



Roj: **STSJ GAL 5273/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:5273**

Id Cendoj: **15030340012014103622**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2014**

Nº de Recurso: **9/2014**

Nº de Resolución: **2542/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5273/2014,**
STS 1969/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL

SECRETARIA BAZARRA VARELA-RJ

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 34 4 2014 0000010

N02700

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000009 /2014

Sobre: **CONFLICTO COLECTIVO**

DEMANDANTES: SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA (CC.OO.), UNION GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (UGT) , CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA

ABOGADOS: FERNANDO JOSE MENDEZ SANJURJO, ANTONIO POUSA MERENS , DAVID PENA DIAZ

DEMANDADO: ELABORADOS METALICOS EMESA SL

ABOGADO : PEDRO AVELINO NAVEIRA COUCEIRO

En A CORUÑA, a nueve de Mayo de dos mil catorce.

Demanda 09/14.

MAGISTRADOS:

Ilma. Sra. D^a. Beatriz Rama Insua.

Ilmo. Sr. D. Manuel A. García Carballo.

Ilmo. Sra. D^a. Carmen Núñez Fiaño.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Magistrados citados, en demanda núm. 09/2014, sobre **Despido Colectivo**, a instancia de los Sindicatos Comisiones Obreras, Confederación Sindical Galega y Unión General de Trabajadores, representados respectivamente por los letrados D. Fernando José Méndez Sanjurjo, D. David Pena Díaz y D. Antonio PousaMerens; Contra la empresa Elaborados Metálicos Emesa S.L es ponente la Magistrada Sr^a. D^a Beatriz Rama Insua.

En nombre del Rey

Pronuncian la siguiente



SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 31/01/2014, se presentó a instancia, de los Sindicatos Comisiones Obreras, Confederación Sindical Galega y Unión General de Trabajadores, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, demanda de **Despido Colectivo** frente a la empresa Elaborados Metálicos Emesa S.L, 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.

SEGUNDO .- Por decreto de fecha 5 de febrero de 2014 se acordó, entre otros extremos, tener por formulada y admitida la demanda, señalando el día 28 de marzo de 2014, para conciliación y/o juicio, designándose como Magistrado ponente a Doña Beatriz Rama Insua. Tales actos se celebraron en la fecha indicada. La conciliación se tuvo por intentada sin avenencia. En juicio, la parte actora, se ratifica en sus peticiones de demanda, oponiéndose a ella la empresa 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 QUE SE DECLARAN PROBADOS

PRIMERO .- En fecha 31/01/2014, se presentó a instancia, de los Sindicatos Comisiones Obreras, Confederación Sindical Galega y Unión General de Trabajadores, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, demanda de Despido Colectivo, frente a la empresa Elaborados Metálicos Emesa S.L, al amparo del art 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , 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.

SEGUNDO .- La empresa demandada, comunica en fecha **15 de noviembre de 2013**, al Comité de Empresa, su intención de promover un procedimiento mixto de *Despido Colectivo y Regulación Temporal de Empleo* , emplazando a la representación de los trabajadores para que en el plazo de 7 días procedan a designar su Comisión negociadora. Posteriormente, el día 22-11-13 se convoca a los trabajadores convocándolos para el día 25-11-2013 a fin de hacer entrega de la documentación del expediente, constituir la mesa de negociación y apertura del período de consultas.

TERCERO .- El día **25-11-2013** se levanta acta de constitución de la mesa de negociación y apertura del período de consultas para el proceso de despido colectivo y de regulación temporal de empleo.

Así la empresa entregó una comunicación por la que la representación de la empresa comunica por escrito y para su recepción al secretario y presidente del comité, el número de trabajadores afectados (46) por el ERE, y se aplicaría entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2014 y por el ERTE, expediente de regulación temporal de empleo, que afectaría a 59 operarios y se aplicaría entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de junio de 2015). Si bien en el inicio de la reunión, se notificó que el número de trabajadores afectados por el ERE ascendía a 30. Al día siguiente 26 de noviembre, se comunicó al comité que por error en la memoria explicativa, constaba el número de 30 cuando debía referirse a 46.

Se especificaban las causas del despido colectivo como productivas, económicas y organizativas (remitiéndose en cuanto a su detalle y concreción a la Memoria que se adjuntaba).

Se solicitaba informe a los representantes de los trabajadores sobre el presente proceso en cumplimiento de lo establecido en el art. 65.5 del ET .

Se proponía del calendario de reuniones.

El día **25 de noviembre** una vez constituida la mesa de negociación se entregó un documento al comité en el que se hacía constar que. " ...Por lo expuesto tal como es preceptivo procedemos en este acto a:

-solicitar informe de los representantes de los trabajadores sobre el presente proceso que deberían de emitir en el plazo de 15 días, dando cumplimiento de este modo a lo establecido en el art.64.5 del Estatuto de los Trabajadores"

Y en el acta de dicha reunión se hace constar que: "*.... En la presente reunión se hace entrega de la documentación preceptiva para este proceso. La misma aparece detallada en la comunicación que se hace entrega al Comité en esta misma fecha y que es la siguiente:*

Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido colectivo y por el expediente de regulación temporal de empleo.

Número y clasificación profesional del último año.

Memoria Explicativa de las Causas, a la que se adjuntaban como anexos:

- Anexo I: Censo distribución de plantilla de Emesa por secciones a 1 noviembre de 2013.
- Anexo II: Criterios seguidos para determinar el personal que estará afectado por los despidos colectivos y el expediente de regulación temporal de empleo.
- Anexo III: Cuentas anuales de la Empresa Elaborados Metálicos Emesa, S.L: Cuentas Anuales 2011; Cuentas Anuales 2012; Balance Provisional de Cuentas a 30 Septiembre 2013. Estimación de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias 2013 y 2014.
- Anexo IV: Cuentas anuales del Grupo IsoluxCorsán, S.A. Cuentas Anuales del 2011. Cuentas Anuales 2012.
- Anexo V: Informe Técnico AT CONSULTORES: "INFORME DE EVALUACIÓN Y ANÁLISIS DE NECESIDADES."

Por el comité de empresa se firmó el recibí de dicha documentación.

CUARTO.- En el acta de la reunión celebrada en fecha **29 de noviembre de 2013**, se hace contar lo siguiente :

"..... Comienza la reunión tomando la palabra la Dirección de la Empresa que pregunta si la Parte Social quiere hacer algún comentario con respecto a la documentación que se les ha entregado.

La Parte Social contesta que entiende que la documentación está incompleta y consideran que se les debe de aportar la siguiente:

- Relación de altas y bajas del último año
- Nivel de empleo medio del último año.
- Plan de acompañamiento social
- Plan de recolocación externa al considerar la parte social que hay más de 50 despidos,
- Explicación de las acciones de la Empresa respecto a la obligatoriedad de aplicación de Convenio Especial con la Seguridad Social para trabajadores mayores de 55 años.
- Número y clasificación profesional del personal afectado por ERE y ERTE: entienden que la clasificación entregada es incompleta y que debería de figurar los puestos y categorías.

La Empresa contesta que se ha utilizado el modelo oficial de la Consellería de Trabajo y Seguridad Social.

- Mayor concreción y detalle de los días de suspensión por ERTE, tanto por, períodos como por categorías,
- Cuentas consolidadas del Grupo IsoluxCorsán y Sociedades Dependientes del ejercicio 2012, Así como cuentas provisionales completas del ejercicio 2013,
- Mayor concreción de los criterios que se han seguido para la estimación que consta en las páginas 43 a 45 de la Memoria Explicativa.
- Carga de trabajo actual así como obras adjudicadas pendientes de ejecutar similares a las que realiza Emesa, tanto adjudicadas a otras empresas del grupo, como subcontratadas o empresas ajenas al grupo.

QUINTO.- La reunión señalada para el día **4 de diciembre de 2013**, no tuvo lugar por haberse plantado la parte social, y desconvocado la reunión, por retraso de la parte empresarial.

En el acta de la reunión celebrada en fecha **9 de diciembre de 2013** se hace constar lo siguiente: "..... Comienza la reunión preguntando nuevamente la Empresa si están de acuerdo con la documentación que se les ha entregado. Responde el Comité que a su entender siguen faltando los siguientes puntos:

Categorías, DNI y motivos de las altas y bajas entregadas, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, la Parte Social considera que todas estas bajas deben de tenerse en cuenta y que la Empresa debe de presentar un Plan de Recolocación Externo ya que afectaría a más de 50 trabajadores.

La Empresa considera que no computan y que en el presente proceso se ha obrado legalmente.

- La Parte Social comunica que considera insuficiente el Plan de Acompañamiento Social

La Empresa manifiesta que ese Plan es una propuesta inicial y que debe de ser objeto de negociación para su mejora en este proceso.



- Solicitan que se aporte el Convenio Especial con la Seguridad Social para los despidos de trabajadores mayores de 55 años. La Empresa manifiesta que en caso de haber despidos que afecten a trabajadores de este colectivo se firmará un Convenio Especial con la Seguridad Social tal como está establecido legalmente.

