



Roj: **STS 5559/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5559**

Id Cendoj: **28079149912015100062**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/10/2015**

Nº de Recurso: **181/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 14490/2013,**
STS 5559/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el letrado D. Alejandro Hernández Leal, en nombre y representación de la comisión negociadora, formada por D^a Francisca Trinidad , D^a Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 5 de diciembre de 2013 , numero de procedimiento 12/2013, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la comisión negociadora, formada por D^a Francisca Trinidad , D^a Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas contra GEA 21, S.A., GRUPO GEA 21, S.L., INVERSIONES GEMOVE, S.L., TAMACI SAPI, DE CV y GRUPO GEA 21 S.L. SUCURSAL EN COLOMBIA. Posteriormente fue ampliada la demanda frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, desistiendo frente a la empresa TAMACI SAPI, DE CV, sobre DESPIDO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de las entidades GEA 21 S.A. y GRUPO GEA 21 S.L.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la comisión negociadora, formada por D^a Francisca Trinidad , D^a Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas se presentó demanda sobre DESPIDO COLECTIVO de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la decisión extintiva impugnada o, subsidiariamente, declare la decisión no ajustada a Derecho, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración, y cuanto más proceda en Derecho..

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2013 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla , en la que consta el siguiente fallo: "En la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por D^a. Francisca Trinidad , D^a. Ana Guillerma Y D. Remigio Nicolas , miembros de la comisión negociadora, y declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva acordada por GEA 21 S.A. en el procedimiento de despido colectivo por concurrencia de la causa económica indicada en las comunicaciones extintivas de 6 de marzo de 2013.



Se absuelve a GRUPO GEA 21 S.L., INVERSIONES GEMOVE S.L. y a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DEMANDADA. No se realiza especial pronunciamiento respecto al FOGASA."

CUARTO. - En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: PRIMERO.- GEA 21 S.A. forma parte del GRUPO GEA 21 S.L. (consolidado) y su participación supera el 80% del total de ingresos del grupo. GEA 21 S.A. pertenece a un grupo mercantil en el que Grupo GEA 21 S.L. es la sociedad matriz, integrando el grupo 18 sociedades dependientes, 12 sociedades multigrupo y 18 sociedades asociadas. La configuración societaria se estructura en forma de pirámide, de forma que en la cúspide de la misma se encuentra la sociedad Grupo GEA 21 S.L., propietaria del 98,98% de las acciones de las sociedades subholdings, existiendo los subholdings dedicados a las actividades de transportes, medio ambiente e investigación, actividad industrial, actividad de concesiones, de promoción inmobiliaria y de construcción -a la que se dedica GEA 21 S.A.-. El subholding de construcción del grupo se articula a través de la entidad GEA 21 S.A., cuya participación en el grupo supera el 80% del total de los ingresos del grupo. Las actividades de los demás subholdings generan escasos ingresos y beneficios a la cabecera del holding, de modo que GEA 21 S.A. es la que origina el resultado del grupo. Las demás sociedades originan pérdidas al consolidado. La viabilidad del grupo depende de la situación de GEA 21 S.A. SEGUNDO.- La empresa GEA 21 S.A. tenía aprobado un ERTE, con un periodo de vigencia del 14-6-12 al 14-6-13, que supuso una reducción de jornada del 15% y la suspensión de los contratos de trabajo. Las previsiones existentes al formalizar el ERTE fueron: Una contratación de obra prevista para el 2012 de 85.000.000€ -la real fue de 24.000.000€-. Una ejecución de la cartera contratada prevista para el 2012 de 78.000.000€ -la real fue de 30.000.000€-. Con vista a la posibilidad de prorrogar el ERTE, como a la refinanciación de la deuda, se encargó en Noviembre de 2.012 la elaboración de un plan de viabilidad a Deloitte. Deloitte elaboró un informe que partía de las premisas siguientes: Se procedía a pagar por la administración las deudas pendientes; se obtenía una refinanciación de 2,5 millones de Euros; se procedía a contratar nueva obra. Ninguna de estas premisas se cumplió y el plan de viabilidad no fue aceptado por los bancos para la refinanciación de la deuda. La reducción de inversión pública en los presupuestos de la Junta de Andalucía para el año 2013 de la que depende la actividad de GEA 21 S.A. fue: del -27,34 % respecto del año 2011 y del -13,52 % respecto del año 2012. En diciembre del 2012 se carece de obra nueva, no se han satisfecho las nóminas y la deuda de GEA 21 S.A. al cierre del año 2012 ascendía a unas pérdidas de -8.091.323€. El 30-11-12 se esta en situación de preconcursos; a partir de esa fecha los pagos a proveedores se realizan, conforme a la ley concursal, del siguiente modo: En Diciembre de 2.012 la empresa carecía de fondos líquidos, debiendo 3 meses de nómina, deudas Hacienda, Seguridad Social y a Proveedores. A mediados de Diciembre de 2.012, la empresa recibió 7.000.000€ que procedían 600.000 € del Metro Sevilla, 3.000.000 € por liquidación de obra de Adif y 3.450.000 € del FLA (Fondo de Liquidez Autonómica). Con lo ingresado y por imposición del art. 5.1 LC abona 6.000.000€ según el siguiente desglose:

Nominas: 700.000 €

Seguridad Social: 1.100.000 €

Hacienda: 1.000.000 €

Pignorados por los bancos 2.000.000€.

A Proveedores 1.200.000€.

Resta 1.000.000€ con los que a primeros de Febrero de 2.012 se abonan 700.000€, según el siguiente desglose:

200.000€ nominas.

100.000€ Seguros Sociales del mes de Enero 2013.

100.000€ Hacienda.

300.000€ Proveedores.

Resta 300.000€ a los que se suman en Febrero 2013 300.000 € y de otros 300.000€ como anticipo del FLA (Fondo de Liquidez Autonómica). Con esos 900.000€ se abonan según el siguiente desglose:

200.000€ de nómina.

400.000€ a proveedores.

Resta a primeros de Marzo de 2.013, 300.000 € con los que se abonan según el siguiente desglose:

100.000€ de nómina.

200.000€ al bufete Garrigues, para tramitar el concurso



A lo largo del año 2012 se produjo el retraso en el pago de las nóminas, y así la nómina de Julio 2012 no se paga hasta Diciembre 2012, la nómina de Octubre se abona el 50% al final de Noviembre y el otro 50% junto con la nómina de Noviembre que no se paga hasta el 22-12-12, la paga de Diciembre no se abona hasta mediados de Enero de 2013.

La citada reducción de jornada se ha aplicado a todos los trabajadores con la única excepción del personal que estaba desempeñando su trabajo en el extranjero y el personal discapacitado. La suspensión de los contratos de trabajo, lo fue a toda la plantilla, rotando en la suspensión de los contratos de trabajo, excepto: el Director General, D. Daniel Urbano ; el Director del Departamento de Contratación y Exteriores, D. Donato Urbano ; el Jefe Administración de la Delegación de Barcelona, D. Pelayo Victorio ; el Jefe de Compras, D. Leon Francisco ; el Delegado de Andalucía Oriental, D. Braulio Teodoro ; el Gerente de la Zona Logística de Algeciras, D. Dionisio Braulio . Todos ellos han estado con reducción de jornada. Hay trabajadores que no han estado en el ERTE y sí han sido incluidos en el ERE: D. Dionisio Braulio (Gerente la Zona Logística de Algeciras y D. Pelayo Victorio (Jefe de Administración de la Delegación de Barcelona). De los tres únicos directivos que cuenta GEA 21 S.A. (Director General, Director de Producción y Director de Contratación y Explotación Internacional) uno de ellos, el Director de Producción, D. Felicísimo Lucio , ha estado en el ERTE menos de 100 días e igualmente ha sido incluido en el ERE extintivo y ha demandado a la compañía. Hay trabajadores que han estado menos de 100 días con el contrato de trabajo suspendido y han sido incluidos en el ERE: D. Fulgencio Oscar , D. Ricardo Fulgencio y Doña Eva Clemencia . Hay trabajadores que han estado más de 100 días con el contrato de trabajo suspendido como consecuencia del ERTE y no han sido incluidos en el ERE: D. Roberto Damaso , D. Damaso Urbano , D. Pablo Dimas , D. Ismael Ambrosio , Doña Ascension Debora , D. Humberto Urbano , D. Ruben Tomas , D. Camilo Gabriel , D. Jon Isaac , D. Francisco Daniel , D. Gines Imanol , D. Braulio Santiago , Doña Ana Sacramento , D. Leandro Daniel , D. Ivan Genaro . TERCERO.- En fecha 29 de enero de 2013, GEA 21 S.A. inició un procedimiento de despido colectivo que afectaba a un total de 44 trabajadores de entre los 89 que integraban su plantilla. En fecha 29 de enero de 2013 se comunicó a la autoridad laboral la decisión de extinguir las relaciones laborales de 44 trabajadores de la empresa de los centros de trabajo de Sevilla, Jaén y Granada, por causas económicas. La Autoridad Laboral identificó dicho procedimiento bajo el número de Expediente nº NUM000 . En la misma fecha se comunicó formalmente a los trabajadores de los centros de trabajo afectados (al carecerse de representación legal) la medida extintiva así como el inicio del periodo de consultas. Fue atribuida la representación a efectos del expediente a una comisión ad hoc en los términos previstos en el artículo 3.3 del Real Decreto 1483/2012 ; fueron designados en asamblea de los centros de trabajo tres trabajadores, demandantes hoy. Durante el periodo de consultas se mantuvieron un total de 4 reuniones, en fechas de 6, 13, 20 y 27 de febrero de 2013. El periodo de consultas finalizó sin acuerdo entre las partes negociadoras en fecha 27 de febrero de 2013. En fecha 5 de marzo de 2013 se acordó por parte GEA 21 S.A., la extinción de los contratos de trabajo de un total de 44 empleados de la plantilla, poniéndolo en conocimiento de los representantes de los trabajadores. Finalmente, en fecha 6 de marzo de 2013, GEA 21 S.A. procedió a notificar a los 44 trabajadores de su plantilla la extinción de sus contratos de trabajo por razones objetivas, sin poner a disposición de los mismos la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prestado, con el tope de 12 meses. CUARTO.- La representación de los trabajadores, en la reunión del día 20-2-13, pidió que hasta la ejecución del despido colectivo se diera permiso retribuido a los afectados. En esas fechas había falta de ocupación. Los trabajadores solicitan a la empresa la concesión de vacaciones, en ejecución de lo acordado entre la representación de los trabajadores y la empresa de que, una vez finalizado el periodo de consultas, se les comunique a los trabajadores, incluidos en el ERE, que están en situación de permiso retribuido. QUINTO.- Durante el periodo de consultas se mantuvieron un total de 4 reuniones en fechas de 6, 13, 20 y 27 de febrero de 2013, cuyo contenido, al bloque nº 3 de documentos, se dan por reproducidos. Antes del inicio de las reuniones se puso a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral la documentación siguiente:

