de disfrute.

También indicó que, según el calendario de la empresa, de los 20 días de suspensión propuestos, sólo se aplicaron 3 días en octubre y 5 en noviembre (en su mayoría en viernes, cuando el horario es más reducido y sin embargo se consume un día completo de desempleo), reservándose los 12 días restantes para aplicarlos a su conveniencia.

Kider S.A. se opuso a la demanda, alegando en primer lugar la excepción de falta de conciliación previa, por considerar que el art. 64 LRJS sólo exceptúa de esta exigencia a los procesos del art. 138 LRJS, que no es el caso. La empresa mantuvo que la información en el período de consultas se había desglosado por centros, y aludió a la crisis del sector al que pertenece la empresa, viéndose afectada su cifra de ventas desde 2008 en un 48%. Pasó por varias medidas de flexibilidad interna y externa desde entonces, alcanzando un Plan Social en 2011 que incluía extinciones, aunque algunas no se llegaron a ejecutar. En 2010 y 2011 tramitó dos EREs sin acuerdo que, sin embargo, fueron autorizados por la autoridad laboral, y que no llegó a implementar al 100%. En 2012 la caída del mercado se agudizó, de modo que la empresa acordó el aplazamiento de deudas con la Hacienda y con la Tesorería General de la Seguridad Social, y retrasó el abono de las pagas extraordinarias.

La demandada explicó que los EREs suspensivos se adoptan por períodos de tres meses, porque es ese período el que permite tener en cuenta los pedidos para hacer previsiones de ventas, y que no afecta a diciembre porque tal es el mes en el que se disfrutan vacaciones y días de compensación. Mantuvo que, respecto del anterior ERE, la empresa había experimentado una caída de ventas del 47%. Alegó que la causa productiva se fundaba, principalmente, en dos proyectos que se cancelaron en abril (con Carrefour Planet y con Día); teniendo en cuenta que Carrefour suponía un 88% de la previsión productiva para los 4 siguientes ejercicios.

Por último, indicó que las subcontrataciones existentes en la empresa se limitaban a limpieza y mantenimiento informático. ELA se opuso a la excepción formulada de contrario, porque el art. 64 LRJS no exige conciliación previa.

**Quinto** . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- la actividad de la empresa es la fabricación de muebles para grandes, con dos mercados esenciales: España y Europa.
- Se ha producido alto coste de transporte de los productos.
- En 2008 se produce una inflexión a la baja de la actividad productiva.
- A pesar del proceso de fusión hay autonomía de las empresas a todos los efectos. La documentación se desglosó por centros.
- Desde 2008 a 2012 se ha producido un descenso de ventas en un 45% con resultados de la empresa en 2008 de 5,5 millones de euros en beneficios y un resultado de explotación de 6 millones de euros. En 2009 se han producido 4,5 millones de euros en pérdidas con resultado de explotación de -4,2 millones de euros. En 2010 pérdidas de 1,1 millones de euros, con resultado de explotación de -1 millón de euros. En 2011, pérdidas de 6 millones de euros, con resultado de explotación de -5,2 millones de euros.
- La empresa tenía un problema de financiación y tuvo que iniciar una línea de crédito con cuatro bancos, siempre que el EBITDA sea positivo en 415.000 euros.
- La empresa tuvo problemas con la Seguridad Social y Hacienda, pidiendo un aplazamiento de 500.000 euros con la Tesorería General de la Seguridad Social y de 720.000 euros con Hacienda.
- Los socios acordaron ampliar el capital en 2 millones de euros. Se han adelantado 500.000.
- Desde 2008 al 2012 hubo reducción de plantilla del 24% y de ventas en un 45%. - Se han producido 10 despidos por causas objetivas, 8 de los cuales se han conciliado con reconocimiento de la procedencia, y uno confirmado.