El comité considera que la Empresa sigue incumpliendo la documentación y clasificación profesional de personal afectado por ERE/ERTE. La Empresa manifiesta que se cumple con lo establecido legalmente y muestra su disposición para que de forma inmediata entregue la relación de trabajadores afectados por ERE/ERTE,

Solicitan nuevamente la carga de trabajo del Grupo IsoluxCorsán relacionada con la actividad de Emesa.

La Empresa contesta que la entrega en esta misma reunión.

En las cuentas de Emesa de los años 2011 y 2012 quieren que se aclare cuáles son los clientes que han dado lugar a un aumento en la partida "Otros Costes de Explotación".

Solicitan una copia de las valoraciones de los trabajadores que han realizado los responsables de los mismos. Por parte de la Empresa se contesta que a efectos de mantener la confidencialidad del personal afectado por ERE/ERTE se entregará la estructura sobre los parámetros utilizados para dicha valoración.

SEXTO.- En el acta de la reunión celebrada en fecha **16 de diciembre de 2013** se hace constar lo siguiente:

".....Comienza la reunión entregando la Empresa la documentación solicitada de las horas extras que se realizaron en el mes de noviembre y las declaraciones de IVA de los 9 primeros meses del año 2013.

La Empresa, contestando a la petición realizada por el Comité en la última acta, comunica que en la partida de "Otros Costes de Explotación del año 2012" se anotaron por exigencia de los auditores las siguientes provisiones:

417.195 € por previsión de arbitraje de Suzlon

683.000 € de provisión de Fhurlander-

5.400.000 € de provisión de OHL.

La parte social considera que sigue siendo incompleta (la documentación) en los siguientes apartados:

Altas y bajas del año 2013 tal como se ha solicitado.

La Empresa ha solicitado a la parte social que especifique en que precepto legal se basa esta solicitud, a lo que no se ha contestado. No obstante se facilitará dicha información en la siguiente reunión.

- Aplicación del convenio especial con la Seguridad Social para mayores de 55 años. La Empresa ratifica que en caso de que haya personal mayor de 55 años afectado por los despidos colectivos se realizará el abono del convenio especial con la Seguridad Social que proceda legalmente.

- Copia de los criterios de selección del personal afectado.

- Reiteran la solicitud de información acerca del cambio de condiciones del préstamo participativo al pasar de corto a largo plazo. La Empresa reitera que se debe a la cesión por parte de GIC a Isolux Ingeniería de dicho préstamo, transformándose en participativo con el consiguiente cambio de las condiciones del mismo. No obstante la Empresa se compromete a solicitar más información sobre el mismo.

Considera insuficiente el detalle aportado con respecto a la partida de otros costes de explotación y solicitan que se aporte en que se fundamentan dichas provisiones. La Empresa contesta que consultará si puede aportar algún documento que fundamente dichas provisiones .

Se vuelven a tratar varios aspectos del Plan de Acompañamiento Social.....

La Empresa confirma, tal como dijo en la última reunión, que ha aceptado una reducción de la duración del ERTE hasta 1 año....."

SEPTIMO .- En el acta de la reunión celebrada en fecha **18 de diciembre de 2013**, se hace constar lo siguiente: Comienza la reunión con la revisión y firma del acta de la *reunión anterior*.

".....La Empresa hace entrega de la relación de altas y bajas del año 2013, que ya había sido entregada con anterioridad, incluyendo a petición de la parte social las causas de las bajas.

La parte social sigue demandando que se entregue la documentación solicitada en reuniones anteriores, y que a día de hoy aun no fue entregada.

La Empresa hace una nueva oferta en los siguientes aspectos:...."



OCTAVO.- En el acta de la reunión celebrada en fecha **20 de diciembre de 2013** se hace constar lo siguiente:

".....Comienza la reunión haciendo entrega la Empresa de la documentación que había solicitado la parte social:

Mayor información sobre las provisiones de los costes de explotación de la cuenta de resultados de Emesa.

Mayor información sobre el préstamo participativo al pasar éste de corto a largo plazo.

Mayor información sobre los criterios que se han tenido en cuenta para la afectación de los trabajadores al despido colectivo y ERTE.

La parte social manifiesta que en ningún momento ha formado parte de la elaboración de los mismos....."

NOVENO - En la reunión de 20/12/2013, la empresa ofreció reducir los despidos pasando de 46 a 30, e incrementar la indemnización por despido hasta 29 días por año trabajado, con un máximo de 16 mensualidades.

Finalizado sin acuerdo el período de consultas (después de 6 reuniones, con acta de desacuerdo) la empresa en fecha **30-12-2013** comunica a la representación de los trabajadores la decisión de proceder al despido colectivo de 46 trabajadores con una indemnización de 20 días por año con el máximo de 12 mensualidades junto con la suspensión de contratos de trabajo que afectan a un total de 59 trabajadores durante 12 meses - del 13 de enero al 12 de diciembre de 2014; la relación de los 46 trabajadores que fueron objeto del despido, se contiene en el hecho tercero de la demanda que se da aquí por reproducido.

DECIMO - En la memoria explicativa que la empresa remitió a la representación legal de los trabajadores se hace constar entre otras cosas en esencia lo siguiente:

La empresa ELABORADOS METALICOS EMESA S.L es una sociedad que se constituyó en el año 1958 en la ciudad de A Coruña; en el año 1999 se integra en el Grupo Isolux, que a su vez en el año 2004 se fusiona con la empresa de construcción Corsán-Corvían dando lugar al Grupo Isolux-Corsán. En el año 2004 abandona sus instalaciones de A Coruña y se traslada al Polígono Industrial de Coirós. En fecha 23-6-2008 se constituye jurídicamente como Sociedad Limitada Unipersonal con su nombre actual de ELABORADOS METALICOS EMESA SL, siendo su único accionista ISOLUX INGENIERIA SA, estando integrada, como se dijo, en el Grupo Isolux-Corsan SA, no poseyendo ELABORADOS METALICOS EMESA ninguna participación accionarial en las otras sociedades del Grupo Isolux-Corsan.

Su actividad principal es la ingeniería, fabricación y montaje de estructuras metálicas singulares (puentes, edificios, plantas industriales) y la fabricación de torres eólicas. Hasta el año 2009 la actividad de fabricación de torres eólicas suponía aproximadamente un 70% de su cifra de negocio y la de ingeniería, fabricación y montaje de estructuras singulares un 30%, siendo de destacar que ninguna de las empresas que comprenden el Grupo IsoluxCorsán realiza una actividad empresarial análoga o idéntica a la desarrollada por ELAORADOS METALICAS EMESA SLU.

A partir del año 2009, debido al desplome del mercado de componentes eólicos (que motivó la paralización total de la actividad de fabricación de torres eólicas -que suponía el 70% de la actividad de la empresa-) y a la crisis del sector del metal (que redujo la adjudicación de obras públicas y privadas) la empresa entró en una situación de graves crisis y de falta de actividad, que le obligó a realizar, en el período de noviembre de 2009 a enero de 2012, tres expedientes de regulación temporal de empleo y un expediente de extinción parcial de empleo conjuntamente con otro de carácter temporal:

- 1º ERE (temporal) de 9 meses de duración (23-11-2009 al 22-7-2010).
- 2º ERE (temporal) de 8 meses de duración (27-7-2010 al 22-3-2011)
- 3º ERE (extintivo -con la extinción de 86 puestos de trabajo-y temporal - de 6 meses de duración (23-3-2011 al 22-9-2011)
- 4º ERE (temporal) de 4 meses de duración (23-9-2011 al 31-1-2012)

En este período, la plantilla de la empresa paso de 333 trabajadores en el primer trimestre de 2009 a un total de 127 a fecha 22 de noviembre de 2013 (de los cuales 8 son jubilados parciales, 80 prestan servicios en taller en las secciones de corte, fabricación y montajes -denominados Mano de Obra Directa-, 24 prestan servicios en las secciones de almacén, logística, mantenimiento y personal administrativo de calidad y producción -denominados Mano de Obra Indirecta-, y 15 realizan funciones apoyo directo a planta responsables de departamentos, técnicos y otro personal administrativo -son los denominados Mano de Obra de Estructura-.

En esta situación y ante la falta de contratos, EMESA encadenó varios años continuos de pérdidas económicas y de reducción de cifra de negocio y producción; cae en el 2011 a sus peores registros de facturación y, aunque



se produce una leve recuperación en los años 2012 y 2013, encadena varios años de abultadas pérdidas que la colocan en una situación muy delicada. A esto último se une el que la carga de trabajo prevista para el año 2014 se reduce en casi un 70% respecto de la previsión final del año 2013. Dada la gravedad de la situación, la empresa se ve en la necesidad de acometer un nuevo plan de ajuste, a fin de adecuar su plantilla de trabajadores actual a las necesidades de la carga de trabajo generadas por las obras contratadas y la previsión de producción para el año 2014.