- 1.- Comunicación a los trabajadores del inicio del Periodo de Consultas
- 2.- Trabajadores afectados por el Expediente desglosado por centro de trabajo y provincia
- 3.- Informe Pericial y Anexos del mismo:

Anexo I Cuenta Resultados Consolidadas GRUPO GEA 21 (2009-2011)

Anexo II Cuenta de Resultado Individuales GEA 21 S.A. (2009-2012)

Anexo III Cuentas Anuales Individuales e Informes Gestión 2010 GEA 21, SA

Anexo III Cuentas Anuales e Informes Gestión 2011 GEA 21, SA

Anexo IV GRUPO GEA 21 SL y Sociedades dependientes CCAA Consolidadas 2010

Anexo IV GRUPO GEA 21 SL y Sociedades dependientes CCAA Consolidadas 2011



Anexo V Informe Cámara de Cuentas

Anexo VI Resumen Ejecución Presupuesto Gastos Junta Andalucía (Septiembre 2012)

Anexo VII Presupuesto Junta Andalucía 2011-2012

Anexo VIII Presupuesto Junta Andalucía 2013

Anexo IX Cuentas Provisionales Individuales 2012 GEA 21, S.A.

Anexo X Cuentas Provisionales Consolidadas 2012 GRUPO GEA 21, S.L.

4.- Listado Trabajadores afectados

5.- Listado Trabajadores último Año desglosado por Centro de Trabajo y Provincia

6.- Memoria Explicativa Causas Aplicación ERE

7.- Impuestos; Cuenta Registro Mercantil, IVA, IS, Contabilidad:

1º.- Registro Mercantil Cuentas Anuales GEA 21, S.A. 2010

2º.- Cuentas Anuales e Informes de Gestión GEA 21, S.L. 2010

3º.- Registro Mercantil Cuentas Anuales GEA 21, S.L. 2011

4º.- Cuentas Anuales e Informes de Gestión GEA 21, S.L. 2011

5º.- GRUPO GEA 21, S.L. y Sociedades dependientes Cuentas Anuales CONSOLIDADAS 2010.

6º.- GRUPO GEA 21, S.L. y Sociedades dependientes Cuentas Anuales CONSOLIDADAS 2011.

7º.- Modelo 200 GEA 21, S.A. (2010-2011) Modelo 220 GRUPO GEA 21, S.L. (2010-2011)

8º.- Cuentas Individuales Provisionales 2012 GEA 21, S.A.

9º.- Cuentas Provisionales Consolidadas 2012 GRUPO GEA 21, S.L.

10º.- Modelos 303 y 390 IVA (2011-2012) GEA 21, S.A.

8.- Documento de Aplazamiento Deuda con La AEAT de GEA 21, S.A. y GRUPO GEA 21, S.L.

Toda esa documentación se puso a disposición de los trabajadores cuando se les comunicó individualmente el inicio del periodo de consultas y GEA 21 S.A. comunicó que sería entregada de forma inmediata a los representantes de los trabajadores que ellos designaran, invitando a los trabajadores a proceder a nombrar dicha comisión el mismo día del comienzo del periodo de consultas para proceder a la entrega de la documentación. Una vez designados los representantes de los trabajadores, se procedió a hacerles entrega de toda la documentación. La misma documentación se depositó simultáneamente en la Autoridad Laboral, el mismo día del inicio del periodo de consultas. Ningún trabajador hasta la designación de la comisión que les representa solicitó ningún tipo de documentación. En el ERTE se procedió de igual forma con todos los trabajadores. Durante las reuniones del periodo de consultas no se realizó ninguna queja sobre este particular, ni por los trabajadores ni por la comisión designada por los trabajadores. Las cuentas entregadas corresponden a un ejercicio no cerrado -el 2012-; las cuentas aportadas de los años 2010 a 2012 contienen la información actual. Las cuentas entregadas carecían de firma inicialmente, subsanada en el momento, en las cuentas provisionales del año 2012, que ya fueron firmadas en la última reunión sin que su contenido hubiera cambiado. El representante de la empresa en las reuniones indica desde el primer momento que las cuentas son las entregadas a la comisión designada por los trabajadores y que se corresponden con la realidad. Tales cuentas fueron depositadas simultáneamente ante la Autoridad Laboral y respaldada por la documentación adicional que se acompañaba -liquidaciones de IVA-. SEXTO.- Durante las reuniones en el periodo de consulta se realizaron por la representación de los trabajadores las siguientes propuestas -no atendidas por lo que sigue-:

a) En la primera reunión, la comisión designada por los trabajadores, puso como condición sine-qua non para alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, un aumento de la indemnización legal, requiriendo además que por parte de la empresa se aportase garantías bancarias para el pago de la indemnización.

b) Prorroga del ERTE. Nos remitimos a lo relatado en el HP SEGUNDO.

c) Reducir el número de trabajadores afectados. La situación de la empresa empeoró durante el periodo de consultas. Durante el periodo de consultas se recibió un burofax del ICO en el que se indica la ejecución de avales por dicho organismo por un importe de 13.757.985,14€ - entregado a la comisión en el Acta de fecha 27 de Febrero de 2.013-, lo que originó una falta de liquidez a la finalización del periodo de consultas.



d) Traslado del personal al extranjero. La plantilla actualmente solo cuenta con 7 personas trabajando en el extranjero a pesar de no contratar personal extranjero para sus obras. Las pocas obras en el extranjero están en sus inicios.

e) Reducción de Salarios a los altos directivos. Todo el personal, desde el Director General hasta el último trabajador, tiene reducido la jornada un 15% e igualmente el salario en ese porcentaje. La empresa únicamente cuenta con tres Directores: Director General, Sr. Daniel Urbano, Director de Producción, Sr. Pelayo Victorio y el Director de Contratación y Explotaciones Internacionales, Sr. Donato Urbano; el segundo de los citados fue incluido en el ERE y extinguida su relación laboral.

f) Adscripción voluntaria de trabajadores. Ni antes, ni durante ni después del periodo de consultas, ningún trabajador ha manifestado su voluntad de extinguir su relación laboral.

g) Bolsa de trabajo. Se carece de carga de trabajo.