- En los años 2010 y 2011 hay EREs concluidos sin acuerdo, autorizados por la Autoridad Laboral, aplicados parcialmente.
- La cifra de negocio de 2011 a 2012 se redujo un 28%.
- Hubo varias reuniones de negociación: 12-9-12, 19-9-12, 20-9-12, 1-10-12. La empresa propuso prorrogar el período de consultas, pero se denegó por los representantes de los trabajadores.
- No se emitió informe del art. 64 ET por la representación de los trabajadores. - En las suspensiones el período de tres meses se toma como referencia para confirmar pedidos.
- Se ha producido reducción de ventas en un 47% desde 2011, principalmente por pérdidas de proyectos de Carrefour Planet y Día.
- La caída de cifras que supone Carrefour es de 11 millones de euros y Día 6 millones.
- El cierre de la cifra de negocio es de 47 millones sobre los 67 presupuestados.
- La subcontratación es de 15 horas por semana en limpieza y 50.000 euros en 4 años por mantenimiento informático con la empresa Semantic.

Por el contrario, fueron hechos pacíficamente admitidos, los siguientes:

- El proceso de fusión del grupo se formaliza el 1 de junio de 2012.
- El interlocutor del período de consultas es la representación unitaria y en los centros en que no había, se otorgó representación a favor de alguno de los representantes electos en otros centros.
- La empresa forma un grupo mercantil conforme al art. 43 del Código de Comercio y está inscrita en el Registro Mercantil el 1 de junio de 2012.
- La plantilla está formada por 425 trabajadores, de los cuales 208 son mano de obra directa y 217 son mano de obra indirecta.
- Ha habido retraso en el pago de salarios de 650.000 euros en la extra de diciembre, y 650.000 euros en la extra de verano.
- Se intentaron acuerdos de moderación salarial, plan social, extinciones, bajas incentivadas.
- En junio de 2012 hubo una reestructuración del área comercial.
- En el período de consultas se respetó el plazo de preaviso de 15 días, se realizó negociación conjunta en todos los centros, con 6 asesores sindicales.
- El mes de diciembre se utiliza normalmente para compensación de vacaciones.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO** .- La empresa KIDER, S.A. figura en alta en Seguridad Social desde el día 1 de junio de 2012 como sociedad anónima, siendo dicha sociedad el resultado de un proceso de fusión por absorción de la empresas pertenecientes al Grupo Kider: INAN, S.A.U, KIME, S.A. y MEBUNIK, S.A. Se trata de un Grupo de empresas mercantil de acuerdo con el art. 43 del Código de Comercio . Su objeto social es el diseño, fabricación y comercialización de equipamiento comercial (estanterías, muebles caja, carros de autoservicio, cestas superponibles, contenedores, etc.). Por tanto, su actividad se centra en el mercado mobiliario comercial en concreto en hipermercados, supermercados y tiendas de alimentación.

**SEGUNDO**.- La empresa se estructura en doce centros de trabajo en todo el territorio nacional (Murga -Álava-, Amurrio -Álava-, Madrid, Zaragoza, Barcelona, Sevilla, La Coruña, Valladolid, Alicante, Málaga, Gran Canaria, Burtzena -Barakaldo-), estando afectados por la regulación todos los trabajadores de la plantilla, si bien más del 85% de la citada plantilla opera en centros de trabajo del País Vasco.

La empresa cuenta con una plantilla de 425 trabajadores, siendo 208 de ellos mano de obra directa.

**TERCERO**.- En octubre de 2009 y en noviembre de 2010 la empresa MEBUNIK, S.A. presenta ante la Autoridad Laboral (Gobierno Vasco) expedientes de regulación de empleo con el objeto de que se autorice la suspensión de la relación laboral de trabajadores que prestan servicios en el citado centro vizcaíno. Dichas regulaciones son autorizadas por resolución administrativa.- Posteriormente, y con la fusión ya culminada, la empresa KIDER, S.A. presenta en junio de 2012 a la Dirección de Trabajo del Gobierno Vasco un expediente de regulación



de empleo también suspensivo, finalizando su aplicación el 30-9-12 y cuyas medidas no se implantan íntegramente.

