



Roj: **SAN 4077/2013 - ECLI:ES:AN:2013:4077**

Id Cendoj: **28079240012013100183**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2013**

Nº de Recurso: **261/2013**

Nº de Resolución: **177/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a once de octubre 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 Nº 261/13 seguido por demanda de FEDERACIÓN DEL METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE MADRID (Federación de Industria) y D. Evaristo contra DEMOLICIONES TÉCNICAS, S.A., SINDICATO COMISIONES OBRERAS, FEDERACIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y MADERA sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 17-06.2013 se presentó demanda por En el procedimiento Nº 261/13 seguido por demanda de FEDERACIÓN DEL METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE MADRID (Federación de Industria) y D. Evaristo contra DEMOLICIONES TÉCNICAS, S.A., SINDICATO COMISIONES OBRERAS, FEDERACIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y MADERA sobre conflicto colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 10-10-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es 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 FEDERACIÓN DEL METAL Y CONSTRUCCIONES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde aquí) y el COMITÉ DE EMPRESA DE MADRID de la empresa demandada ratificaron su demanda de conflicto colectivo, mediante la que pretenden se declare la nulidad del ERTE, que afectó a la totalidad de la plantilla y subsidiariamente que no está justificado.

Destacaron, a estos efectos, que la comisión negociadora se compuso únicamente por el comité de empresa de Madrid, aunque hay centros en otras provincias, a quienes no se dio la oportunidad de elegir representantes ad hoc.



Subrayaron, que no se entregó la documentación precisa y que no se negoció con criterios de buena fe, puesto que la empresa ya había incumplido los compromisos adquiridos en un ERTE previo. - Señalaron, a estos efectos, que la empresa está subcontratando todas sus obras con otras empresas, algunas de las cuales son propiedad de los mismos accionistas de la demandada y además de realizan horas extraordinarias.

DEMOLICIONES TÉCNICAS, SA (DETECSA desde ahora) se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que el ERTE afecta a sus 180 trabajadores.

Destacó, por otra parte, que el período de consultas se ajustó a derecho, puesto que se negoció con el comité de empresa de Madrid, así como con las secciones sindicales de CCOO y UGT, entregándose toda la documentación exigible para acreditar que se produjo una reducción de ventas en los trimestres tercero y cuarto de 2012 respecto del año previo, concurriendo, por consiguiente, causa económica negativa.

Negó que se haya subcontratado en Madrid, aunque si se hace normalmente fuera de Madrid, tratándose de una actividad legítima, cuando está en juego la competitividad y la supervivencia de la empresa. - Admitió finalmente que se estaban realizando horas extraordinarias, pero de manera absolutamente coyuntural.

La FEDERACIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y MADERA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde ahora) se adhirió a la demanda.

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:

- Se ha aportado la documentación exigible, las cuentas de 2012 que no estaban auditadas pero sí firmadas por el representante de la empresa.
- En la comisión negociadora participaron el comité de empresa Madrid y las secciones sindicales de CCOO y UGT.
- Los centros de Sevilla y Málaga no tienen representación, las de Barcelona son de Madrid destinadas en Barcelona donde no hay centros de trabajo.
- En el periodo de consultas no se pidió más documentación.
- En el periodo junio a octubre 2013 no se ha subcontratado en Madrid.
- Se hacen horas extras puntualmente.

Hechos pacíficos:

- No se impugnó el ERTE anterior.
- El ERTE anterior consistía en la suspensión de 180 días en departamento de producción y 48 en oficinas.
- El 30 de abril 2013 se comunica el nuevo ERTE al comité de empresa de Madrid y solicita el informe preceptivo y no se ha recibido hasta ahora.
- El 8-5-2013 se inició el periodo de consultas.
- Hubo dos reuniones el 16-5-2013 y 22-5-2013.
- Hubo propuestas y contrapropuestas.
- La causa que origina el ERTE es la causa de disminución del nivel de ingresos de la empresa.
- En las obras fuera de Madrid no se han subcontratado.
- Las empresas que constan en el hecho doce de la demanda están participadas.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - DEMOLICIONES TÉCNICAS, S.A fue constituida por tiempo indefinido el 5 de noviembre de 1976, y tiene como actividad principal la realización de toda clase de actividades inmobiliarias, tanto de promoción, construcción o enajenación como de explotación por cualesquiera título de los bienes de naturaleza urbana o rústica precisos para ellos. - Dicha mercantil tiene centros de trabajo en Madrid (134 trabajadores); Barcelona (38 trabajadores); Sevilla (2 trabajadores) y Málaga (6 trabajadores).