DECIMO PRIMERO .-El trabajador Don Pelayo , prestaba servicios en el Departamento de Proyectos y Costes. Este trabajador había sido sancionado con una sanción de amonestación por escrito el 5-11-2012, recurrió la misma en vía judicial, obteniendo sentencia favorable que deja sin efecto la sanción. El Departamento de Proyectos y Costes se fusiono con el de Presupuestos. Se redujo el personal que prestaba servicios en el mismo. Don Pelayo no habla francés, ni inglés. El jefe de Obra, que si habla francés e inglés continuó prestando servicios en el Departamento de Proyectos y Costes y Presupuestos, hasta su fusión.

Dña. Montserrat , también fue sancionada mediante amonestación escrita en la misma fecha que el anterior, constando únicamente la presentación de demanda ante el SMAC, cuya celebración sin efecto se realizó el 17-12-2012, su puesto de trabajo en el Departamento de Ingeniería se amortiza, por causas económicas. Se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal.

Dña. Remedios , fue despedida disciplinariamente en fecha 16-12-20013 (estando ya en trámite el ERE) imputándole una falta muy grave consistente en aprovechar su puesto de Informática para acceder a documentos que estaban guardados en la carpeta personal del Responsable de Recursos Humanos de la Empresa -concretamente a documentos relativos al ERE en trámite. Contra dicho despido presentó la trabajadora demanda, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña estando señalado juicio para el 22-7-2014. El puesto de trabajo de esta trabajadora se amortiza tras el ERE, motivo por el cual, ad cautelam y para el supuesto de que fuese declarado improcedente su despido disciplinario, se le comunica que estaba incluida como personal afectado por el ERE extintivo. Se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal.

Las funciones que realizaba esta trabajadora, eran las consistentes en funciones de soporte informático (SAP). El puesto de trabajo de la demandante se amortizó. Pasando a efectuarse sus funciones directamente por los Servicios Corporativos del Grupo Isolux desde Madrid.

Dña, Valentina y Dña. María Cristina prestaban sus servicios en el Departamento de Calidad y Medio Ambiente, donde prestaban sus servicios hasta que tuvo lugar el ERE, tres trabajadores. Sus puestos de trabajo se amortizaron, quedando únicamente un trabajador (miembro del comité de empresa). Dicho departamento desaparece siendo asumidas sus funciones por la Dirección de Fábricas del Grupo Isolux Corsan; Las dos trabajadoras se encontraban en situación de reducción de jornada por guarda legal.

Don Virgilio y D. Carlos Ramón . No son Delegados Sindicales. Pero participaron en las reuniones celebradas en el periodo de consultas, por las secciones sindicales: Don Virgilio (CCOO) y D. Carlos Ramón . UGT.

DECIMOSEGUNDO.- La empresa ELABORADOS METALICOS EMESA está en una situación de pérdidas económicas que ya viene sufriendo en los últimos 5 años (32 millones de euros acumulados durante dicho periodo).

Los resultados de la empresa según sus cuentas de resultados, publicadas y auditadas, son las siguientes:

En cuanto a su cifra de negocio:

2009 2010 2011 2012(prov.sept) 2013(prov.dic) 2013 2014

79.246.

000 17.454.

000 3.878.

000 21.189.

000 14.793.000 19.724.000

18.056.000 7.025.000

Y los resultados de la explotación:

2009 2010 2011 2012 2013 (prov. sept) 2013

(prov. Dic) 2014



2.707.000 9.204.000 7.345.000 9.353.000 2.735.000 3.647.000 -5.882.000 s/ERE

-3.594.000 c/ERE

En cuanto a los gastos de personal, la previsión para el año 2014, sin ERE-ERTE: sería de 5.015.000 €, con ERE-ERTE de 2.667.000 €.

En el año 2011 tuvo unos beneficios de 5.476.000 €, en el año 2012 el resultado fue de unas pérdidas de -102.298.000 €, siendo el resultado provisional a septiembre de 2013 de -4.601.0000 €

- El número de toneladas de fabricación previstas para el año 2013 es de 6.525 Tns, para el año 2014 la previsión es de 2.070 Tns

- En montaje la previsión para el año 2013 es de 2.427 Tns, para el año 2014 la previsión es de 2.470 Tns.

La previsión de facturación es de 19.724.000 € en 2013 y de 7.025.000 € en 2014.

DECIMO TERCERO .- Se llevaron a cabo las siguientes reestructuraciones en la empresa:

-En el Departamento de Organización y Control se elimina el puesto de Controler, cuyas funciones serán asumidas directamente por la Dirección de Fábricas del Grupo IsoluxCorsán.

- Se elimina igualmente en el Departamento de Organización y Sistemas el puesto de supervisor del programa de Gestión informática (SAP), que también será asumido por los Servicios Corporativos del Grupo Isolux.

- Se prescinde del Departamento de Calidad y Medio Ambiente, cuyas funciones serán igualmente realizadas directamente por el Staff de la Dirección de Fábricas del Grupo IsoluxCorsán.

- Se reorganizan los Departamentos de Ingeniería, Operaciones y Pintura y Logística, amortizando diversos puestos de trabajo en los mismos.

DECIMO CUARTO .- En la fecha del ERE/ERTE la empresa demandada, consta de 128 trabajadores. De los cuales 80 pertenecen al taller. Concretamente 70 de taller y 10 de montaje. (la empresa no monta lo que no fabrica).

En ese momento no hay carga de trabajo para 70 personas. Siendo como máximo para 25 o 30 personas al mes, las que se necesitan para desarrollar la carga de trabajo. La empresa no tiene más carga de trabajo programada a partir del mes de agosto.

DECIMO QUINTO .- Por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de fecha 31-10-2013, dictada en recurso nº 2628/2013, recaída en procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, se declara que: la empresa en el momento de celebrar elecciones sindicales no superaba el umbral numérico legal, ya que contaba con menos de 250 trabajadores. En atención a ello la empresa no reconoce a los trabajadores citados como **Delegados Sindicales** por no alcanzar la empresa en el momento de celebrarse las últimas elecciones sindicales el 20-6-2012 el umbral numérico legal, ya que contaba con menos de 250 trabajadores.

En la fecha del ERE, la empresa no alcanza los 250 trabajadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos que se acaban de declarar probados -a los efectos previstos en el art. 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social - se estiman acreditados en virtud de la prueba practicada, esto es, el interrogatorio de la parte, la documental aportada y las testificales, y periciales practicadas en el acto del juicio oral.

Los demandantes alegan en demanda, **tres motivos de nulidad** del procedimiento de extinción de las relaciones laborales y un **motivo de inexistencia de causa legal**, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Comenzaremos por los motivos de **nulidad**, dado que su estimación haría innecesario resolver sobre la inexistencia de las causas. Y así, como motivos de nulidad se alegan: **a)** vulneración del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, por falta de entrega de la documentación pertinente. **b)** abuso de derecho, fraude de ley y falta de buena fe. **c)** vulneración de derechos fundamentales.

En cuanto a la primera alegación letra a), los demandantes sostienen en su escrito de demanda que, existe infracción del art 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de los artículos 2 y 3 del RD 1483/2013, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, en lo relativo a los requisitos de la comunicación de apertura del período de consultas y documentación aportada, con base en los siguientes incumplimientos formales por parte de la empresa:



1º.- En la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas no constan que de modo expreso las causas alegadas para el despido colectivo .

Tal afirmación merece ser rechazada. Consta en el hecho probado tercero que la empresa entregó una comunicación por la que la representación de la empresa comunica por escrito y para su recepción, al secretario y presidente del comité, el número de trabajadores afectados (46) por el ERE, y se aplicaría entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2014 y por el ERTE, expediente de regulación temporal de empleo, que afectaría a 59 operarios y se aplicaría entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de junio de 2015). Y asimismo que se especificaban las causas del despido colectivo como productivas, económicas y organizativas (remitiéndose en cuanto a su detalle y concreción a la Memoria que se adjuntaba).

2º.- Se alega que no se determinaba el número de trabajadores afectados y su clasificación profesional ,

Consta asimismo en el hecho probado tercero, que en el mismo escrito de iniciación de la empresa, se explicitaba el número de trabajadores afectados (despido colectivo de 46 trabajadores a aplicar entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2014 y un expediente de regulación temporal de empleo que afecta a 59 operarios y se aplicará entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de junio de 2015), figurando también el número y clasificación de los trabajadores afectados y los empleados en el año anterior en el modelo oficial de la Consellería de Trabajo.

Lo anteriormente expuesto no se destruye por la circunstancia acreditada en el acto del juicio de que en esa primera reunión, y en el inicio de la misma, se notificase que el número de trabajadores afectados por el ERE ascendía a 30. Y que tal documentación fuese recepcionada por el comité, pues al día siguiente 26 de noviembre, se comunicó al comité que por error en la memoria explicativa, constaba el número de 30 cuando debía referirse a 46. Sin que hayan logrado los demandantes, formar la convicción a este Tribunal, de que los motivos que movieron a la empresa para notificar primero 30 afectados y después 46 hayan sido distintos de un error de notificación.