GEA 21 S.A. en el año 2010 constaba de 207 trabajadores y obtuvo unos beneficios de 1.428.799€. Las pérdidas del año 2011 fueron de -11.858.035 € y las pérdidas del año 2012 fueron de -8.091.323 €. El subholding de construcción del grupo se articula a través de GEA 21, SA, cuya participación en el grupo supera el 80% del total de los ingresos del grupo. En el ejercicio 2011 GEA 21 SA incurre en pérdidas de -11.858.035 €. En el ejercicio 2011 GEA 21 SA incurre en pérdidas de -8.091.323 €. La cifra de negocios consolidadas ha disminuido, progresivamente en los ejercicios 2009 a 2012, en un 78,89%. La cifra de negocios de GEA 21 SA, en los mismos ejercicios, ha disminuido un 83,40%. El presupuesto de inversiones de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2013 presenta una reducción del 27,34% respecto del presupuesto del año 2011 y una reducción del 13,52% respecto del de 2012. Las inversiones reales presupuestadas por la Junta de Andalucía en el periodo 2007-2010 se han reducido en un 15,37%. GEA 21, SA tiene retrasos en los ingresos de explotación al no emitirse las certificaciones correspondientes ya que la Administración no permite facturar las obras realizadas al no existir consignación presupuestaria. SÉPTIMO.- La auditoría IOR CONSULTING no fue entregada en el ERE. La responsable de recursos humanos desconocía su existencia con anterioridad al periodo de consultas. El informe de IOR CONSULTING fue realizado en Febrero del año 2010 y afectaba a 36 trabajadores de los 207 trabajadores que tenía la empresa en el año 2010. El comienzo del periodo de consultas fue el 29-1-13. El informe citado realiza una recomendación sobre la retribución de solo cinco trabajadores, una de ellas miembro de la ahora comisión designada por los trabajadores, la Sra. Francisca Trinidad. La medida recomendada -reducir la retribución de los 5 trabajadores indicados- fue adoptada de forma inmediata. En la comunicación individual a los trabajadores del inicio del periodo de consultas, como en la memoria, se contienen los criterios de designación de los trabajadores afectados consistentes en el perfil individual en relación con el tipo de obra, en las necesidades de cada categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento. En la reunión de fecha 13-2-13 se procedió a la entrega de la aplicación material de los criterios de valoración que deberían realizar los responsables de departamento. No se alegó discriminación en la elección de los trabajadores afectados. En el ERE han sido incluidos alguno de los evaluadores o familiares de ellos, así: El Director de Producción, Sr. Pelayo Victorio, uno de los firmantes de los criterios de valoración, ha sido incluido en el ERE y ha demandado a la empresa. Igualmente que la hermana y la esposa de otro de los firmantes de los criterios de valoración, Sr. Donato Urbano, han sido incluidas en el ERE y han demandado a la empresa, la Sras. Zulima Natalia y Manuela Raquel respectivamente. Para la concreción material de los criterios de valoración la empresa procedió a formar cuatro grupos:

Grupo 1: Contratación, oficina técnica y administración. La valoración de este grupo es realizada por el Jefe de Departamento de Administración Sr. Bruno Ignacio y el Jefe del Departamento de Contratación y Exteriores, Doña. Zulima Natalia.

Grupo 2. Grupo de Producción. Requiere tres firmas, del Director de Producción, Sr. Pelayo Victorio -incluido en el ERE; del Delegado de Obra Civil Andalucía Occidental, Sr. Remigio Nicolas; y del Delegado de Obra Civil Andalucía Oriental, Sr. Braulio Teodoro.

Grupo 3. Aquellos trabajadores que no tienen superior jerárquico o tienen un conflicto de interés con las personas de su departamento que ha de valorar. En este caso, ante la ausencia de superior jerárquico, hay una sola firma del Director General. Este grupo únicamente afecta: Responsable de Área, Jefe de producción, Jefe del departamento de calidad y medio ambiente, Jefe de Compras, Jefe de Administración y Responsable de comunicación. En la materialización de los criterios de valoración se analizaron circunstancias como: departamento al que pertenece, titulación, coste mensual, polivalencia, productividad y antigüedad. OCTAVO.- Los movimientos bancarios a la fecha más próxima a la entrega de las cartas de despido presentan los siguientes saldos:

Deutsche Bank -293,29 €



Bankia 93.16 €
Cajasol (Caixa) -168,30 €
Sabadell Atlántico 224.021,32 €
La Caixa -553,27 €
CaixaCatalunya -413,24 €
CAM 7.652,31 €
Santander -126.301,19 €
Banco Pastor -3.217,67 €
Caixa Galicia -52,10 €
Ibercaja 11.872,93 €
Cajasur -11.274,96 €
Caixa (Cajasol) -63.303,12 €
Caja España -802,73 €
Cajamar 691,96 €
Banco Gallego -59,46 €
Liberbank -262,96 €
Caixa Geral -3.820,15 €
Banco Popular 10.953,59 €
Caja Granada -29.861,03 €
Bankinter 650,50 €
Barclays -838,21 €
Banesto -129.036,56 €
Unicaja 495,28 €
Cajamar 1.846,80 €
Bankia 1.430,36 €

En días próximos a la última reunión, se estaba pendiente de la refinanciación de la deuda por 2,5 millones de Euros. Una vez obtenida esa refinanciación de la deuda se hubiera podido hacer frente a las indemnizaciones. Al 12 de Marzo de 2.013 el Banco Popular, tenedor de más del 70% de la deuda, aceptaba las condiciones de la refinanciación si esta era aceptada por las demás entidades financieras. La empresa aportó, en la negociación con los Bancos, como garantía deudas con la Junta de Andalucía, más de 8 millones de Euros por obras ya finalizadas y certificadas. La empresa el 29-1-13 (fecha del comienzo del periodo de consultas) formaliza la venta del 35% de sus derechos de la UTE CYOPSA SISOCIA, OBRAS PÚBLICAS Y REGADIOS para obtener unos ingresos de 1.350.000€ + IVA con lo que hacer frente al pago de las indemnizaciones. La autorización del Ministerio no llega hasta el 7 de Mayo de 2.013, elevándose a publico la compraventa el 14-5-13, fecha en la que la empresa se encuentra en concurso de acreedores y no puede disponer del dinero para proceder al pago de las indemnizaciones. NOVENO.- GEA 21 S.A. es titular del 32,99% del capital social de INVERSIONES GEMOVE S.L., sociedad cuyo objeto social es el alquiler de edificios. Tiene dos trabajadores, un gerente con funciones de comercial y otra encargada del mantenimiento de edificios. Gemove es titular de 4 edificios, gravados con hipotecas, de los que solo tiene arrendado a GEA 21 una planta del edificio situado en Torneo; el resto de plantas están alquiladas a Iberfone, Avanzit, Limpiezas Marsol etc. Los ingresos por alquiler se destinan al pago de nóminas, gastos y amortización de los prestamos hipotecarios. DÉCIMO.- El Juzgado mercantil nº 1 de Sevilla dictó el 15-4-13, en el proceso nº 343/13, sendos autos de declaración de concurso voluntario de GEA 21 S.A. y de GRUPO GEA 21 S.L. UNDÉCIMO.- El 22-3-13 es presentada demanda por la Comisión Negociadora.

QUINTO .- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la comisión negociadora, integrada por Dª Francisca Trinidad , Dª Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas , siendo admitido a trámite por esta Sala.



SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte personada Procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de las entidades GEA 21 S.A. y GRUPO GEA 21 S.L. y, evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal, se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser íntegramente desestimado e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, y dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Sala de Pleno, fijándose el día 14 de octubre, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El 22 de marzo de 2013 se presentó demanda de impugnación de despido colectivo por LA COMISIÓN NEGOCIADORA, integrada por DOÑA Francisca Trinidad , DOÑA Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla contra GEA 21 SA, GRUPO GEA 21 SL, INVERSIONES GEMOVE SL, TAMACI SAPI de CV y GRUPO GEA 21 SL, SUCURSAL EN COLOMBIA, posteriormente ampliada frente a D. Virgilio Gaspar , representante de ERNST & YOUNG, administrador concursal de GEA 21 SA y GRUPO GEA 21 SL y contra FOGASA, habiendo desistido respecto a la demandada TAMACI SAPI de CV, interesando se dicte sentencia por la que se declare: "la nulidad de la decisión extintiva impugnada o, subsidiariamente, declare la decisión no ajustada a Derecho, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración, y cuanto más proceda en Derecho."

SEGUNDO .- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 5 de diciembre de 2013 , en el procedimiento número 12/2013, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "En la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por D^a. Francisca Trinidad , D^a. Ana Guillerma Y D. Remigio Nicolas , miembros de la comisión negociadora, y declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva acordada por GEA 21 S.A. en el procedimiento de despido colectivo por concurrencia de la causa económica indicada en las comunicaciones extintivas de 6 de marzo de 2013.

Se absuelve a GRUPO GEA 21 S.L., INVERSIONES GEMOVE S.L. y a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DEMANDADA. No se realiza especial pronunciamiento respecto al FOGASA."