**CUARTO** .- El 17.9.2012 la empresa plantea nuevo Expediente de Regulación de Empleo con el objeto de suspender los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos a los 12 centros de trabajo durante 24 días laborables desde el fin del período de consultas hasta el 31 de diciembre de 2012. Alega a estos efectos *"una importante caída durante los meses de julio hasta la actualidad en la cifra de negocio y como tal en la facturación, y que redunde en el sistema productivo produciéndose desfases entre la capacidad real de producción y la capacidad de pedidos existentes"*.

**QUINTO** .- El período de consultas se sustancia con los órganos de representación unitaria. Los trabajadores de los centros sin representantes otorgan la representación a favor de alguno de los representantes electos en otros centros. La negociación se realiza conjuntamente en todos los centros, con la presencia de asesores sindicales.

**SEXTO** .- La documentación suministrada en el período de consultas a los representantes de los trabajadores es la siguiente:

-Memoria explicativa de las causas, en la que los datos se desglosan por sociedades y en algunos casos por centros de producción.

-Identificación de los trabajadores afectados.

-Informe de auditoría de cuentas anuales de las diversas sociedades, y balance de cuentas de pérdidas y ganancias provisionales de enero a mayo de 2012.

-Plan social

-Previsiones productivas de 2012 por centros.

-Informe técnico.

**SÉPTIMO** .- Las reuniones del período de consultas tienen lugar el 12-9-12, el 17-9-12, el 20-9-12, el 25-9-12 y el 1-10-12.

En el acta de la primera reunión consta: *"Se hace entrega a cada comité de la documentación del Expediente de Regulación de Empleo. Durante el periodo de consultas se adjuntará la documentación necesaria y que las partes consideren oportuna"*. No consta, ni en este acta ni en ninguna otra, manifestación alguna al respecto por parte de los representantes de los trabajadores.

En la segunda reunión los representantes de los trabajadores manifiestan: *"Una vez que tengamos los días de calendario de ERE, hay que calcular las vacaciones y el exceso de jornada que le corresponden a cada trabajador"*, a lo que la empresa responde *"En cuanto a las vacaciones, se intentará tener un listado próximamente, con los días que corresponden a cada uno de los trabajadores al 30 de septiembre."*

En el acta de la tercera reunión consta que la empresa *"presenta propuesta de calendario semejante al actualmente en vigor y con 24 días laborables de los cuales 10 están fijados en el calendario y el resto serían a implantar en función de las necesidades de cada planta hasta el 31 de diciembre. En cuanto a las condiciones económicas serían las mismas del ERE anterior. La actual situación de Tesorería y de dificultades para llegar a fin de mes, impide que pueda plantarse un ere con complementos retributivos."* Los representantes de los trabajadores proponen: *"redactar documento si no se consumen las vacaciones de este año para disfrutar en 2013;? realizar las reuniones preferiblemente por las mañanas; dejar reflejado en acta lo siguiente: Durante el periodo de consultas del nuevo expediente de regulación para los meses de octubre, noviembre y diciembre, la Empresa en ningún momento ha querido negociar medidas encaminadas a minimizar el impacto que supone en los trabajadores las continuas reducciones salariales que se han producido por la aplicación de este y anteriores Eres de Suspensión."*

En la cuarta reunión LAB entrega un comunicado que se adjunta al acta, en el que manifiesta *"Otro dato que nos preocupa, en este segundo período de ERE solicitado es que, va a ser imposible dar salida a la carga de trabajo que tenemos, ya que además de los días de cierre por ERE, hay que sumarle los días de vacaciones pendientes que todos los trabajadores y trabajadoras tienen"*. En esta reunión la empresa reconoce que no es posible negociar un complemento económico debido a la situación que atraviesa, pero sin embargo está dispuesta a negociar otros puntos, como el calendario y los días de aplicación, u otros aspectos no económicos. Por su parte, la representación de los trabajadores plantea la posibilidad de reducir el número de días de suspensión (entonces cifrado en 24), y que no se aplique en diciembre, *"de esta manera no perjudicar al trabajador salarialmente, ya que existen vacaciones pendientes, puentes..."*. Hacen constar que *"la empresa aplica días de*



ERE en viernes cuando la jornada es de 6 horas, lo que ha provocado una pérdida de 30 horas a los trabajadores de Oficinas." El acta se firma no conforme por la representación de los trabajadores.