Y menos aún, por cuanto en la reunión celebrada en fecha 9 de diciembre y tal como consta en el hecho probado quinto, el comité considera que la Empresa sigue incumpliendo la documentación y clasificación profesional de personal afectado por ERE/ERTE, y la empresa manifiesta que se cumple con lo establecido legalmente y muestra su disposición para que de forma inmediata entregue la relación de trabajadores afectados por ERE/ERTE, lo que no fue aceptado por la parte social, no volviendo a plantearse esta cuestión en las 4 reuniones posteriores.

3º.- Se dice que no se aportó el número de trabajadores empleados el último año. Con independencia de que se pueda entender que no figura entre la documentación exigida para el inicio del ERE, se acredita que figuraba en la Memoria (pag. 6 y 7) y tras ser requerida en la primera reunión, les fue aportada el 16-12-2013, según se acredita en el hecho probado sexto "... *Altas y bajas del año 2013 tal como se ha solicitado.*"

4º.- Consideran los demandante que no se incluyeron los criterios tenidos en cuenta para la designación de personal afectado.

En el Anexo II de la Memoria se acompañaban dichos criterios. Tras ser requeridos en la primera reunión el 9-12-2013, se les entregó nuevamente el documento en la que figuran los criterios invocados por la empresa y que figura anexo a la Memoria. Ampliándose dicha información en un documento aportado el 20-12-2012 en la 5ª reunión del periodo de consultas.

5º.- Alegan también los actores, que no se aportó el informe de cuentas consolidadas.

Con la Memoria, como Anexo IV se aportaron las Cuentas anuales consolidadas del Grupo IsoluxCorsán, S.A del ejercicio 2011, y las cuentas Anuales del 2012. Tras ser requeridos en varias ocasiones, finalmente fueron entregadas y así lo manifestó en el acto del juicio la representación del comité de empresa, que reconoció estar estas entregadas, el día 20 de diciembre, de forma que se acredita su entrega, y la inexactitud de los reflejados en demanda.

6º.- Se dice también en demanda, que no se aportaron las medidas sociales de acompañamiento hasta la segunda reunión celebrada el 9-1-2013 y que, además las mismas carecían de contenido .

En el acta de la reunión celebrada en fecha 9 de diciembre de 2013 se hace constar lo siguiente: ".....Comienza la reunión preguntando nuevamente la Empresa si están de acuerdo con la documentación que se les ha entregado. Responde el Comité que a su entender siguen faltando los siguientes puntos:

... La Parte Social comunica que considera insuficiente el Plan de Acompañamiento Social. La Empresa manifiesta que ese Plan es una propuesta inicial y que debe de ser objeto de negociación para su mejora en este proceso.



La empresa tras serle requerida por los representantes de los trabajadores esta concreta documentación presentó una propuesta de medidas, y a lo largo de la negociación fueron varias las medidas propuestas por las partes, produciéndose una negociación al respecto.

7º.- **Se dice que la empresa no aportó la relación de altas y bajas de los trabajadores empleados en el último año y el nivel de empleo medio en dicho período** . Le fue aportada el 16-12-2013, según se acredita en el hecho probado sexto "... Altas y bajas del año 2013 tal como se ha solicitado." Y el nivel de empleo medio figura en la página 6 de la memoria explicativa).

8º.- **Se dice que no se aportó Plan de recolocación externa** : La Parte Social considera que todas las bajas deben de tenerse en cuenta y que la Empresa debe de presentar un Plan de Recolocación Externo, ya que afectaría a más de 50 trabajadores. Ha resultado acreditado que el ERE, afectó únicamente a 46 trabajadores, por lo que se hace innecesario el plan de recolocación externo, al no alcanzar los despidos propuestos los 50 trabajadores.

9º.- **Se dice igualmente que la empresa se negó a aportar cualquier otra documentación** , como impuesto de IVA informes sobre la carga de trabajo de la empresa, y en su caso los contratos comerciales que objetiven esa carga de trabajo. En los hechos probados de esta resolución, se refleja parte del contenido de las actas de las reuniones celebradas en el periodo de consultas, concretamente en las habidas los días. 9, 16, 18 y 20 de diciembre y de ellas obtenemos que, la empresa además de la documentación inicial hizo entrega, entre otros, de los siguientes documentos e información:

- Altas y bajas del último año.
- Relación de todo el personal contratado durante el 2013.
- Previsión de rotaciones en función de la carga de trabajo.
- Plan de acompañamiento social.
- Contestación al Plan de Recolocación externo
- Contestación a la obligatoriedad de suscribir convenio especial SS
- Contestación a la mayor información sobre personal afectado
- Escrito en el que se explica cómo afectaría la resolución de ofertas en curso a la aplicación del ERE y ERTE.
- Listado de horas extraordinarias realizadas en el mes de septiembre, octubre y noviembre de 2013.
- Carga de trabajo del Grupo Isolux relacionada con la actividad de Emesa
- Liquidaciones trimestrales del IVA
- Causas de las bajas producidas en el año 2013
- Información sobre el cambio de condiciones del préstamo participativo de ISOLUX INGENIERIA a EMESA al pasar de corto a largo plazo.
- Fundamento de las previsiones de los costes de explotación
- Criterios de estimación de cuenta resultados 2013 y 2014
- Ofertas del Grupo IsoluxCorsán relacionadas con la actividad de EMESA

10º.- **Se dice que la empresa incumplió con su obligación de consulta e informe previo al Comité de Empresa**, tal afirmación ha de rechazarse, dado que en el escrito de iniciación del expediente entregado al Comité de Empresa, el 25-11-2013, expresamente se hacía constar que " se solicitaba informe a los representantes de los trabajadores dando cumplimiento a lo establecido en el art. 64 del ET ", como se refleja en el hecho probado tercero.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) **Sentencia de 27 mayo 2013 , (RJ \2013\7656)** "... el art. 51 ET - en lo que se refiere al punto de que tratamos- prescribe que la comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores. Pero en tanto que en la redacción ofrecida por el art. 18.3 del RD-Ley 3/2012 [10/ Febrero] se limita a disponer que «[l]a referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo ...», el texto proporcionado por el art. 18.3 de la Ley 3/2012 [6/Julio] , con mayor detalle preceptúa que «[l]a comunicación ... deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen»;



b) el art. 6 del RD 801/2011 [10/Junio], que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, establece que «1. En los despidos colectivos por causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas que dan lugar a su solicitud, que acredite, en la forma señalada en los siguientes apartados, los resultados de la empresa de los que se desprendan una situación económica negativa ... 2. Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario ... deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. 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 auditoría»;

c) idéntica redacción se ofrece -en el extremo al que nos referimos- por el art. 4 del RD 1483/2012 [29/Octubre], que sustituye al precedente Reglamento [DD Única]; Que es la que en el presente supuesto se alega como infringida por los demandantes.

"... Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque entendemos que a pesar de los claros términos en que se expresan los arts. 6.2 RD 801/11 y 4.2 RD 1483/12 [el empresario «deberá aportar»], así como del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «no se haya respetado lo previsto» en el art. 51.2 ET , conforme a la redacción del RD-Ley 3/2012 ; y cuando « el empresario no haya ... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET , de acuerdo con el texto proporcionado por la Ley 3/2012], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y **no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET ; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS].**

En esta misma línea ya se movía la **STS 20/03/13 [rco 81/12]**, cuando afirmaba que «... la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...».

Y asimismo también resuelve en este línea la **sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 61/2014 de 28 marzo . JUR 2014\101833**. En la que tras citar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que manejamos, dice que:

".....Parece claro, por tanto, que solo será penalizada con la nulidad la falta de aportación de documentos, que impidan a la RT hacerse una composición de lugar fiable de la situación de la empresa, puesto que dicha omisión impedirá que el período de consultas alcance sus fines. - Por consiguiente, si la empresa no aporta la documentación, exigida legal o reglamentariamente, le corresponderá acreditar que la omisión de documentación no ha impedido que el período de consultas alcance sus fines. - Por el contrario, cuando la RT solicite más documentación, que la exigida legal o reglamentariamente, le corresponderá probar que dicha documentación era trascendente, de manera que su ausencia impidió que la negociación alcanzase sus fines, por todas SAN 9-10-2013, proced. 234/2012 . La simple lectura del art. 4.2 RD 1483/2012, de 29 de octubre nos permite concluir que el empresario, para probar la concurrencia de causas económicas, deberá aportar las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento, entendiéndose por cuentas provisionales los documentos contenidos en el art. 254.1 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) , que son el balance, cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujo de efectivos y la memoria. - Queremos resaltar no obstante que, si bien el apartado segundo del artículo citado subraya que las cuentas referidas constituyen una unidad, la Sala entiende que no es necesario aportar la memoria, por cuanto la confección de dicho documento es predicable del ejercicio en su conjunto y puede sustituirse, sin generar indefensión a los trabajadores, por la propia memoria del despido colectivo. Dichos documentos deberán



aportarse hasta el momento de iniciarse el procedimiento, porque así lo dispone el art. 4.2 RD 1483/2012, de 29 de octubre, salvo que se demuestre la imposibilidad de hacerlo, correspondiendo la carga de la prueba a la empresa, quien deberá demostrar razonablemente que no le fue posible confeccionar las cuentas provisionales a la fecha del inicio del período de consultas, o cuando se acredite que la falta de aportación no impidió que el período de consultas alcanzase sus fines.