SEGUNDO . - UGT y CCOO ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan presencia en el comité de empresa del centro de Madrid. - Los demás centros de trabajo no tienen representantes legales de los trabajadores.



TERCERO. - El 30-04-2013 la empresa demandada notificó al comité de empresa de Madrid su intención de presentar un ERTE de suspensión de todos los contratos de trabajo durante un período máximo de 180 días para sus 180 empleados. - En el documento se advirtió al comité que se solicitaría autorización ante la DGT el 7-05-2013, fecha en la que se le entregaría la documentación siguiente:

Solicitud del ERTE a la Autoridad Laboral.

Número y categoría de los empleados afectados por el ERTE

Memoria explicativa de las causas que motivan el expediente.

En el mismo escrito solicitó el preceptivo informe del comité de empresa, sin que se haya acreditado que se emitiera efectivamente por dicho órgano.

CUARTO. - El 7-05-2013 la empresa demandada solicitó autorización para suspender por causas económicas 180 contratos de trabajo durante un máximo de 180 días. - Adjuntó la documentación siguiente:

-Memoria explicativa de las causas motivadoras de la suspensión.

-Cuentas anuales auditadas correspondientes a los ejercicios 2010 y 2011

-Copia de la comunicación del inicio del periodo de consultas al órgano de representación legal de los trabajadores

-Relación nominal de los trabajadores afectados y relación de trabajadores empleados durante el último año

-Relación de obras en curso a fecha de 1 de abril de 2013.

QUINTO. - El mismo día la empresa entregó al comité de empresa de Madrid las cuentas anuales e informe de auditoría de los ejercicios 2010 y 2011 y las cuentas provisionales de 2012 sin auditar.

SEXTO. - El 16-05-2013 la Autoridad Laboral requirió a la empresa para que aportara la documentación siguiente:

. Información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora. Asimismo, información sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y escrito de comunicación a que se refiere el artículo 26.4 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre o, en su caso, actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en dicho artículo.

. Documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio de procedimiento de suspensión de contratos, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior, conforme al art. 4 del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre .

. Cuentas auditadas del último ejercicio económico completo (2012), en el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la misma, en cuyo caso, deberá firmarse por representante de la empresa las Cuentas correspondientes al ejercicio económico completo de 2012.

. Cuentas provisionales del ejercicio económico actual (2013) firmadas por representantes de la mercantil.

SÉPTIMO. - La comisión negociadora, compuesta por el comité de empresa de Madrid, a quien acompañaron dos asesores de UGT y CCOO se reunió con la empresa los días 16 y 22-05-2013, donde ambas partes cruzaron propuestas y contrapropuestas, que concluyó sin acuerdo.

OCTAVO. - El 24-05-2013 la empresa demandada notificó a la Autoridad Laboral que el período de consultas concluyó sin acuerdo. - En la fecha indicada aportó las ventas del tercer y cuarto cuatrimestre de 2011 y 2012, así como las cuentas provisionales de 2012 y los tres primeros meses de 2013.

NOVENO. - La cifra de negocios de la empresa demandada en el período 1-01-2009 a 31-03-2013 ha sido la siguiente: 56.964.409, 87 euros (2009); 57.605.628 euros (2010); 55.579.602, 67 (2011); 24.536.667, 30 (2012) y 8.660.318, 79 (2013).

Sus resultados de explotación fueron en el período indicado: 2.517.096, 53 (2009); 2.710.969, 30 (2010); 1.967.590, 27 (2011); 820.365, 25 (2012) y 222.695, 15 /2013).

Sus resultados del ejercicio en el período reiterado fueron: 1.101.275, 77 (2009); 1.529.529, 65 (2010); 102.010, 63 (2011) y 12.134 (2013).



Las ventas en el tercer y cuarto trimestre de 2011 fueron 16.477.431, 80 y 9.251.667, 52 y en los mismos trimestres de 2012 ascendieron a 4.044.187, 25 y 5.222.886 respectivamente.