En la última reunión la empresa entrega el calendario de suspensiones, según el cual el ERE abarca los meses de octubre y noviembre de 2012 y comprende 20 días laborables, de los cuales figuran 8 señalados y el resto a activar "dependiendo de la carga de trabajo".? Igualmente, habilita el mes de enero de 2013 para disfrutar hasta un máximo de 3 días de vacaciones que puedan quedar pendientes del 2012. La representación de los trabajadores pregunta las razones por las cuales el ERE ya solo se aplicará en octubre y noviembre, a lo que la empresa responde que "en diciembre la carga de trabajo es menor, los días laborales según calendario son mínimos y dado que quedan vacaciones pendientes, ese mes se utilizará para el disfrute de las mismas." Nuevamente el acta se firma no conforme por los representantes de los trabajadores.

El mismo 1-10-12 se cierra el período de consultas sin acuerdo.

**OCTAVO** .- Desde el año 2009 Kider ha ido adoptando una serie de medidas, tales como:

-Ajuste paulatino de la plantilla, extinguiendo contratos temporales, prescindiendo del personal de E.T.T., fomentando bajas incentivadas y prejubilaciones.

-Se aplicaron durante el 2010 y 2011 expedientes de regulación suspensivos a todas las sociedades del grupo.

-Pactos de no abono de subidas salariales.?

-Apertura de nuevos mercados.

-Cierre de delegaciones y fomento del teletrabajo.

-Intento de captación de nuevos clientes.

-Congelación salarial del personal de estructura.

-Aplazamientos de pagos a Hacienda y Seguridad Social.

-Acuerdo de refinanciación de deuda con los bancos.

Por dificultades de tesorería, en 2012 ha habido un retraso en el pago de los salarios de 650.000 euros correspondientes a la paga extraordinaria de diciembre, y otro tanto en la paga extraordinaria de verano. Las nóminas se abonaron con retraso desde julio a diciembre.

Para hacer frente a estos abonos, la empresa solicitó dos aplazamientos en el pago de los seguros sociales y las retenciones de IRPF.

En junio de 2012 hubo una reestructuración del área comercial.

**NOVENO** .- Tanto en KIDER S.A.U. como en INAN S.A.U. y MEBUNIK, la cifra de negocio en 2011 está por debajo de la conseguida en 2008. En mayo de 2012 presentan pérdidas.

La cifra de facturación de KIDER S.A.U. en 2011 es inferior en un 21,36% a la de 2007. Y en el ejercicio 2012 se encuentra un 6,33% inferior que en el año 2009; año en que el Grupo Kider tuvo su facturación más baja.

KIME S.A. tiene resultados de explotación negativos desde 2009, con un importante descenso en la cartera de pedidos que se sitúa actualmente por debajo de la media de 2008.

En el centro de trabajo de Barakaldo (antigua MEBUNIK) se ha producido una disminución de la facturación en cada uno de los trimestres de 2012 respecto a los mismos trimestres del año anterior.

**DÉCIMO** .- En 2012 la cartera de pedidos media diaria ha caído con respecto al año 2010 hasta un 40%. Aunque la situación mejoró en 2011, en 2012 se vuelve a niveles mínimos de los años 2009 y 2010.

**UNDÉCIMO** .- La cancelación de proyectos por DIA France y Carrefour Planet, determina que los pedidos de la empresa demandada caigan a partir de marzo y la carga de trabajo se resienta, disminuyendo casi un 30% la facturación.

**DUODÉCIMO** .- A 8-10-12 a la mayoría de los trabajadores les quedaba pendiente una media de 12 días de vacaciones por disfrutar.

**DECIMOTERCERO** .- El mes de diciembre se utiliza normalmente para compensación de vacaciones.

**DECIMOCUARTO** .- La empresa tiene subcontratado un servicio para el reciclaje de materias primas y organización de medios productivos, un servicio de limpieza de 15 horas semanales, y un servicio de outsourcing y mantenimiento informático.