TERCERO.- 1.- Por la representación letrada de LA COMISIÓN NEGOCIADORA, integrada por DOÑA Francisca Trinidad , DOÑA Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas , se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en quince motivos.

2.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , en los diez primeros motivos del recurso denuncia la parte recurrente error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, interesando la revisión de seis hechos probados, en concreto de los ordinales décimo, sexto, cuarto, quinto, séptimo y primero, así como la adición de cuatro nuevos hechos probados, el duodécimo, el décimo tercero, el décimo cuarto y el décimo quinto.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el undécimo motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS , en relación con los artículos 2 y 5 bis de la Ley Concursal , así como de la jurisprudencia que cita.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el duodécimo motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS , en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 7 del RD 1483/2012, de 29 de octubre , así como de la jurisprudencia que cita.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el décimo tercer motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS , en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 3 , 4 y 7 del RD 1483/2012, de 29 de octubre , así como de la jurisprudencia que cita.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el décimo cuarto motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS , en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 3 , 4 y 7 del RD 1483/2012, de 29 de octubre , así como de la jurisprudencia que cita.

Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el décimo quinto motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS , en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores .

3.- El recurso ha sido impugnado por las recurridas GEA 21 SA y GRUPO GEA 21 SL, proponiendo el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso.



CUARTO .- 1.- Respecto a la revisión de hechos, procede recordar la doctrina fijada al respecto por esta Sala. Tal y como establece la sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013 : " *Requisitos generales de toda revisión fáctica.- Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).*

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de " error en la apreciación de la prueba " que esté " basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador "» (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que «no está contemplada en el ... [art. 207.d) LRJS] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [art. 193.b LRJS], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada» (STS 26/01/10 -rco 45/09 -).

En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones: a) aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); b) pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental (STS 26/06/12 -rco 19/11 -); y c) la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -).

Por su parte la sentencia de 6 de junio de 2012, recurso 166/2011 ha establecido también criterios de interés:

a) El amparo negativo de prueba constituye inaceptable técnica revisoria (STS 23/11/93 -rco 1780/91 - ... 20/09/05 -rec. 163/04-; 11/11/09 -rco 38/08-; 26/05/09 - rco 108/08-; y 06/03/12 -rco 11/11-).

b) El hecho conforme no solamente está exento de prueba conforme a los arts. 87.1 LPL y 281.3 LECiv , sino que ni siquiera está necesitado de ser incluido en el relato fáctico, pese a lo cual la Sala puede tenerlo en cuenta sin acceder a la correspondiente revisión fáctica, que se hace innecesaria (SSTS 03/01/95 -rcud 950/94 -; ... 17/01/07 -rco 16/05 -; 26/05/09 -rco 108/08 -; y 30/09/10 -rco 186/09 -).

b) La revisión fáctica no puede fundarse - salvo en supuestos de error palmario - en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente (valgan como ejemplo las SSTS 11/11/09 -rco 38/08 -; y 26/01/10 -rco 96/09 -).

c) Debe descartarse la revisión cuando implica una premisa jurídica que es contraria a la mantenida por la Sala de instancia. Es inadmisibles la nueva valoración de la prueba, porque con esta forma de articular la pretensión revisoria la parte actúa como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por la Ley al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha



tenido plena inmediación en su práctica (SSTS 21/10/10 -rco 198/09 -; 14/04/11 -rco 164/10 -; 07/10/11 -rcud 190/10 -; 25/01/12 -rco 30/11 -; y 06/03/12 -rco 11/11 -).

QUINTO. - 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la modificación del hecho probado primero.

Invocando el documento número 9 del ramo de prueba del propio recurrente, interesa la revisión del hecho probado décimo, a fin de que presente la siguiente redacción: "*Mediante Decreto 275/2012 de 14 de diciembre del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla se acordó tener por presentada la comunicación previa, anterior a la solicitud de concurso de acreedores por parte de Grupo GEA 21, S.L., en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal .*

Mediante Decreto 274/12 de 17 de diciembre de 2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla se acordó tener por presentada comunicación previa, anterior a la solicitud de concurso de acreedores por parte de GEA S.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal .

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla dictó el 15 de abril de 2013, en el proceso nº 343/13 sendos autos de declaración de concurso voluntario de GEA 21, S.A. y de GRUPO GEA 21, S.L."

2.- No procede la revisión interesada ya que los datos que el recurrente pretende adicionar ya figuran, en esencia, en la sentencia recurrida, en la que aparece en el hecho probado segundo: "El 30 -11-12 se está en situación de precurso.." analizándose, en el fundamento de derecho segundo, la incidencia de la situación de precurso en la competencia de la Jurisdicción Social por razón de la materia, para conocer de la impugnación del despido colectivo, razonándose que la competencia es de la Jurisdicción Social y no de la Mercantil ya que el despido se produjo con anterioridad a que las empresas fueran declaradas en concurso, lo que se realizó mediante sendos autos del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 15 de abril de 2013 .

SEXTO. - 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el segundo motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la adición de un nuevo hecho probado, el duodécimo.

Invocando las actas del periodo de consultas, en concreto el acta de fecha 20 de enero de 2013, página 3, interesa la adición del hecho probado duodécimo, a fin de que presente la siguiente redacción: "*Durante el periodo de consultas se indicó por parte de la representación de los trabajadores a la Empresa que el hecho de instar un Despido Colectivo en situación de precurso de acreedores y con anterioridad a la declaración de un concurso podría ocasionar importantes perjuicios para los trabajadores respecto al resto de trabajadores y acreedores para cobrar sus créditos"*.

2.- No procede la adición interesada ya que, al darse por reproducido el contenido de las actas en el hecho probado quinto de la sentencia impugnada, en esencia, ya constan los datos que el recurrente pretende adicionar.

SÉPTIMO.- 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el tercer motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la revisión del hecho probado sexto.

Invocando las actas del periodo de consultas, en concreto el acta de fecha 6 de febrero de 2013, página 3, 5 y 7 y la de 13 de febrero de 2013, páginas 2 y 6 interesa la supresión del párrafo que a continuación se transcribe, consignado en el hecho probado sexto: "*a) En la primera reunión, la comisión designada por los trabajadores, puso como condición sine-qua non para alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, un aumento de la indemnización legal, requiriendo además que por parte de la empresa se aportase garantías bancarias para el pago de la indemnización"*.

2.- No procede la revisión interesada ya que, tal y como consta en el fundamento de derecho primero de la sentencia impugnada, el hecho probado sexto se ha establecido atendiendo al informe de la Inspección de Trabajo, las actas de las reuniones y testifical de Doña Inocencia Justa , y, tal como se ha consignado con anterioridad, la revisión fáctica no puede fundarse -salvo en supuestos de error palmario- en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, por lo que no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente (valgan como ejemplo las SSTS 11/11/09 -rco 38/08 -; y 26/01/10 -rco 96/09 -).

A mayor abundamiento hay que señalar que de los documentos invocados no resulta que no sea cierto el dato que consta en el hecho probado sexto y que la parte pretende suprimir.



OCTAVO. - 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el cuarto motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la adición de un nuevo hecho probado, el décimo tercero.

Invocando las actas del periodo de consultas, en concreto el acta de fecha 6 de enero de 2013, páginas 1 y 5 y el acta de 27 de febrero de 2015, páginas 2 y 3, interesa la adición del hecho probado décimo tercero, a fin de que presente la siguiente redacción: *"Desde el inicio del periodo de consultas los representantes de la Empresa anunciaron a la representación de los trabajadores que, como consecuencia de los problemas de liquidez, era probable que no pudieran abonar las indemnizaciones"*.

2.- No procede la revisión interesada ya que, en primer lugar, el hecho que el recurrente pretende adicionar no resulta directamente de los documentos invocados, sino que hay que acudir a hipótesis, conjeturas y razonamientos.

En segundo lugar tal hecho, resulta contradictorio con el que figura en el ordinal octavo del relato fáctico: *"La empresa el 29-1- 13 (fecha del comienzo del periodo de consultas) formaliza la venta del 35% de sus derechos de la UTE...para obtener unos ingresos de 1.360.999 + IVA con lo que hacer frente al pago de las indemnizaciones."*

NOVENO.- 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el quinto motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la adición de un nuevo hecho probado, el décimo cuarto.

Invocando el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aportado por la Autoridad Laboral, interesa la adición del hecho probado décimo cuarto, a fin de que presente la siguiente redacción: *"La Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió el informe en fecha 8 de marzo de 2013 respecto al procedimiento de Despido Colectivo instado por GEA 21, S.A. el cual se da íntegramente por reproducido"*.

2.- No procede la revisión interesada ya que es irrelevante para la resolución de la litis. Dar por reproducido el informe significa simplemente que se hace constar que en el informe figura lo que allí aparece, no que se tengan por ciertas todas las afirmaciones del mismo pues, únicamente tienen presunción de certeza los hechos constatados por el Inspector de Trabajo actuante, salvo prueba en contrario (artículo 53.2 RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y artículo 15 RD 928/1988, de 14 de mayo).