Y tal como ha quedado acreditado, aun cuando la empresa no haya aportado en un principio toda la documentación que por la representación de los trabajadores le fue requerida, (al inicio del expediente aportó la documentación reflejada, en el hecho probado tercero) ello no determina que deba procederse a la declaración de nulidad. Y ello por cuanto, la empresa aportó la documentación requerida constante el período de consultas y con suficiente antelación habiendo quedado acreditado, y expuesto anteriormente, cada uno de los momentos en que la empresa fue haciendo aportación de documental, siendo una constante a lo largo de todas las reuniones, que la empresa al comienzo de las mismas, solicitase de la parte social, su manifestación sobre la conformidad o disconformidad, con la documental entregada.

Por ello, la posible falta de algún documento financiero/contable o los posibles defectos observables en los que sí constan aportados, no tienen trascendencia suficiente a los efectos negociadores durante el periodo de consultas, pues su ausencia, se acredita, no ha obstado a que los representantes de los trabajadores tuviesen un conocimiento cabal de la situación que permitiese negociar adecuadamente la razonabilidad de las medidas propuestas para hacer frente a la crisis económica. Por todo lo expuesto, consideramos que, en el presente caso, no se ha producido la vulneración del procedimiento alegada por los demandantes, de conformidad con el criterio sostenido por el Tribunal Supremo.

SEGUNDO .- En cuanto al segundo de los **motivos de nulidad** alegados, relativo a la existencia de fraude de Ley y falta de buena fe en la negociación del periodo de consultas, tenemos que poner de manifiesto en primer lugar que en cuanto al fraude, la interpretación del art. 6 del Código Civil, permite concluir que existe fraude de ley cuando realizando una conducta, con amparo en determinadas leyes, se elude o se trata de eludir la aplicación de otra norma legal, o bien alcanzar un fin prohibido por el ordenamiento jurídico. A ello ha de añadirse que el fraude no se presume, sino que ha de ser siempre acreditado, valorando el supuesto concreto y analizando caso por caso, y deber resolverse si debe prevalecer la aplicación de la norma que permite la conducta realizada frente a la norma que se alega como infringida.

Así las cosas no puede hablarse de fraude cuando las causas objetivas invocadas por la empresa son reales, máxime si se tiene en consideración viene admitiendo la existencia de despidos pluricausales; en este sentido, relacionado con despidos por causas objetivas ya se ha pronunciado esta Sala, en sentencia de 2 de febrero de 2001 (AS 2001, 289) en la que indicamos que "Por encima, por su esencia y contenido mismo, la concreta delimitación de las causas de la extinción del contrato por causas objetivas no propician su nítida separación, de tal manera que no solo la línea divisoria entre las causas económicas y las productivas, o entre las económicas y las organizativas y entre estas y las técnicas, no es nítida sino que también existen supuestos pluricausales, con interdependencia entre aquellas causas; hasta el punto de que se ha afirmado que en todas las causas típicas existe o subyace un claro componente económico directo o indirecto y una cierta mezcla de finalidades, puesto que lo técnico, organizativo y productivo forman parte también de lo económico".

Y por otra parte, que el deber de negociación y la buena fe comercial, que vienen impuestos en virtud de lo prevenido en el art. 89 del Estatuto de los Trabajadores, conllevan respecto de la negociación colectiva la sumisión a los cauces legalmente preceptuados, es decir, el deber de sentarse a negociar y efectuarlo de buena fe, en palabras del Tribunal Supremo (Sala 4ª) ST de fecha 29.01.2004, rec. 8/2003 (RJ 2004, 958). Igualmente la doctrina del alto tribunal perfila que ese deber de iniciar una negociación y el deber paralelo de llevar a cabo esa negociación de buena fe, « no significa, como esta Sala ha declarado reiteradamente, que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido -por todas ST 17 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9750) - ni tampoco el de reanudar las conversaciones una vez finalizada, salvo que se plantee una plataforma negociadora novedosa» (SST de fechas 1.03.2001, rec. 2019/2000 [RJ 2001, 2929] y 30.09.1999 [RJ 1999, 8395], entre otras muchas).

Y el Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de señalar en su sentencia de 30 de junio de 2011 (RJ 2011, 6097) (rec. 173/2010), que aun cuando en el precepto legal no se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas, habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. Un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa, no sólo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria,



incumbiendo igualmente a la empresa la carga de la prueba de que ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos expuestos, pues de no ser así, se declarará nula la decisión adoptada.

En el caso de autos el precepto convencional al igual que el precepto legal, no impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas. Habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo.

Por otro lado la Sentencia del **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 27 mayo 2013 , (RJ\2013\7656)** anteriormente referida, en este punto razona que ciertamente ha de reconocerse que, la expresión legal (art. 51.2 Estatuto de los Trabajadores que « durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo ».) ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato: art. 1.258 CC] y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 del Estatuto de los Trabajadores [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»]; b) desde el momento en que el art. 51 Estatuto de los Trabajadores , instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «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», está claro que la buena fe que el precepto exige es una **buena fe negocia l**.

Y por otra parte como ya dijimos en sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 5544/2012 de 21 noviembre . AS 2013\51, *en cuanto a la actitud de la empresa durante el transcurso de la negociación, hemos de recordar que en el período de consultas las partes deben negociar de buena fe, con vistas a alcanzar un acuerdo, aportando para ello cuantas soluciones procedan para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados, conclusión que se obtiene del contenido del art. 13 del Convenio nº 158 OIT (RCL 1985, 1548) , art. 2 de la Directiva 98/59 (LCEur 1998 , 2531) , art 51.2 del ET (RCL 1995 , 997) y art. 11 del RD 801/2011 . La buena fe implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones (STS de 1 marzo 2001 (RJ 2001, 2829), Rec 2019/2000) , y también impone el deber de coherencia: exigiendo a las partes ser consecuentes con sus propias posiciones y no alterarlas sustancialmente de un día para otro (STS 3 febrero 1998 (RJ 1998, 1428). Y ese deber de negociar de buena fe, como esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, no se ve colmado cuando nos encontramos ante la apertura del período de consultas y la celebración de reuniones desprovistas de contenido real (STC 107/00 y STSJ Cataluña 31/01/03 , STSJ Madrid 30 mayo 2012 (AS 2012, 1672); Rec 17/2012) , y que infringe la buena fe acudir a la negociación con una única oferta definitiva e irrevocable a falta de cuya aceptación se da por cerrado el proceso negociador (vid STC 107/2000 de 5 de mayo . O como señala la sentencia (TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012) no se cumple con este requisito de negociar de buena fe cuando se dan unas circunstancias en las que " la empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del ere 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 (AS 2012, 1887) , 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.

Tal situación no es la que se da en el caso de autos, y así tal como se desprende de los hechos probados, en los que se recoge en esencia el contenido de las seis reuniones acaecidas en el periodo de consultas, se aprecia que la empresa no se mantiene inamovible en sus posturas, y así en la reunión de 20/12/2013, la empresa ofreció reducir los despidos pasando de 46 a 30, e incrementar la indemnización por despido hasta 29 días por año trabajado, con un máximo de 16 mensualidades.

Es cierto que las reivindicaciones del banco social (prejubilaciones y suspensiones de contratos, y continuación hasta extinción de los contratos mercantiles) no han sido atendidas, pero ello no implica que la empresa hubiera hecho del periodo de consultas un mero formalismo, puesto que la negociación consiste en que las partes crucen propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, con independencia de que las negociaciones lleguen a buen fin por alcanzarse dicho acuerdo.

Los representantes de los trabajadores, sitúan la existencia de mala fe, entre otras, en la circunstancia de que en la primera reunión se les diese conocimiento de que el despido afectaba a 30 trabajadores y posteriormente a 46, considerando ello una maniobra programada, para forzar el acuerdo, sin embargo ello no ha quedado acreditado, del conjunto de la prueba practicada en el acto del juicio. Si no que, se acreditó que por error de la empresa se notificó un documento que no era el que se pretendía notificar, sin que la finalidad torticera resulte acreditada.

Otra de las circunstancias alegadas por los actores en el acto del juicio, para apreciar la falta de buena fe, fue el informe emitido por la Inspección de Trabajo, en fecha 20/01/2014, alegando que la inspección de trabajo consideraba la existencia de maniobras contrarias a tal principio. Nada de ello se deduce del texto de dicho informe. En el que concretamente se dice ".... que no existen elementos que permitan determinar que no se ha negociado de buena fe". Y por otra parte, si bien contiene una referencia a que ".... el número de afectados se incrementó inicialmente, con ánimo de tener un margen de negociación", tal aserto no ha quedado acreditado, en el acto del juicio, habiendo reconocido tanto el Presidente como el Secretario del Comité de empresa, que se les notificó que afectaba a 30 trabajadores en principio al constituirse la mesa, y en el mismo día y en el mismo acto, se les notificó que afectaba a 46, habiendo por tanto un error en la documentación entregada, que posteriormente fue corregido, pero que no permite llegar a la conclusión obtenida por los demandantes, sin hacer hipótesis o conjeturas, pues tal intención no quedó en modo alguno acreditada.