Se han cumplido las previsiones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

**SEGUNDO** .- De conformidad con lo previsto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

El primero se extrae de los Informes de las Inspecciones de Trabajo de Álava y Bizkaia que obran en el expediente, que no fueron controvertidos.- La consideración de las demandadas como un grupo mercantil resultó pacífica, como también la fecha de formalización del proceso de fusión el 1-10-12. El segundo se extrae del informe de la Inspección de Trabajo de Bizkaia, siendo pacífica la plantilla de la empresa. Los concretos centros de trabajo constan en la memoria justificativa aportada por la empresa como documento 5.1 (descripción 25 de autos), que fue reconocida de contrario. El tercero consta en el informe de la Inspección de Trabajo de Bizkaia. Y resultó pacífica la no implementación íntegra de las medidas comprendidas en el expediente suspensivo presentado en junio. El cuarto se deduce de la comunicación de la medida a la autoridad laboral, que obra como documento 2 de la empresa (descripción 22 de autos), reconocido de contrario. La causa alegada se extrae del anexo 2 que consta en el citado documento.

El quinto no fue controvertido.

El sexto se deduce del Informe de la Inspección de Trabajo de Bizkaia.

El séptimo consta en las correspondientes actas, que figuran en el documento núm. 7 del ramo de prueba de la empresa (descripción 28 de autos), reconocido de adverso.

El octavo, en cuanto a las medidas adoptadas por la empresa, se extrae de la memoria justificativa aportada por la empresa en el período de consultas (documento 5.1 de su prueba, reconocido de contrario -descripción 25 de autos), y así se resumen por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia en su Informe. Tampoco durante el período de consultas se objetó nada en absoluto respecto de estos datos. Además, resultó pacífico en el juicio que se intentaron acuerdos de moderación salarial, plan social, extinciones y bajas incentivadas.- No fue controvertido el retraso en el abono de las pagas extraordinarias, y los datos sobre retrasos de abono de nóminas y los aplazamientos constan en las comunicaciones de la empresa que obran en la descripción 44 de autos como documento núm. 23 de la demandada, que fue reconocido de contrario.- La reestructuración del área comercial no fue controvertida y consta, además, en el acta que se recoge como documento núm. 31 de la empresa (descripción 52 de autos), reconocido de adverso.

El noveno se extrae de la memoria justificativa (documento 5.1 de la empresa, descripción 25 de autos), en sus páginas 19 y siguientes, que fue reconocida de contrario, asumida por los Informes de las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social actuantes, y no discutida en el período de consultas. El último dato sobre el centro de Barakaldo consta en el Informe de la Inspección de Bizkaia.

El décimo se extrae de la memoria citada (páginas 37 y siguientes).

El undécimo se deduce del informe que obra como documento 41.1 del ramo de la empresa (descripción 62), que fue ratificado por el Director de Recursos Humanos de la demandada y se reconoció de adverso.

El duodécimo consta en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia.

El decimotercero no fue controvertido.

El decimocuarto se deduce de los contratos que obran como documento núm. 26 del ramo de la empresa (descripción 47 de autos), reconocido de contrario.

**TERCERO**.- La parte demandada opone la excepción procesal de falta de conciliación previa; excepción que no puede ser acogida de ningún modo.

Como es sabido, el art. 63 LRJS establece que *"Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo ."* Por su parte, el art. 64.1 LRJS introduce excepciones a esta regla general de exigencia de conciliación o mediación previas: *"Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a*



la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, **suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción** o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones, así como aquellos en que se ejerciten acciones laborales de protección contra la violencia de género." La demandada alegó que la única excepción a la exigencia de conciliación previa se vinculaba a procesos encauzados a través del art. 138 LRJS , pero, tal como expresamente aclara el art. 64.1 LRJS , esta excepción también opera en caso de procesos que versen sobre suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que es, justamente, el caso que nos ocupa.