Por otro lado hay que poner de relieve que el acta de la Inspección ha sido tenida en cuenta y valorada por la Sala de instancia, tal y como resulta del fundamento de derecho primero, en el que se hace constar que dicho informe se tuvo en cuenta para fijar los hechos probados tercero, quinto, sexto y séptimo, debiendo señalarse que, excepto el hecho probado tercero, para la fijación de los demás hechos se tuvieron en cuenta otras pruebas, además del informe de la Inspección de Trabajo.

DÉCIMO.- 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el tercer motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la revisión del hecho probado sexto.

Invocando las actas del periodo de consultas, en concreto el acta de fecha 12 de febrero de 2013, página 4, y el informe de la Inspección de Trabajo, interesa la revisión del hecho probado sexto, a fin de que presente la siguiente redacción: *"Desde el inicio del periodo de consultas todos los trabajadores afectados por el periodo de consultas no tuvieron ocupación efectiva en la medida en que la empresa les dio vacaciones, de forma que desde el comienzo del expediente fueron sustituidos por otros trabajadores en su puesto de trabajo"*.

2.- No procede la revisión interesada ya que, en primer lugar, de los documentos invocados no resultan directamente los datos que el recurrente pretende incorporar, sino que hay que acudir a hipótesis, conjeturas y razonamientos.

En segundo lugar, la Sala de instancia ha procedido a fijar los hechos atendiendo al contenido del documento número 14 de la demandada y a la testifical de Doña Inocencia Justa , sin que de los documentos invocados resulte que ha habido error en la apreciación de la prueba.

UNDÉCIMO.- 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el séptimo motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la adición de un nuevo hecho probado, el décimo quinto.

Invocando el acta de la reunión del periodo de consultas de 13 de febrero de 2013, en el que aparece como adjunto el documento 1, y los documentos 11, 12 y 13 de la propia recurrente, interesa la adición del hecho probado décimo quinto, a fin de que presente la siguiente redacción: *"En fecha 13 de febrero y a petición de los representantes de los trabajadores, la Empresa aportó un listado de las cuentas corrientes a nombre de GEA 21,*



y Grupo GEA 21, S.L. En dicha documentación no constaba cuenta corriente alguna a nombre de INVERSIONES MEDIOAMBIENTALES, S.L."

En fecha 11 de enero de 2013 GRUPO GEA 21, S.L. canceló cheque bancario por importe de 1.500.000 euros.

En esa misma fecha GRUPO 21 S.L. emitió dos cheques bancarios por importe de 100.000 euros cada uno de ellos.

Igualmente, en la fecha 11 de enero de 2013 GRUPO GEA 21, S.L. realizó una transferencia de 1.000.000 euros a favor de INVERSIONES MEDIOAMBIENTALES, S.L."

2.- No procede la adición interesada ya que los datos que el recurrente pretende añadir no fueron alegados en la demanda ni en el acto del juicio, por lo que está pretendiendo introducir hechos nuevos que no pudieron, en su caso, establecerse en el relato fáctico, ya que no habían sido alegados por la parte.

DUODÉCIMO .- 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el octavo motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la revisión del hecho probado quinto.

Invocando las actas del periodo de consultas, en concreto el acta de fecha 6 de febrero de 2013, página 4 in fine, y acta de 27 de febrero de 2013, interesa la revisión del hecho probado quinto, a fin de que presente la siguiente redacción: "*Durante el periodo de consultas se mantuvieron un total de 4 reuniones en fechas 6, 13, 20 y 27 de febrero de 2013, cuyo contenido, al bloque nº 3 de documentos, se dan por reproducidos.*

Las cuentas entregadas corresponden a un ejercicio no cerrado -el 2012-; las cuentas aportadas de los años 2010 a 2012 contienen la información actual.

Las cuentas entregadas carecían de firma inicialmente. Por parte de la representación de los trabajadores se puso de manifiesto inicialmente dicha deficiencia y se solicitó en la primera reunión del periodo de consultas que se firmaran dichas cuentas.

El representante de la empresa en las reuniones indica desde el primer momento que las cuentas son las entregadas a la comisión designada por los trabajadores y que se corresponden con la realidad. Las cuentas provisionales fueron entregadas firmadas a la representación de los trabajadores en la última reunión del periodo de consultas, sin que su contenido hubiera cambiado.

Tales cuentas fueron depositadas simultáneamente ante la Autoridad Laboral y respaldada por la documentación adicional que se acompañaba -liquidaciones de IVA-"

2.- No procede la adición interesada ya que los datos que el recurrente pretende adicionar son irrelevantes para el resultado de la litis, pues dichos datos ya constan, en esencia, en el hecho cuya revisión interesa, ya que en el mismo se consigna que las cuentas entregadas, correspondientes al año 2012, carecían de firma inicialmente y fueron firmadas en la última sesión, sin que su contenido hubiera cambiado.

A mayor abundamiento hay que señalar que de los documentos invocados no resulta que la representación de los trabajadores solicitara a la empresa que firmara las cuentas, sino únicamente que pusieron de manifiesto que las cuentas no estaban firmadas.

DÉCIMO TERCERO .- 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS , denuncia la parte recurrente, en el noveno motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la revisión del hecho probado séptimo.

Invocando la memoria explicativa de causas, aplicación ERE, punto 6 del bloque número 3, de los documentos aportados a las presentes actuaciones, interesa la revisión del hecho probado séptimo, a fin de que presente la siguiente redacción: "*La auditoría IOR CONSULTING no fue entregada en el ERE. La responsable de recursos humanos desconocía su existencia con anterioridad al periodo de consultas.*

El informe IOR CONSULTING fue realizado en febrero del año 2010 y afectaba a 36 trabajadores de los 207 trabajadores que tenía en la empresa en el año 2010.

El comienzo del periodo de consultas fue el 29-1-13.

El Informe citado realiza una recomendación sobre la retribución de sólo cinco trabajadores, una de ellas de un miembro de la ahora comisión designada por los trabajadores, la Sra. Francisca Trinidad . La medida recomendada -reducir la retribución de los 5 trabajadores indicados -fue adoptada de forma inmediata.

En la Memoria Explicativa entregada a la representación de los trabajadores al inicio del periodo de consultas se recogía en relación a los criterios de selección lo siguiente:



"Esta extinción se instrumenta bajo el expediente de regulación de empleo y los criterios que se han tomado para la adaptación de esta medida son:

-Situación actual y futura de las obras adjudicadas en cartera. Se ha procedido a analizar a corto y a medio plazo las necesidades de cada una de las obras que la compañía está ejecutando o va a comenzar a ejecutar en el plazo de tres meses, tomando en consideración la situación individualizada de cada obra.

-Posibilidad de contratación de obras según licitación actual y previsión futura. Se ha analizado la situación del mercado potencial de obras que se pueda licitar, ya sea el mercado nacional y en el mercado internacional que la compañía cuenta con presencia (Iberoamérica y Europa del Este).

-Tipología de obra: Actual en ejecución; adjudicada pendiente de comenzar; y posible adjudicación de obras. (Edificación, Obra Civil y subtipos dentro de ellas: Hospital, Colegio, Residencial, Carreteras, Puentes, Hidráulica, etc.). Se ha analizado el perfil de los empleados que se precisan atendiendo a las obras en ejecución y pendientes de ejecutar.

-Necesidades de diferentes categorías profesionales en función del volumen de obra actual y futura, se han dimensionado las características cualitativas de los empleados de la Compañía, ateniendo a sus conocimientos y experiencia profesional (Ingenieros, Aparejadores, Jefes de obra, Jefes de producción, topógrafos, Encargados, administrativos, licenciados, etc.) y su polivalencia para obras de diferentes tipología.

-Tras la evaluación de las necesidades, se ha procedido a solicitar de cada responsable de área o departamento (producción, contratación, oficina técnica y Administración) las características del personal necesario para el volumen de trabajo previsto.

-Finalmente, se ha procedido a la evaluación objetiva de las necesidades de la empresa, se ha concretado finalmente mediante la selección de personal más polivalente, y según los casos, y en igualdad de condiciones se ha adoptado la selección de quien suponga una reducción de coste económico mayor.

Por parte de la representación de los trabajadores se indicó en la primera reunión (6 de febrero de 2013) respecto a los criterios de selección que los criterios de selección recogidos en la documentación entregada eran vagos e imprecisos, y que no eran capaces de determinar si realmente eran criterios objetivos. En este sentido, se solicitó por parte de los representantes de los trabajadores a la Empresa documentación respecto a la concreción y aplicación de los criterios de selección.