Tampoco cabe apreciar la existencia de mala fe, en la forma y modo en que ha sido entregada la documentación relativa al expediente, pues como hemos reflejado en anterior fundamento, no solo no cabe apreciar nulidad, sino que tampoco se estima inadecuada la conducta empresarial, dado que si bien en un principio la empresa incorpora la documental que considera necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art 51.2 y art. 4 del RD 1483/2012 de 29/Octubre, a requerimiento de los trabajadores se ha ido completando la documental solicitada, no resultando acreditada la negativa a la entrega de documentación que se dice en demanda, (declaración de IVA, informes de carga de trabajo, contratos comerciales) y si en cambio resulta acreditado que la empresa en la segunda reunión, había aportado prácticamente toda la documentación solicitada, por la parte social, si bien esta mostraba su disconformidad con la misma por incompleta y requiriendo a la demandada, la aportación de nueva documentación, constanding en las actas de las reuniones celebradas, el cumplimiento de los decisivos requerimientos, actitud por parte de la empresa que en modo alguno, puede ser considerada contraria al principio de la buena fe. Por lo que no cabe apreciar la causa de nulidad alegada.

TERCERO .- El último **motivo de nulidad** alegado en la demanda inicial, es que la decisión extintiva se realiza vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas en la selección de algunos de los trabajadores afectados por el ERE, en particular vulnerando el derecho a la garantía de indemnidad, a la protección por situación de guarda legal, así como el derecho de libertad sindical, por haberse procedido al despido de dos delegados sindicales. De ser así necesariamente procedería decretar la nulidad de la medida extintiva ex art. 124.9 LRJS .

Como punto de partida recordaremos que el poder organizativo y de dirección reconocido a la empresa le permite determinar los trabajadores que han de ser objeto de la regulación de empleo, sin que el ordenamiento jurídico le imponga condición alguna para decidir su exclusión o no de la lista de afectados, salvo la relativa a los representantes legales de los trabajadores, añadiendo la jurisprudencia como límite a tal libertad de elección del empresario cuando se acredita que el criterio utilizado por el empresario es discriminatorio o vulnera un derecho fundamental.



Con reiteración hemos señalado entre otras en nuestra Sentencia, Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 noviembre 2005 Recurso de Suplicación núm. 4928/2005 . (AS 2006\779) que, en torno al despido nulo por presunta vulneración de derechos fundamentales, siguiendo precedentes sentencias de este Tribunal, en concreto sentencia de 20/5/05 (Recurso 1843/05) que es cierto que en los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales se invierte la carga de la prueba, sin llegar a la probatio diabólica; pero para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993, de 20/septiembre [RTC 1993\266], F. 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» (STC 207/2001, de 22/octubre [RTC 2001\207], F. 5) o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (STC 308/2000, de 18/diciembre [RTC 2000\308], F. 3) (STC 41/2002, de 25/febrero [RTC 2002\41], f. 3).

Con la consecuencia de que ese indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada, tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales (SSTC 101/2000, de 10/abril [RTC 2000\101]; 308/2000, de 18/diciembre; 136/2001, de 18/junio [RTC 2001\136]; 14/2002, de 28/enero [RTC 2002\14]; 41/2002, de 25/febrero, f. 3 ; 48/2002, de 25/febrero, f. 5 ; 66/2002, de 21/marzo [RTC 2002\66]; 84/2002, de 22/abril [RTC 2002\84], f. 3, 4 y 5; 5/2003, de 20/enero [RTC 2003\5], f. 6).

E igualmente se afirma (con cita de las SSTC 135/1990, de 19/julio [RTC 1990\135]; 21/1992, de 14/febrero [RTC 1992\21]; y 7/1993, de 18/enero [RTC 1993\7]) que «... cuando se ventila un despido "pluricausal", en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado. Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo» (STC 48/2002, de 25/febrero [RTC 2002\48], f. 8)...

De otra parte ha de reiterarse -con las SSTSJ Galicia 26/05/03 R. 1771/03 (JUR 2003\233649) y 27/02/04 R. 660/04 (AS 2004\910)- que sobre la denominada «garantía de indemnidad» el Tribunal Constitucional recuerda - STC 198/2001, de 04/octubre (RTC 2001\198), que se remite a la STC 140/1999 (22/julio [RTC 1999\140]); y al ATC 219/2001, de 18/julio (RTC 2001\219 AUTO)- que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface [...] mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [...]

En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 7/1993 [RTC 1993\7], 14/1993 [RTC 1993\14] y 54/1995 [RTC 1995\54]). Y al efecto se decía en STC 7/1993 (18/enero) que **«si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción [...] por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula »**. Y como destacan esa misma Sentencia y otras posteriores -SSTC 7/1993, de 18/enero ; 14/1993, de 18/enero ; 54/1995, de 24/febrero ; 197/1998, de 13/octubre (RTC 1998\197), 140/1999, de 22/julio ; 101/2000, de 10/abril (RTC 2000\101); 196/2000, de 24/julio (RTC 2000\196); y 199/2000, de 24/julio (RTC 2000\199)-, la prohibición del despido [u otra medida empresarial] como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (RCL 1985\1548) [...], que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes».



Asimismo, el despido o otra decisión patronal dirigida contra el empleado en estos casos supondría el desconocimiento del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) ET (RCL 1995\997), que configura como tal «el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo». E igualmente cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22/09/98 (TJCE 1998\207); (Asunto C-185/1997), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE (LCEur 1976 \44), declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

Pues bien, en el supuesto concreto de autos, se alega haberse vulnerado la **garantía de indemnidad**, respecto de los siguientes trabajadores:

El trabajador Don Pelayo, que prestaba servicios en el Departamento de Proyectos y Costes. Este trabajador había sido sancionado con una sanción de amonestación por escrito el 5-11-2012, recurrió la misma en vía judicial, obteniendo sentencia favorable que deja sin efecto la sanción. El Departamento de Proyectos y Costes se fusiono con el de Presupuestos. Se redujo el personal que prestaba servicios en el mismo. Don Pelayo no habla francés, ni inglés. El jefe de Obra, que si habla francés e inglés continuó prestando servicios en el Departamento de Proyectos y Costes y Presupuestos, hasta su fusión.

Dña. Montserrat, también fue sancionada mediante amonestación escrita en la misma fecha que el anterior, constando únicamente la presentación de demanda ante el SMAC, cuya celebración sin efecto se realizó el 17-12-2012, su puesto de trabajo en el Departamento de Ingeniería se amortiza, por causas económicas. Se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal.

Dña. Remedios, fue despedida disciplinariamente en fecha 16-12-2013 (estando ya en trámite el ERE) imputándole una falta muy grave consistente en aprovechar su puesto de Informática para acceder a documentos que estaban guardados en la carpeta personal del Responsable de Recursos Humanos de la Empresa -concretamente a documentos relativos al ERE en trámite. Contra dicho despido presentó la trabajadora demanda, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña estando señalado juicio para el 22-7-2014. El puesto de trabajo de esta trabajadora se amortiza tras el ERE, motivo por el cual, ad cautelam y para el supuesto de que fuese declarado improcedente su despido disciplinario, se le comunica que estaba incluida como personal afectado por el ERE extintivo. Se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal.

Las funciones que realizaba esta trabajadora, eran las consistentes en funciones de soporte informático (SAP). El puesto de trabajo de la demandante se amortizó. Pasando a efectuarse sus funciones directamente por los Servicios Corporativos del Grupo Isolux desde Madrid.

A la vista de las circunstancias relatadas y que han quedado plasmadas en los hechos probados de esta resolución, no cabe apreciar la vulneración pretendida, pues aparte de que en los dos primeros supuestos hay una diferencia cronológica importante, resulta acreditado que existe una causa evidente de amortización de sus puestos de trabajo, que impide considerar que el ánimo de la empresa haya sido, el incluir a dichos trabajadores en el ERE, por causa de sus reclamaciones laborales, dado que además en el primer caso queda patente las razones objetivas de preferencia de otro trabajador, del mismo departamento sobre el demandante.

Y por lo que respecta a Dña. Remedios, las funciones que realizaba esta trabajadora, eran las consistentes en funciones de soporte informático (SAP). El puesto de trabajo de la demandante se amortiza. Pasando a efectuarse sus funciones directamente por los Servicios Corporativos del Grupo Isolux desde Madrid. Y fue despedida disciplinariamente en fecha 16-12-2013 (estando ya en trámite el ERE) imputándole una falta muy grave consistente en aprovechar su puesto de Informática para acceder a documentos que estaban guardados en la carpeta personal del Responsable de Recursos Humanos de la Empresa -concretamente a documentos relativos al ERE en trámite. Y contra dicho despido presentó la trabajadora demanda, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña estando señalado juicio para el 22-7-2014. El puesto de trabajo de esta trabajadora se amortiza tras el ERE, motivo por el cual, ad cautelam y para el supuesto de que fuese declarado improcedente su despido disciplinario, se le comunica que estaba incluida como personal afectado por el ERE extintivo. Tales circunstancias nos impiden llegar a la conclusión de que la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción empresarial por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, puesto que la empresa, ha sido capaz de acreditar que concurren razones objetivas, de amortización de la plaza al margen de la situación del despido disciplinario.