DÉCIMO . - La empresa demandada está subcontratando todas sus obras fuera de Madrid, sin que se haya acreditado que suceda lo mismo en Madrid. - Buena parte de dichas subcontrataciones con Tecnología y Reciclados, SL y Demoliciones y Reciclados, cuyos accionistas coinciden en su mayor parte con los de la empresa demandada.

UNDÉCIMO . - El 21-05-2012 la empresa negoció otro ERTE, por el que se suspendieron 180 días al personal de producción y 48 días al personal de oficina.

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 prevenido 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:

a. - Los hechos primero, segundo y undécimo no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .

b. - El tercero de la notificación citada, que obra como documento 2 de la demandada (descripción 29 de autos) que fue reconocido de contrario.

c. - El cuarto de la solicitud citada, que obra como documento 2 de la demandada (descripción 29 de autos) que fue reconocida de contrario.

d. - El quinto se admite expresamente en el hecho octavo de la demanda.

e. - El sexto del requerimiento citado que obra como documento 3 del expediente administrativo.

f. - El séptimo de las actas citadas, que obran como documento 4 de la demandada (descripción 31 de autos), que fueron reconocidos de contrario. - Su simple lectura permite concluir que los representantes de UGT y CCOO lo hicieron en calidad de asesores.

g. - El octavo de la notificación citada que obra como documento 6 del expediente administrativo.

h. - El noveno de las cuentas auditadas de los ejercicios 2010 y 2011, que obran como documentos 2 y 3 de la demandada (descripciones 29 y 30 de autos), que fueron reconocidas de contrario y de las cuentas provisionales, aportadas a la Autoridad Laboral después de concluir el período de consultas, que obran como documento 6 del expediente administrativo.

i. - El décimo de admitió por la empresa demandada, correspondiendo a los demandantes acreditar la subcontratación de obras en Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, no habiéndolo probado eficientemente, puesto que se limitaron a practicar la prueba testifical de un afectado, cuya imparcialidad es absolutamente dudosa.

TERCERO . - Los demandantes denuncian, en primer término, que la empresa demandada negoció el período de consultas con una comisión no ajustada a derecho, por cuanto se negoció únicamente con los miembros del comité de empresa de Madrid, quienes no representaban a los trabajadores de los demás centros de trabajo, a quienes no se dio la oportunidad de elegir representantes ad hoc.

El período de consultas en los procedimientos de suspensión de contratos debe realizarse con los representantes de los trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.ET . - Dicho precepto prevé que, en los supuestos de ausencia de representantes legales de los trabajadores en la empresa, estos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.2 ET . - Parece claro, por tanto, que la norma posibilita la elección de comisiones ad hoc cuando no haya representantes de los trabajadores en la **empresa**, de manera que, si hay representantes de los trabajadores en la empresa serán estos los interlocutores de su empleadora durante el período de consultas de la suspensión de contratos.

Es cierto y no escapa a la Sala, que el art. 26.3 RD 1483/2012, de 29 de octubre, en su versión primitiva, permite que los centros sin representación elijan comisiones ad hoc, pero siempre de manera potestativa y en ausencia de representantes de los trabajadores en la empresa. - Por consiguiente, acreditado que DEMOLICIONES TÉCNICAS, SA tiene un comité de empresa en su centro de trabajo de Madrid y que el ERTE se negoció



globalmente y no por centros de trabajo, no vemos ningún problema para que dicho comité negociara la suspensión de contratos en nombre de todos los trabajadores afectados, del mismo modo que no lo vieron los miembros del comité, que ahora demandan, así como los asesores de UGT y CCOO, quienes no pusieron nunca en cuestión la legitimidad del comité de Madrid para negociar en nombre de todos los trabajadores, siendo este un criterio reiterado por la Sala, por todas SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 . - Dicha actitud pasiva por parte del comité y de sus asesores sindicales es relevante, a nuestro juicio, puesto que si no se consideraban representativos de sus compañeros, debieron hacerlo valer, lo que hubiera posibilitado, en su caso, la constitución de una comisión híbrida, compuesta por representantes legales y ad hoc, que se ha considerado válida por la doctrina judicial, por todas SAN 22-04-2013, proced. 73/2013 , siempre que se hubiere pactado así y se asegurase que el voto se ponderaba en función de la representatividad de cada quien. - Dicha opción ha sido validada, por cierto, en la nueva regulación de las comisiones negociadoras por el art. 9 del RDL 11/2013 .