En la reunión de fecha 13-2-13 se procedió a la entrega de la aplicación material de los criterios de selección que deberían realizar los responsables de departamento.

No se alegó discriminación en la elección de los trabajadores afectados. En el ERE han sido incluido alguno de los evaluadores o familiares de ellos, así: El Director de Producción, el Sr. Pelayo Victorio , uno de los firmantes de los criterios de valoración, ha sido incluido en el ERE y ha demandado a la empresa. Igualmente que la hermana y la esposa de otro de los firmantes de los criterios de valoración, Doña. Zulima Natalia , han sido incluidas en el ERE y han demandado a la empresa, Doña. Zulima Natalia y Manuela Raquel respectivamente.

Para la concreción material de los criterios de valoración la empresa procedió a formar cuatro grupos:

Grupo 1: Contratación, oficina técnica y administración.

La valoración de este grupo es realizada por el Jefe de Departamento de Administración Sr. Bruno Ignacio y el Jefe del Departamento de Contratación y Exteriores, Doña. Zulima Natalia .

Grupo 2. Grupo de Producción.

Requiere tres firmas, del Director de Producción, Sr. Pelayo Victorio -incluido en el ERE; del Delegado de Obra Civil Andalucía Occidental, Sr. Remigio Nicolas ; y del Delegado de Obra Civil Andalucía Orienta, Sr. Braulio Teodoro .

Grupo 3. Aquellos trabajadores que no tienen superior jerárquico o tienen un conflicto de interés con las personas de su departamento que ha de valorar. En este caso, ante la ausencia de superior jerárquico, hay una sola firma del Director General.

Este grupo únicamente afecta: Responsable de Área, Jefe de producción, Jefe del departamento de calidad y medio ambiente, Jefe de Compras, Jefe de Administración y Responsable de comunicación.

En la materialización de los criterios de valoración se analizaron circunstancias como: departamento al que pertenece, titulación, coste mensual, polivalencia y antigüedad".



2.- No procede la revisión interesada ya que los datos que el recurrente pretende adicionar ya constan, en esencia, en el hecho cuya revisión postula, sin que sea necesario para la resolución de la litis, la pormenorizada descripción de criterios que el recurrente pretende.

DÉCIMO CUARTO .- 1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS, denuncia la parte recurrente, en el décimo motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, interesando la revisión del hecho probado primero.

Invocando la página 5 de la memoria de las cuentas anuales consolidadas de Grupo Gea 21 SL y Sociedades dependientes, correspondientes al ejercicio 2011, bloque 3 de documentos, Anexo I del informe pericial, interesa la revisión del hecho probado primero, a fin de que presente la siguiente redacción: " *GEA 21, S.A. forma parte del GRUPO GEAL 21, S.L. (consolidado) y su participación supera el 80% del total de ingresos del grupo.*

GEA 21, S.A. pertenece al grupo mercantil en el que Grupo GEA 21, S.L. es la sociedad matriz, integrando el grupo 18 sociedades dependientes, 12 sociedades multigrupo y 18 sociedades asociadas.

El detalle de las sociedades dependientes con las que GRUPO GEA 21, S.L. consolida cuentas es el siguiente:

GEA 21, S.A.

Desarrollos inmobiliarios GEA 21, S.L.

Inversiones Medioambientales GEA 21, S.L.

Gestora de Concesiones GEA 21, S.L.

Locomoción y Transportes GEA 21, S.L.

Desarrollos Industriales GEA 21, S.L.

Geotexan, S.A.

Centro de Investigación de Carreteras de Andalucía (CICA1V). Polingea, S.L.

Global de Estudios y Análisi, Correduría de Seguros, S.L. Dosarve, S.L.

GEA Infraestructure, S.R.L.

Asphalt Road, S.A.

GEA Solar Jaen, S.L.

Las siguientes sociedades Multigrupo y Asociadas de GRUPO GEA 21, S.L., pese a formar parte del Grupo mercantil, no consolidan cuentas con la cabecera del grupo. Dichas Sociedades son las siguientes:

Sociedades Multigrupo.

Mezclas y Áridos Azancollar, S.A.

Inversiones Genwve, S.L.

Los Mondragones Servicios y Deporte, S.L.

Inversiones Gallardo y Gea, S.L.

Complejo el Brillante, S.A.

Desarrollo Urbanístico Aeropuerto, S.L.

Ferrocarriles del Suroeste, S.A.

Suroccidental de Ferrocarriles, S.A.

Universal de Prefabricados de Construcciones y Obras, S.L.

Marina Ciudad de Málaga, S.A.

Sociedades asociadas.

Asfaltécnica, Tecnología de Firmes, S.A.

A.G.G. Occidental Empresa constructora, S.A.

Cementos del Marquesado, S.A.

Cementos de Antequera, S.A.



Metro de Sevilla, Sociedad Concesionaria de La Junta de Andalucía, S.A: Andaluza de Traviesas, S.A.

Rioship Management, S.A.

Global Arzuf, S.L.

Desarrollo Urbanísticos Ensenada, S.L.

Urban Land Development, S.L.

Casablanca Golf S.L.

Villas de Castiblanco Golf; S.L.

Desarrollo Urbanístico Aznalcazar, S.A.

Gea Eólica, S.L.

La configuración societaria se estructura en forma de pirámide, de forma que en la cúspide de la misma se encuentra la sociedad GRUPO GEA 21, S.L. propietaria del 98,98% de las acciones de las sociedades subholding, medio ambiente e investigación, actividad industrial, actividad de concesiones, de promoción inmobiliaria y de construcción -a la que se dedica GEA 21, S.A.

El subholding de construcción se articula a través de la entidad GEA 21, S.A. cuya participación en el grupo supera el 80% del total de los ingresos del grupo.

Las actividades de los demás subholding generan escasos ingresos y beneficios a la cabecera del holding, de modo que GEA 21, S.A. es la que origina el resultado del grupo. Las demás sociedades originan pérdidas de consolidado. La viabilidad del grupo depende de la situación de GEA 21, S.A."

2.- No procede la revisión interesada ya que los datos que el recurrente pretende adicionar ya constan, en esencia, en el hecho cuya revisión postula, sin que sea necesario para la resolución de la litis que conste la denominación de las 18 sociedades dependientes, las 12 sociedades multigrupo y las 18 sociedades asociadas.

La parte justifica la adición que pretende en el hecho de que, durante el periodo de consultas, la empresa no facilitó a la representación de los trabajadores información económica respecto a todas las empresas que integran el grupo, en concreto, respecto a las sociedades multigrupo y asociadas, lo que conlleva la declaración de nulidad del despido colectivo. Tal hecho no ha sido alegado en la demanda ni en el acto de la vista, ni tampoco consta que durante el periodo de consultas los representantes de los trabajadores solicitaran dicha información, por lo que no procede admitir la adición interesada a la vista de la finalidad perseguida.

DÉCIMO QUINTO .- 1.- Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el undécimo motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS, en relación con los artículos 2 y 5 bis de la Ley Concursal, así como de la jurisprudencia que cita.

La recurrente alega que, en contra de lo que afirma la sentencia de instancia, no alegó la falta de competencia de la Sala de lo Social que conoció del asunto en instancia, sino la ilegalidad del expediente de despido colectivo por tramitarse por la "vía administrativa" y no realizarse en el seno del procedimiento concursal, invocando la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de mayo de 2013. Aduce el recurrente que, al no seguirse el procedimiento concursal, las demandadas han provocado una enorme desigualdad negocial durante el periodo de consultas, ya que las partes eran conscientes de que existía un alto riesgo de que los trabajadores no percibieran sus indemnizaciones inicialmente y, posteriormente, una vez declarado el concurso, tampoco las percibirían, por la aplicación de las normas sobre créditos concursales. Además se ha producido la paradoja de que, a pesar de que las empresas recurridas si tienen liquidez para pagar, los trabajadores despedidos aún no han percibido sus indemnizaciones.

Hay que poner de relieve que, en contra de lo que parece alegar el recurrente, la sentencia invocada -sentencia de 30 de mayo de 2013 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias- no constituye jurisprudencia. En efecto, a tenor del artículo 1.5 del Código Civil, "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

2.- Para resolver la cuestión suscitada se hace preciso poner de relieve una serie de datos, obtenidos de la sentencia de instancia:



Primero: El 30 de noviembre de 2012 las empresas Gea 21 SA y Grupo Gea 21 SL se encontraban en situación de precurso.

Segundo: El 29 de enero de 2013 Gea 21 SA inició el procedimiento de despido colectivo, que afectaba a 44 trabajadores de los 89 que integraban su plantilla.

Tercero: El 27 de febrero de 2013 finalizó, sin acuerdo, el periodo de consultas.