**CUARTO.-** Entrando en el fondo del asunto, la controversia gira en torno a la adopción por la empresa de la suspensión de contratos durante veinte días laborales entre octubre y noviembre de 2012, fundada en causas productivas. El sindicato demandante solicita que la medida se declare nula o subsidiariamente injustificada, fundamentalmente porque, a su entender, en el período de consultas no hubo negociación efectiva, porque no se entregó la documentación pertinente (en la demanda se destaca que "No se aportan datos económicos financieros y patrimoniales de la sociedad ni de las sociedades tras la fusión" , y que " siendo que se alegan causas productivas, entendemos se debería realizar un análisis de la situación por centros, y no en su conjunto como ha sucedido en este caso"), y porque no concurre causa productiva (lo que vendría reforzado por el hecho de que había vacaciones pendientes de disfrute, porque la empresa fijó en viernes la mayor parte de días de suspensión, a pesar de que en tales días se disfruta un horario más reducido, y porque esta medida sucede a otra similar que no llegó a implementarse completamente).

En cuanto a la documentación aportada, procede recordar que el RD 801/2011, vigente al tiempo de la adopción de la medida impugnada, establecía en su art. 22 que "El procedimiento para solicitar autorización para suspender los contratos de trabajo o para reducir la jornada de forma temporal, en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, según lo dispuesto en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores , será el establecido en el artículo 51 de dicha Ley y en el capítulo II del Título I de este Reglamento, con las siguientes especialidades:

(...)c) La documentación justificativa será la estrictamente necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa. (...)".

Contrariamente a lo alegado por la demandante, consta en el hecho probado sexto que la memoria explicativa de las causas contenía datos desglosados por sociedades y en algunos casos por centros de producción, y que las previsiones productivas para 2012 también se aportaron desglosadas por centros. Igualmente, se aportó informe de auditoría de cuentas anuales de las diversas sociedades del grupo, y balance de pérdidas y ganancias provisionales de enero a mayo de 2012. Pero es más, como refleja el hecho probado séptimo, entregada la documentación por la empresa y abierta expresamente la posibilidad de que se aportara información adicional que las partes consideraban oportuna, sin embargo no consta absolutamente ningún requerimiento de la representación de los trabajadores en este sentido, lo que permite deducir que consideró ajustada y suficiente la aportada por la empresa.

Tampoco compartimos la tesis de la demandante sobre la ausencia de negociación efectiva en el período de consultas. En nuestra sentencia de 15-10-2012 (proc. 162/2012 ) expresamos el criterio que mantenemos a este respecto:

"Esta Sala ha defendido ya en otras ocasiones que no cabe entender existente una verdadera negociación si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder, y que no puede alegar la inamovilidad del contrario quien no ofrezca alternativas razonables y viables.

Así, mantuvimos en SAN núm. 61/2012, de 28-5-12 (pudiendo citarse, en similar sentido SSAN núm. 59/2012, de 28-5-12 ; núm. 90/2012, de 25-7-12 , y núm. 106/2012, de 28-9-12 ), que "El período de consultas se constituye, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva, garantizada por los arts. 28.1 y 37.1 CE , que tiene unas finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos, habiéndose entendido por la jurisprudencia, por todas STS 30-06-2011, rec. 173/2010 y 18-01-2012, rec. 139/2011 , que es requisito constitutivo para que la negociación en el período de consultas pueda alcanzar sus fines, que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos, siendo exigible, del mismo modo,



*que la negociación sea efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin, como hemos mantenido en SAN 25-11-2009, ROJ 5105/2009 . (...) Se ha demostrado finalmente, que la RLT, enrocada desde el inicio en una supuesta falta de documentación, se negó a proponer ningún tipo de contrapropuesta, que pudiera considerarse por la dirección de [la empresa], bloqueando, de este modo, que el período de consultas alcanzase buen fin, pese a lo cual la empresa mejoró e incrementó su propuesta inicial, como se desprende de la simple lectura de su propuesta inicial y del acta que puso fin al período de consulta."*

Este mismo criterio se observa en STSJ Madrid núm. 415/12, de 30-5-12 : "la empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del e.r.e. con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. El "acuerdo" solo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición.

Obviamente, tal postura no constituye una negociación proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe (...)"