Otro de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados, es el reconocido en el art 55 del 5º apartado b) del Estatuto de los Trabajadores, que establece la calificación de nulidad para los despidos que afecten a trabajadores que estén disfrutando de los **permisos contemplados por los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores**.



Hemos afirmado que la previsión del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores , al establecer que será nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, sólo puede ser nulo o procedente, y en consonancia con la doctrina constitucional expuesta para el caso de la trabajadora embarazada en la sentencia 92/2008, de 21 de julio (RTC 2008, 92) , la nulidad del despido tiene en el artículo 55.5 b) ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del disfrute de ese derecho a la reducción de jornada y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con tal situación, lo que refrenda el último párrafo del art. 108.2 c) de la LPL , al señalar que lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señaladas, de manera que estamos ante una causa objetiva de nulidad.

Ciertamente, como indica la STS de 25-1-2013 (RJ 2013, 1959) "el precepto es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación", nulidad que ampara las distintas situaciones relacionadas con la maternidad a que se refiere el art. 55.5 ET , entre las que se encuentra la reducción de jornada por guarda legal; pero la norma previene también que la nulidad establecida "será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados".

Las trabajadoras afectadas por tal reducción de jornada son: Dña. Remedios , Dña. Valentina y Dña. María Cristina . Las circunstancias concretas de la primera ya han quedado reflejadas anteriormente y en cuanto a las otras dos, Dña. Valentina y Dña. María Cristina prestaban sus servicios en el Departamento de Calidad y Medio Ambiente, en el cual de prestaban servicios tres trabajadores hasta que tuvo lugar el ERE. Los puestos de trabajo de las trabajadoras se amortizaron, quedando únicamente un trabajador (miembro del comité de empresa). Dicho departamento desaparece siendo asumidas sus funciones por la Dirección de Fábricas del Grupo Isolux Corsan;

Quedan así acreditadas circunstancias no relacionadas con el ejercicio del derecho a la jornada reducida de la trabajadora, principalmente las justificativas de la extinción colectiva acordada entre empresa y trabajadores, afectante a 46 trabajadores, entre las que se encuentran las referidas trabajadoras y otras que también tenían idéntica jornada, motivos que diferencian este caso del contemplado por la STS citada de 25-1-2013 (RJ 2013, 1959), en la que no se da por probado motivo alguno del despido no relacionado con la reducción de jornada por maternidad, como es el caso de autos. Por lo que respecto de este derecho fundamental entendemos no ha sido vulnerado por la actuación empresarial, no pudiendo apreciar la nulidad solicitada, por tal motivo.

Y finalmente en cuanto a la vulneración del derecho de **libertad sindical**, respecto de D. Virgilio y D. Carlos Ramón , que se dice en demanda ostentan la cualidad de delegados sindicales. Debemos hacer referencia concreta aquí a la Sentencia dictada por este mismo Tribunal en fecha 31-10-2013, en recurso nº 2628/2013 , recaída en procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, Pues de conformidad con la misma, se estima que en la empresa no existen en la actualidad Delegados Sindicales, circunstancia que fue expresamente declarada y reconocida por dicha sentencia de esta Sala de lo Social del TSJ de Galicia, por no alcanzar la empresa en el momento de celebrarse las últimas elecciones sindicales el 20-6-2012 , el umbral numérico legal, ya que contaba con menos de 250 trabajadores. De tal modo que, siendo que en demanda se dice que gozan de prioridad de permanencia al amparo del art.68 b) del Estatuto de los Trabajadores , al no tener la consideración de Delegados Sindicales tampoco gozan de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, sin que sirva para desvirtuar tal afirmación, la circunstancia de que hayan tomado parte en las reuniones del periodo de consultas por la parte social, dado que tal participación, resulta acreditado, no ha sido como delegados.

En consecuencia, tampoco se ha producido la vulneración de derechos, no suponiendo las circunstancias alegadas indicios de discriminación suficientes para justificar la grave consecuencia pretendida por los demandantes, debiendo tenerse en cuenta que la extinción de contratos llevada a cabo afectó a un gran número de trabajadores (46) y tal como alego la demandada en el acto del juicio, no se ha aportado una prueba verosímil reveladora de la existencia de la discriminación invocada. Debiendo de rechazarse en consecuencia la nulidad del despido solicitada.

CUARTO .- Y rechazados los motivos de nulidad, procede entrar en la valoración de la concurrencia de las causas para despedir objetivamente.

Como hemos señalado en los hechos probados de esta resolución, concretamente decimosegundo y decimotercero, y decimocuarto, la empresa ELABORADOS METALICOS EMESA está en una situación de pérdidas económicas que ya viene sufriendo en los últimos 5 años (32 millones de euros acumulados durante dicho período).



Los resultados de la empresa según sus cuentas de resultados, publicadas y auditadas, son las siguientes:

En cuanto a su cifra de negocio:

2009 2010 2011 2012 2013

(prov. sept) 2013

(prov. Dic) 2014

79.246.000 17.454.000 3.787.000 21.189.000 14.793.000 19.724.000

18.056.000 7.025.000

Y los resultados de la explotación:

2009 2010 2011 2012 2013 (prov. sept) 2013

(prov. Dic) 2014

- 2.707.000 -9.204.000 -7.345.000 -9.353.000 -2.735.000 -3.647.000 -5.882.000 s/ERE

-3.594.000 c/ERE

En cuanto a los gastos de personal, la previsión para el año 2014, sin ERE-ERTE: sería de 5.015.000 €, con ERE-ERTE de 2.667.000 €.

En el año 2011 tuvo unos beneficios de 5.476.000 €, en el año 2012 el resultado fue de unas pérdidas de -102.298.000 €, siendo el resultado provisional a septiembre de 2013 de -4.601.000 €

- El número de toneladas de fabricación previstas para el año 2013 es de 6.525 Tns, para el año 2014 la previsión es de 2.070 Tns

- En montaje la previsión para el año 2013 es de 2.427 Tns, para el año 2014 la previsión es de 2.470 Tns.

La previsión de facturación es de 19.724.000 € en 2013 y de 7.025.000 € en 2014.

Se llevaron a cabo las siguientes reestructuraciones en la empresa:

-En el Departamento de Organización y Control se elimina el puesto de Controller, cuyas funciones serán asumidas directamente por la Dirección de Fábricas del Grupo IsoluxCorsán.

- Se elimina igualmente en el Departamento de Organización y Sistemas el puesto de supervisor del programa de Gestión informática (SAP), que también será asumido por los Servicios Corporativos del Grupo Isolux.

- Se prescinde del Departamento de Calidad y Medio Ambiente, cuyas funciones serán igualmente realizadas directamente por el Staff de la Dirección de Fábricas del Grupo IsoluxCorsán.

- Se reorganizan los Departamentos de Ingeniería, Operaciones y Pintura y Logística, amortizando diversos puestos de trabajo en los mismos.

En la fecha del ERE/ERTE la empresa demandada, consta de 128 trabajadores. De los cuales 80 pertenecen al taller. Concretamente 70 de taller y 10 de montaje. (la empresa no monta lo que no fabrica). En ese momento no hay carga de trabajo para 70 personas. Siendo como máximo para 25 o 30 personas al mes, las que se necesitan para desarrollar la carga de trabajo. La empresa no tiene más carga de trabajo programada a partir del mes de agosto.

Como resolvimos en este mismo Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 163/2013 de 4 diciembre, (JUR\2013\55365), y 981/2013 sentencia de veintiuno de Junio de dos mil trece, en la fecha de efectos del despido, ya estaba vigente la nueva redacción del art. 51 1º 2º párrafo dada por el R.D.L 3/2012, y la Ley 3/2012 de 6 de julio, debiendo estarse a esta última, publicada en el BOE el 10 de octubre de 2012 y con entrada en vigor al día siguiente de tal publicación, siendo la versión dada por esta última ley a la que ha de estarse habida cuenta que el despido se produce el día 28 de noviembre de 2012.

Pues bien, el texto legal vigente en ese momento señala (art. 51.1 ET) que "se entiende que concurren causas económicas cuando los resultados de la empresa se desprendan una situación económica negativa en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

En línea argumental con lo ya expuesto, y como ya hacía la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma del año 2012, el despido puede tener un principio de justificación, pues con ellos "se reducen directamente



los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa", afirmándose también en ocasiones que "si las pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, que la amortización de puestos de trabajo es una medida que coopera a la superación de la situación económica negativa". Y la amortización de un puesto de trabajo es facultad del empresario la elección del puesto de trabajo a amortizar, contemplando solo el legislador la prioridad de permanencia para los representantes sindicales (que no es el caso de la actora) y la jurisprudencia limita tal libertad de elección del empresario cuando se acredita que el criterio utilizado por el empresario es discriminatorio o vulnera un derecho fundamental. En el caso de autos no se ha apreciado, la existencia de ningún móvil.