Cuarto: El 5 de marzo de 2013 se acordó por parte de Gea 21 SA la extinción de los contratos de un total de 44 empleados, poniéndolo en conocimiento de los representantes de los trabajadores.

Quinto: El 6 de marzo de 2013 Gea 21 SA procedió a notificar a los 44 trabajadores de su plantilla la extinción de sus contratos de trabajo por razones objetivas, sin poner a su disposición la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el tope de doce mensualidades.

Sexto: El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla dictó el 15 de abril de 2013, en el procedimiento número 313/2013, sendos autos de declaración de concurso voluntario de las empresas Gea 21 SA y Grupo Gea 21 SL.

3.- El artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone: "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: ...2º: Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado...En el enjuiciamiento de estas materias y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral."

Por su parte el artículo 64 de dicha norma establece, en su apartado 1: "Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo".

El artículo 5 bis de la Ley Concursal dispone, en su apartado 1: "El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley".

El apartado 4 establece: "Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia".

El artículo 21 de dicha norma establece, en su apartado 2, que el auto de declaración de concurso producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso y será ejecutivo aunque no sea firme.

De los preceptos anteriormente transcritos resulta que, si bien el juez del concurso es competente para conocer de las extinciones colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado (artículo 8.2º de la Ley Concursal), conocerá de dichos asuntos una vez declarado el concurso (artículo 64.1 de la Ley Concursal) y el concurso se declara mediante el auto de declaración de concurso (artículo 21 de la Ley Concursal), auto que es posterior a la posibilidad que la Ley concede al deudor de poner en conocimiento del juzgado que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, a tenor del artículo 5 bis de la Ley Concursal .

Por lo tanto, para que se atribuya la competencia para el conocimiento del procedimiento para la extinción colectiva de los contratos de trabajo al juez del concurso, la empresa que ha realizado los despidos ha de haber sido declarada en concurso con anterioridad a efectuar el despido colectivo. No acarrea la atribución de competencia el que el deudor haya realizado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal , ni siquiera el que haya efectuado la solicitud de que se le declare en concurso, pues la norma al respecto es terminante - artículo 64.1 de la Ley Concursal - el juez del concurso es competente "una vez declarado el concurso".

En el asunto sometido a la consideración de la Sala, el 5 de marzo de 2013 se acordó por parte de Gea 21 SA la extinción de los contratos de un total de 44 empleados, poniéndolo en conocimiento de los representantes de los trabajadores, comunicándoselo a los trabajadores el 6 de marzo de 2013. El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla dictó el 15 de abril de 2013, en el procedimiento número 313/2013, sendos autos de declaración de concurso voluntario de las empresas Gea 21 SA y Grupo Gea 21 SL.

Por lo tanto, en la fecha del despido colectivo no se había declarado el concurso de la empresa, lo que significa que el Juzgado Mercantil no era competente para conocer de dichos despidos, por el trámite del artículo 64 de



la Ley Concursal y, al haberlo entendido así el órgano de instancia, procede la desestimación de este motivo de recurso.

Es irrelevante, a estos efectos, como antes se razonó, que el empresario hubiese realizado el trámite del artículo 5 bis de la Ley Concursal . En efecto, dicho precepto permite al deudor poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que es precisamente lo que hizo la empresa, que realizó tal comunicación el 30 de noviembre de 2012, estando pendiente a finales de febrero de 2013 de la refinanciación de la deuda por 2,5 millones de euros, habiendo aceptado el Banco Popular -tenedor de más del 70% de la deuda- dicha refinanciación, si aceptaban las demás entidades financieras, aportando la empresa, en la negociación con los Bancos, como garantía, deudas con la Junta de Andalucía por más de 8 millones de euros, por obras ya finalizadas y certificadas, refinanciación que finalmente no se logró.

Tal y como dispone el artículo 5 bis de la Ley Concursal , transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia. La empresa realizó la comunicación el 30 de noviembre de 2012 y fue declarada en concurso por el Juzgado Mercantil número 1 de Sevilla, mediante auto de 15 de abril de 2013, proceso 343/2013 , es decir, cuatro meses y medio después de haber hecho la comunicación, sin embargo no podemos entender que no cumpliera el plazo establecido en el artículo 5 bis.4 de la Ley Concursal pues, aunque en la fecha en la que se dictó el auto se había superado el plazo establecido en la Ley, no consta la fecha en la que la empresa solicitó ser declarada en concurso.

En definitiva, no se aprecia actuación fraudulenta alguna por parte de la empresa por lo que, al no concurrir los requisitos que delimitan la competencia del Juzgado de lo Mercantil, el despido colectivo se ha tramitado por el cauce legalmente establecido, artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , y su impugnación ha de realizarse ante los órganos de la Jurisdicción Social, lo que determina la desestimación de este motivo de recurso.

DÉCIMO SEXTO. - 1.- Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el duodécimo motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS , en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 7 del RD 1483/2012, de 29 de octubre , así como de la jurisprudencia que cita. El motivo se divide en tres submotivos, en los que alega mala fe durante el periodo de consultas:

A.- En el primer submotivo alega inexistencia de voluntad real de negociar por inexistencia de propuestas por parte de la empresa sobre cualquier extremo del expediente.

B.- En el segundo submotivo alega inexistencia de voluntad real de negociar al estar los trabajadores afectados por la medida sin ocupación efectiva desde el inicio del periodo de consultas.

C.- En el tercer submotivo alega inexistencia de voluntad real de negociar al crear la falsa apariencia de falta de tesorería para colocar a los trabajadores en una situación clara de desigualdad.

2.- Tal y como señala la sentencia de esta Sala de 16 de julio de 2015, recurso 180/2014 : **a)** Sobre la exigencia general de buena fe negociadora, destaca que <<... del tenor del art. 41.4 ET resulta patente «la trascendencia que el legislador quiere dar al período de consultas previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones [...], configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe» (SSTS 16/11/12 -rco 236/11 ; SG 26/03/14 -rco 158/13 ; y SG 18/07/14 -rco 303/13) >>; que << No menos cierto es -así lo hemos sostenido para el despido colectivo, pero la regla es extrapolable a la modificación colectiva- que la expresión legal referida a la negociación [«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. 1258 CC] y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»]; b) desde el momento en que el art. 51 ET [léase art. 41.4] instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negociadora (SSTS SG 27/05/13 -rco 78/12 - FJ 4.2 ; [...]; SG 22/12/14 -rco 185/14 ; y 16/12/14 -rco 263/13) >>; y que << Tampoco cabe olvidar que «... la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC , precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que



sea la calificación jurídica que el mismo tenga [derecho; facultad], hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE [...]; de manera que a la hora de determinar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho -incluso fundamental, repetimos-, es la buena fe a la que hay que atender para determinar el ámbito de actuación permitido. En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe «es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para» los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como «condicionamiento» o «límite adicional» [...]. De manera que -ello es una consecuencia obvia- con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho -como el del empresario a proceder a la [...] [modificación de condiciones de trabajo] en las situaciones legalmente previstas- ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales» (STS SG 17/07/14 -rco 32/14 -, FJ 5.2) >>.

b) Respecto a los precedentes sobre la buena fe en la doctrina de la Sala, recuerda que << Aun partiendo de la base de que la proyección del deber de buena fe sobre el curso de las negociaciones por fuerza ha de ofrecer un casuismo que dificulta notablemente las formulaciones generales, la Sala -tanto en procesos de despido colectivo como de MSCT- ha efectuado algunas declaraciones que nos han de servir de orientación en el caso. Singularmente: **a)** que en «el marco de esa obligación de negociación de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, más tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información» (SSTS 30/06/11 -rco 173/10 ; SG 26/03/14 -rco 158/13 ; y SG 22/12/14 - rco 185/14); **b)** que «configurado de esta manera ese deber, habrá de analizarse en cada caso el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones» (STS SG 18/02/14 -rco 74/13 , FJ 6.2 ; y SG 21/05/14 -rco 249/13); **c)** que la carencia de buena fe que está ligada a la ausencia de un verdadero periodo de consultas, por lo que la mala fe ha de excluirse cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones [diez] y hay variación sobre las iniciales de la empresa (STS SG 21/05/14 - rco 249/13); y **d)** por el contrario, ha de apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio (SSTS SG 20/03/13 -rco 81/12 ; SG 21/05/14 -rco 162/13 ; y SG 22/12/14 -rco 185/14) >>; añadiendo, por otra parte, que <<... el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir (recientemente, SSTS 17/05/11 -rco 147/10 ; 20/05/13 -rco 258/11 ; y 21/10/13 -rco 104/12) >>. En resumen, cabe indicar sobre este extremo que << **a)** ... la obligación de negociar no comporta la de convenir; y **b)** de lo que se trata es que los representantes de los trabajadores «conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo» (así, SSTS SG 18/07/14 -rco 303/13 ; y 16/12/14 -rco 263/13) >>.