*En el mismo sentido, en STSJ Cantabria núm. 708/2012, de 26-9-12 , se indica que "resulta clara la existencia de una auténtica negociación de buena fe. La empresa no se ha limitado a exponer una posición inamovible, de proceder a la tramitación del despido colectivo, sino que hubo un intercambio de propuestas entre las partes, alcanzando finalmente, un acuerdo. Debe destacarse en este sentido, que la empresa modificó su última postura, en la que proponía la extinción de 24 contratos de trabajo, por la extinción de 19 (...), lo que evidencia que entre las partes, hubo un verdadero proceso negociador, en el que se produjo un intercambio de concesiones recíprocas y no un mero cumplimiento formal del trámite establecido legalmente."*

*La misma línea sigue el TSJ Cataluña, en sentencia núm. 15/2012, de 13-6-12 , cuando precisa que el deber de negociar de buena fe en el período de consultas implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, y desde luego no se cumple manteniendo una única oferta definitiva e irrevocable.*

*Pues bien, en el caso ahora examinado el relato fáctico desvela la existencia de propuestas y contrapropuestas, habiéndose asumido la mayoría de estas por la empresa -a salvo de lo que se dirá en el siguiente fundamento de derecho-. Bien es cierto que, con toda seguridad, las reivindicaciones más importantes de los representantes de los trabajadores pasaban por la reducción del número de despidos y el incremento de las indemnizaciones, y que justamente ninguna de estas dos cuestiones fue atendida por la empresa, pero ello no resulta suficiente por sí mismo para hablar de ausencia de negociación en un contexto en el que una cifra importante de las exigencias del banco social sí fueron asumidas y, sobre todo, porque el rechazo a las peticiones y alternativas ofrecidas por el banco social fue razonado y justificado. En este sentido, consta probado que se intentó sin éxito conseguir financiación para atender las exigencias relativas a devengos, liquidaciones e indemnizaciones, y la negativa a sustituir las extinciones por suspensiones rotativas se fundó en el hecho reconocido de que ya se habían ensayado medidas de flexibilidad interna, y, como es evidente, no habían funcionado para evitar tener que llegar a los despidos."*

En el caso examinado, el análisis de las actas de las cinco reuniones demuestra que la empresa cambió su propuesta inicial reduciendo el número de días de suspensión, pasando de 24 a 20 días. La demandante alegó en juicio que ello no puede considerarse como el resultado de la negociación sino que "la empresa al segundo día ya lo propone así" , pero los hechos desvelan que no es sino hasta la quinta y última reunión que los inicialmente 24 días de suspensión pasan a 20, después de que en la cuarta reunión la representación de los trabajadores solicitara una reducción en este sentido, lo que apunta claramente a una cesión por parte de la empresa al requerimiento de los representantes.

Igualmente, en la cuarta reunión la empresa reconoció que su situación de tesorería le impedía negociar una compensación económica, pero indicó que estaba abierta a discutir el calendario y los días de aplicación, "u otros aspectos no económicos" .

Consta también que la representación de los trabajadores pidió que se redactara un documento para garantizar el disfrute en 2013 de las vacaciones pendientes de 2012, y en la configuración final de la medida se establece un período para este disfrute diferido.





En definitiva, pues, concluimos que existió efectiva negociación en el período de consultas, con propuestas y contrapropuestas, voluntad de diálogo por parte de la empresa y cesión en algunos aspectos, justificando por qué no cabía ceder en otros.

Por lo expuesto hasta aquí, no cabe que declaremos la nulidad de la medida empresarial.

**QUINTO.-** Distinta suerte ha de correr la alegación sobre la inexistencia de causa productiva.

El art. 47.1 ET identifica su concurrencia con *"cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."*