La diferencia de la regulación preexistente era que en ésta última, las causas encontraban una definición legal por resultado, es decir, en atención a los objetivos perseguidos por la adopción de las medidas propuestas, ahora, la causa se encuentra definida o formulada en sí misma, de forma muy simple y sin jugar con elementos finalistas para poder proceder a una identificación concreta de las mismas. De hecho, a salvo de la causa económica que se califica como situación económica negativa y se equipara a pérdidas actuales o previstas o a la disminución persistente de ingresos o ventas, el resto de las causas se identifican con cambios de la misma especie o naturaleza. Tampoco parece que la norma permita rechazar la procedencia de la medida extintiva dando entrada a aquellas cuestiones relativas a que la empresa podría haber adoptado otras medidas tendentes a evitar la extinción.

Lo más llamativo de la reforma es que el precepto ya no utiliza el término "dificultades" sino que identifica las causas técnicas, productivas u organizativas con "cambios" del mismo nombre, esto es, de tipo técnico, productivo u organizativo que además define integrando lo que era doctrina jurisprudencial reiterada que señalaba que, respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS 14-6-1996 (RJ 1996, 5162) , rec. 3099/1995 ; STS 7-6-2007 , citada) y técnicos cuando afectaban a los medios o instrumentos de producción. Es evidente que el cambio operado, desde "dificultades" a meros "cambios", viene a facilitar la decisión extintiva en la medida en que el elemento objetivo se cumple con acreditar la existencia de cambios en alguno de esos ámbitos.

En todo caso, los cambios deben haberse actualizado, de modo que sigue vigente en este punto la doctrina del T.S., así en sentencia de 23 de enero de 2008 (RJ 2008, 2552) (rec. 1575/2007) y remitiéndose a otras sentencias de la misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así las Sentencias de 10 de Mayo de 2006 (RJ 2006, 7694) (rec.725/05) , 31 de Mayo de 2006 (RJ 2006, 3971) (rec. 49/05) y 11 de Octubre de 2006 (RJ 2006, 7668) (rec. 3148/04) , que señaló que "En el momento del despido tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos".

Por último, procede añadir que en todo caso, tampoco con anterioridad a la reforma del año 2012, se aceptaban argumentos de oposición tales como que la empresa debería haber optado por otras medidas más beneficiosas para el trabajador como lo sería la recolocación de la actora en otro centro de trabajo dado su cierre pues la norma sólo exigía que la empresa aportara indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pudiera llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido.

QUINTO .- Si analizamos con detenimiento la normativa en vigor, podemos observar que el legislador a los despidos objetivos les dedica una especial atención en el preámbulo, hasta el punto de que refiere " La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores " Con esta intención, esta norma dio una nueva redacción al artículo 52.c) Estatuto de los Trabajadores , remitiendo para saber si concurren o no las causas objetivas, en este caso económicas a lo que dispone el artículo 51 del mismo texto legal , que también fue modificado en igual sentido. De esta forma se dice que se "...entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa



se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos."

Ahora bien, si comparamos el art. 51 Estatuto de los Trabajadores, tras la redacción que le dio la Ley 5/2010 y la nueva redacción encontramos diferencias sustanciales que no podemos pasar por alto. Este artículo en versión de 2010, decía que "se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, 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".

Tras la reforma del 2012, como se puede observar se mantiene la referencia a la existencia de pérdidas actuales o previstas y a la disminución persistente del nivel de ingresos, pero se añade la disminución de ventas, y se concreta la persistencia al disponer de forma imperativa que "en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos". Pero lo más relevante, es que se elimina la mención a la afectación a la viabilidad del proyecto empresarial o a la capacidad de mantener el volumen de empleo y la exigencia de acreditar los resultados y, por lo que a este proceso afecta, también la de justificar la razonabilidad del despido.

A partir de este análisis resultaría evidente afirmar que la intención del legislador fue la de evitar que los juzgados y tribunales realizasen juicios de razonabilidad del tipo que se venía haciendo antes de la reforma del 2010, y del que se hizo tras ella, donde estaban permitidos por ligar la extinción por causas objetivas a que la misma permitiere a la empresa "preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado", pero también es importante resaltar, como lo refleja la sentencia de instancia, que el juicio de razonabilidad, es decir la relación que debe haber entre la medida adoptada y el fin perseguido, no ha sido suprimido, entre otras cosas porque una ley ordinaria no puede extraer del ámbito de competencias que la Constitución atribuye a los jueces, la realización de juicios de razonabilidad, dado que la decisiones que tomen no sólo debe ser razonadas sino que deben ajustarse a la lógica del pensamiento humano, y nunca puede ser arbitraria.

En suma, se puede decir, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma que no fue intención del legislador suprimir algo que es inherente a la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino evitar que los juzgados y tribunales hicieran un uso de este juicio más allá de los términos que regula la ley pero sin prohibir los juicios de razonabilidad dentro de dichos límites. Piénsese, que de no poder hacer este tipo de valoraciones se podría llegar al absurdo de que unas pérdidas irrisorias sin más puedan justificar la decisión extintiva solamente porque se reiteren durante el periodo previsto la ley, o que la empresa despidiera a parte de su plantilla con contratos indefinidos por dicha causa, y contratara al mismo número de trabajadores con contratos de duración determinada acto seguido, por poner algunos ejemplos.

Se trata en definitiva de determinar la razonabilidad de la medida, es decir, si la medida extintiva es necesaria, razonablemente interpretada, para los fines que se procuran. Y teniendo en cuenta que en el caso presente, las razones son económicas, productivas y organizativas.

Los demandantes sostienen en demanda que no existe causa legal con fundamento en que la memoria explicativa no entra en el fondo del asunto, con desajustes con la realidad, e información sesgada, tales desajustes los centran en la continua subcontratación, al mismo tiempo en que se despide a la plantilla fija y la existencia de costes de explotación extremados e injustificadamente abultados.

Nada de lo alegado ha sido acreditado en el acto del juicio.

La memoria explicativa contiene una extensa referencia a la situación económica de la demandada al tiempo del ERE/ERTE, que además ha sido corroborada por la extensa prueba documental y las periciales practicadas en el acto del juicio, de donde se obtiene con precisión la situación económica de la mercantil, en relación con el grupo al que pertenece. No siendo factible, recurrir a la existencia de préstamos aislados, entre empresas del grupo, para acreditar maniobras defraudadoras, puesto que como señalo el perito en juicio, que una compañía sea acreedora de un préstamo concedido al grupo, no significa que en términos globales sea la que lo sustenta, (pues puede ser acreedora de unos y deudora de muchos otros), que es lo que parece pretendían acreditar los actores en el acto del juicio, y que como se expresa en modo alguno han logrado acreditar.

Por otra parte de la pericial y testifical practicada en el acto del juicio, se ha logrado acreditar las causas organizativas, que han llevado a la empresa a tomar las medidas que dieron lugar al ERE/ERTE, y así quedó reflejado en los hechos probados de esta resolución, concretando los departamentos y los puestos de trabajo que ha sido amortizados, en relación con los costes de los mismos, que tampoco de la prueba practicada



resulta la afirmación contenida en demanda de que se trata de costes de explotación injustificadamente abultados, siendo claras en este punto las periciales vertidas en el acto del juicio, sin que los actores, hayan aportado prueba que contrarreste tales periciales.

Dicha situación, que constituye objetivamente una situación económica negativa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.1 ET, al haberse acreditado pérdidas actualizadas de gran entidad, demuestra, en cualquier caso, que se ha producido una clara disfunción entre la capacidad productiva del grupo en su conjunto y su capacidad de colocar sus productos en el mercado, concurriendo, por tanto, la causa productiva, regulada en el art. 51.1 Estatuto de los Trabajadores, que tipifica como tal a los cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, que es una de las causas alegadas por las demandadas. La manifestación de la causa en la empresa demandada, concretada en la extinción de 46 puestos de trabajo en un colectivo de 128 y con una suspensión de contratos de trabajo que afecta a 59 operarios acredita la adecuación de la medida tomada, puesto que las reducciones de ventas han superado sobradamente el 50% de los resultados precedentes, tratándose, por tanto, de una medida razonable y proporcionada al fin propuesto, al ser impensable que una empresa, cuyos resultados económicos son extraordinariamente negativos, pueda mantener una plantilla, cuando su carga de trabajo se ha reducido de forma geométrica.

No apreciándose así la inexistencia de causa legal, que se aduce en demanda, considerando en consecuencia ajustada a derecho la medida de extinción adoptada por la demandada, conforme a lo preceptuado en el art 51 del Estatuto de los Trabajadores.

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

FALLAMOS

Que desestimando la demanda formulada por los Sindicatos Comisiones Obreras, Confederación Sindical Galega y Unión General de Trabajadores, contra la empresa Elaborados Metálicos Emesa S.L, declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva, por despido colectivo, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos contenidos en aquella.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

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 anunciado 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 suyos, 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 expediente en 4 dígitos año expediente en dos dígitos acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la Cuenta de Depósitos la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Sala con el anuncio de recurso.

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

PUBLICACION .- 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.