Descartamos, por tanto, que la composición de la comisión negociadora del ERTE constituya causa de nulidad.

CUARTO . - La negociación del período de consultas constituye una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. - Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009 , TJCE 2009\263). - Dicha información no puede eludirse, siquiera, aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3-03-2011 , EDJ 2011/8346). - Tampoco es eludible cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET), lo cual obligará efectivamente a acreditar que concurre una sociedad dominante, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo denuncie (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012).

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET , cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 4-04-2013, proced. 63/2013). - Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011 ; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012). - La jurisprudencia más reciente, por todas STS 27-05-2013, rec. 72/2012 ha precisado que los representantes de los trabajadores tienen derecho a la documentación relevante, pero que no toda documentación es relevante, en cuyo caso la carga de la prueba de la relevancia corresponderá a quien la exija, por todas SAN 4-04-2013, proced. 63/2013 y 20-05-2013, proced. 108/2013 .

Debemos despejar, a continuación, si la empresa demandada aportó la documentación pertinente para que el período de consultas alcanzase los fines propuestos, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa. - Nuestra respuesta ha de ser forzosamente negativa, por cuanto la simple lectura de la memoria permite concluir que apoyaron la medida en la reducción de la cifra de negocios (hecho probado noveno) desde 2010 al primer trimestre de 2013, aunque en el acto del juicio aseguraron que la causa económica negativa se fundamentaba, en realidad en la reducción de ventas durante dos trimestres consecutivos. - En efecto, como anticipamos más arriba, la empresa demandada aportó las cuentas auditadas de 2010 y 2012, así como las cuentas provisionales de 2012 al comité de empresa, aunque a la autoridad laboral solo le aportó las cuentas de 2010 y 2011, aportando las de 2012 a la Autoridad Laboral junto con el escrito de comunicación de la conclusión del período de consultas sin acuerdo el 24-05-2013, momento en el que se hizo entrega también de las ventas de los trimestres tercero y cuarto de 2011 en relación con los del año 2011, sin que conste, siquiera, que dicho dato se entregara en algún momento a los representantes de los trabajadores.

Por consiguiente, si la situación económica negativa en una empresa, que arroja beneficios en todas las anualidades examinadas se apoya en la concurrencia de causa negativa, consistente en la reducción de ventas durante dos trimestres consecutivos, se hace absolutamente evidente que debió ponerse a disposición del comité de empresa dicha información al iniciarse el período de consultas. - Como no se hizo así, limitándose la empresa a alegar en la memoria que su cifra de negocios se había reducido sustancialmente en el período 1-0-2010 a 31-03-2013, se hace evidente que la negociación del período de consultas se realizó de tal manera, que hacía imposible que los representantes de los trabajadores dispusieran de la información pertinente,



que les permitiera conocer cabalmente la situación de la empresa, como exige el art. 64 ET y admite la jurisprudencia, por todas STS 27-05-2013, rec. 72/2012 .

Así pues, acreditado que la empresa demandada no aportó a la Autoridad Laboral ni a los representantes de los trabajadores sus ventas de los últimos trimestres de 2011 y 2012 hasta después de concluir el período de consultas, cuando se lo remitió a la Autoridad Laboral, como subraya el informe de la Inspección de Trabajo, debemos concluir que el período de consultas no se ajustó a derecho, por lo que debemos declarar la nulidad del expediente de suspensión de contratos promovido por la empresa demandada con la consiguiente obligación de restituir a los trabajadores afectados los salarios dejados de percibir.

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

FALLAMOS

Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por UGT y el COMITÉ DE EMPRESA DE MADRID, a la que se adhirió CCOO, por lo que anulamos el expediente de suspensión de contratos, promovido por la empresa demandada y en consecuencia condenamos a DEMOLICIONES TÉCNICAS, SA a estar y pasar por dicha declaración, así como a reintegrar a sus trabajadores, a quienes se suspendió su contrato de trabajo, las retribuciones dejadas de percibir.

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 abogado, graduado social colegiado o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

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, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación 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 refiere la citada norma, 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.

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 000261 13.