En principio, podríamos convenir con la empresa en que la causa concurre, habiéndose acreditado la caída de la facturación (hecho probado noveno), y de la cartera de pedidos media diaria (hecho probado décimo), así como la cancelación de proyectos que han provocado un significativo resentimiento de la carga de trabajo (hecho probado undécimo). El que no se hayan implementado el 100% de las suspensiones adoptadas en el expediente suspensivo que concluía en septiembre, no desvirtúa la concurrencia de la causa, sino que, en este caso concreto, nos parece que desvelaría una situación de caída productiva continuada en la que la empresa ha ido planteando suspensiones en número y período de aplicación ciertamente prudentes, en orden a no mermar los derechos de los trabajadores más allá de lo que se observe como realmente indispensable. Ahora bien, ha quedado igualmente acreditado que en el período tomado como referencia para la implementación de las suspensiones ahora impugnadas, la mayoría de los trabajadores aún contaba con una media de doce días de vacaciones pendientes de disfrutar (hecho probado duodécimo). Tanto es así, que una preocupación recurrente de la representación de los trabajadores durante el período de consultas era que se garantizara el disfrute de esos días, y en tal sentido consta en el hecho probado séptimo que advirtieron que sobre el calendario propuesto por la empresa habría que *"calcular las vacaciones y el exceso de jornada que le corresponden a cada trabajador"* -segunda reunión-; que pidieron la redacción de un *"documento si no se consumen las vacaciones de este año para disfrutar en 2013"* -tercera reunión-; que manifestaron que *"va a ser imposible dar salida a la carga de trabajo que tenemos, ya que además de los días de cierre por ERE, hay que sumarle los días de vacaciones pendientes que todos los trabajadores y trabajadoras tienen"* -comunicado de LAB adjunto al acta de la cuarta reunión-; que plantearon la posibilidad de que no se aplicara la suspensión en diciembre, para *"no perjudicar al trabajador salarialmente, ya que existen vacaciones pendientes, puentes..."* -cuarta reunión-. La empresa era consciente de que la suspensión de los contratos que se proponía ocasionaría en algunos casos que los trabajadores no pudieran disfrutar íntegramente sus vacaciones de 2012, y por ello habilitó el mes de enero de 2013 a tales efectos -quinta reunión-.

Esta situación nos permite afirmar que, a pesar de que existía una disminución acreditada de la demanda de productos y servicios de la empresa, sin embargo no concurría la causa productiva alegada para justificar las suspensiones. Porque de lo que se trata con esta causa es de ajustar el requerimiento de mano de obra a la carga de trabajo realmente existente, y el que la mayoría de los trabajadores, afectados todos por la suspensión, dispusieran de una media de 12 días de vacaciones pendientes, es un elemento de claro y contundente contrapeso a la existencia del citado desajuste, que lo neutraliza al menos parcialmente. No hay duda de que la menor carga de trabajo se compensa con el disfrute de las vacaciones pendientes, lo que nos permite deducir que no existía en este caso una necesidad real de ajuste de la capacidad productiva -o al menos no en las dimensiones propuestas por la empresa-, sino más bien una voluntad de disminución de costes laborales a costa del sistema de protección por desempleo.

En tal sentido coincidimos con el Informe de la Inspección de Trabajo de Bizkaia, cuando mantiene que *"no resulta congruente con los procedimientos de regulación el hecho de que se mantenga por los trabajadores una media de 12 días de vacaciones sin disfrutar a fecha de la comunicación de la presente regulación efectuada por la empresa"*, y con el de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Álava, cuando considera que *"antes de hacer uso de los días de ERE lo adecuado sería utilizar los días de flexibilidad que la empresa posee además de tener en cuenta los días de vacaciones que les quedan por disfrutar a los trabajadores"*.

Por lo expuesto y razonado, procede estimar la demanda y declarar la medida injustificada.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

## FALLAMOS

Que en la demanda interpuesta por CONFEDERACION SINDICAL ELA contra KIDER SA, desestimamos la excepción de falta de conciliación previa. Estimamos la demanda, declarando injustificada la medida adoptada por la demandada para suspender los contratos de trabajo de 416 trabajadores, declarando la inmediata



reanudación de los contratos de trabajo, y condenando al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por los trabajadores hasta la fecha de reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestación por desempleo durante el período de suspensión; sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por parte del empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000305 12.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso a que hace méritos el artículo 7.2 de la misma norma, con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012, en el bien entendido de que, caso de no acompañar dicho justificante, no se dará curso al escrito de interposición del recurso hasta que se subsane la omisión producida, debiendo ser requeridos formalmente por el Secretario Judicial para su aportación.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.