3.- En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala no se aprecia ausencia de buena fe en las negociaciones por inexistencia de propuestas por parte de la empresa sobre cualquier extremo del expediente.

En efecto, tal y como resulta de la sentencia de instancia, la empresa no pudo continuar con el ERTE, que tenía aprobado para el periodo de 14 de junio de 2012 a 14 de junio de 2013, ya que las previsiones que sustentaban el mismo -contratación de obra prevista para el año 2012 de 85.000.000 €, y ejecución de cartera contratada prevista para el 2012 de 78.000.000 €- no se cumplieron y el plan de viabilidad no fue aceptado por los bancos para la refinanciación de la deuda. Seguidamente la empresa inició los trámites del despido colectivo, con el convencimiento de que podrían abonarse las indemnizaciones, lo que se frustró ya que el ICO ejecutó avales por importe de 13.757.985,14 €, lo que la empresa comunicó a la representación de los trabajadores el 27 de febrero de 2013.

Tal y como resulta del fundamento de derecho tercero, con indudable valor de hecho probado, la empresa ofreció, una vez consumados los despidos, en sede judicial, 28 días/año de indemnización por año de servicio, lo que no fue aceptado.

Dada la grave situación económica de la empresa, especialmente a partir de la ejecución de los avales por el ICO, no tenía posibilidad real de ofrecer otras alternativas más favorables a los trabajadores, por lo que no cabe calificar de mala fe el que no formulara propuestas que mejoraran las iniciales ofrecidas en el periodo de consultas.

Hay que tener también presente que en días próximos a la última reunión, se estaba refinanciando la deuda por 2,5 millones de euros, que, si se hubiera logrado, se hubiera podido hacer frente a las indemnizaciones. Al 12 de Marzo de 2.013 el Banco Popular, tenedor de más del 70% de la deuda, aceptaba las condiciones de la refinanciación si esta era aceptada por las demás entidades financieras. La empresa aportó, en la negociación con los Bancos, como garantía deudas con la Junta de Andalucía, más de 8 millones de Euros por obras ya finalizadas y certificadas.



Asimismo ha de tomarse en consideración que La empresa el 29-1-13 (fecha del comienzo del periodo de consultas) formaliza la venta del 35% de sus derechos de la UTE CYOPSA SISOCIA, OBRAS PÚBLICAS Y REGADIOS para obtener unos ingresos de 1.350.000€ + IVA con lo que hacer frente al pago de las indemnizaciones. La autorización del Ministerio no llega hasta el 7 de Mayo de 2.013, elevándose a publico la compraventa el 14-5-13, fecha en la que la empresa se encuentra en concurso de acreedores y no puede disponer del dinero para proceder al pago de las indemnizaciones.

No cabe calificar de mala fe el que los trabajadores afectados por el expediente carecieran de ocupación efectiva ya que, tal y como consta en la sentencia de instancia -hecho probado cuarto- la representación de los trabajadores solicitó a la empresa que, hasta la ejecución del despido colectivo, se les diera permiso retribuido, habiendo solicitado la concesión de vacaciones en ejecución de lo acordado entre la empresa y la representación de los trabajadores, consistente en que, una vez finalizado el periodo de consultas, se les comunique a los trabajadores incluidos en el ERE que están en situación de permiso retribuido. A este respecto hay que señalar que el informe de la Inspección de Trabajo no es vinculante para la Sala, como parece insinuar el recurrente, ya que únicamente tienen presunción de certeza los hechos constatados por el Inspector de Trabajo actuante, salvo prueba en contrario (artículo 53.2 RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y artículo 15 RD 928/1988, de 14 de mayo) y no tiene tal carácter la apreciación efectuada por el Inspector de "falta de voluntad negociadora" de la empresa, que no es sino una valoración de los datos existentes sobre el periodo de consultas.

En cuanto a la alegación de inexistencia de voluntad real de negociar al crear la falsa apariencia de falta de tesorería, alega el recurrente que, en fecha inmediatamente previa al periodo de consultas, se realizó una transferencia de 1.000.000 € desde la cuenta corriente de Grupo Gea 21 SL a la sociedad participada Inversiones Medioambientales Gea 21 SL, aduciendo, a continuación, que dicha transferencia se realizó desde las cuentas de Gea 21 SA y Grupo Gea 21 SL, invocando la prueba aportada por el ahora recurrente al acto de la vista.

En primer lugar hay que poner de relieve que, para resolver la cuestión planteada, la Sala ha de partir del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, de los que con valor de tales, aunque en inadecuado lugar figuren en los fundamentos de derecho y los que la Sala haya podido introducir, a la vista del recurso de la parte, formulado al amparo del artículo 207 d) de la LRJS , sin que pueda tomar en consideración hechos diferentes de los señalados.

En la sentencia recurrida no existe ningún hecho probado que consigne que en momento inmediatamente anterior al periodo de consultas se realizase una transferencia de 1.000.000 € desde la cuenta corriente de Grupo Gea 21 SL a la sociedad participada Inversiones Medioambientales Gea 21 SL . No obstante, en la fundamentación jurídica consta: "Respecto a la alegación de nulidad del periodo de consulta por ocultación de los datos de tesorería, ya está respondida en el relato histórico, y por la testifical del Sr. Daniel Urbano que dio cumplida explicación de porque se realizó una transferencia a cuenta de banco no acreedor -para eludir a los bancos acreedores-, para desde esa cuenta realizar diversos pagos, obligados a proveedores ex art. 5.1 LC .

El señor Daniel Urbano es el representante legal de Gea 21 SA y lo que consta es que reconoce que realizó, en fechas inmediatamente anteriores al periodo de consultas, una transferencia de 1000.000 E desde la cuenta corriente de Grupo Gea 21 SL a la sociedad participada Inversiones Medioambientales Gea 21 SL.

A este respecto procede hacer dos puntualizaciones: la primera de ellas que la empresa empleadora y que realiza los despidos no es Grupo Gea 21 SL, sino Gea 21 SA, y el hecho de que pertenezcan al mismo grupo mercantil no supone que haya de tacharse de "falsa apariencia de tesorería" los movimientos bancarios que pueda realizar una empresa del grupo, pues entre ellas existe independencia de caja, no promiscuidad patrimonial, ya que, de concurrir esta última, podríamos estar en presencia de un grupo de empresas "laboral".

La segunda resulta de lo consignado en la sentencia de instancia, la empresa Grupo Gea 21 SL realizó la citada transferencia a un banco no acreedor para eludir a los bancos acreedores y, desde esa cuenta realizar pagos a proveedores, a los que estaba obligada, en virtud de lo establecido en la Ley Concursal.

Por todo lo razonado, no se aprecia que haya habido ausencia de buena fe en las negociaciones, lo que determina la desestimación del motivo formulado.

DÉCIMO SÉPTIMO. - 1.- Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el décimo tercer motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS, en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 3 , 4 y 7 del RD 1483/2012, de 29 de octubre , así como de la jurisprudencia que cita.

El motivo aparece dividido en dos submotivos:



A: Nulidad del procedimiento por falta de aportación de cuentas provisionales al momento de inicio del periodo de consultas y aportación de cuentas anuales del año 2012 sin firma.

B: Nulidad del procedimiento por falta de información detallada sobre los criterios de selección empleados por la empresa para designar a los trabajadores afectados.

2.- Hay que poner de relieve que, tal y como ha señalado la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 2013, casación 81/2012, la finalidad principal del artículo 51.2 ET y normas reglamentarias de desarrollo del mismo - artículos 3 a 6 del RD 1483/2012 - 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. Por lo tanto, no toda insuficiencia en la documental entregada acarrea la declaración de nulidad del despido, sino solo aquella que impida la consecución de la finalidad del precepto, es decir, que no proporcione a los representantes de los trabajadores la información suficiente para poder negociar con cabal conocimiento de la situación de la empresa y de las causas que alega para proceder al despido colectivo.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del alcance del requisito de entrega de la documentación a los representantes de los trabajadores al inicio del periodo de consultas y lo ha hecho en sentencia de 27 de mayo de 2013, recurso de casación 78/2012, en la que se contiene el siguiente razonamiento: *"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]".*

3.- La documentación entregada a los representantes de los trabajadores es suficiente para que hayan podido tener conocimiento cabal de las causas del despido colectivo y poder negociar sobre dichas bases durante el periodo de consultas.

En efecto, tal y como resulta del hecho probado quinto de la sentencia de instancia, antes del inicio de las reuniones se puso a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral la documentación siguiente:

- 1.- Comunicación a los trabajadores del inicio del Periodo de Consultas
- 2.- Trabajadores afectados por el Expediente desglosado por centro de trabajo y provincia
- 3.- Informe Pericial y Anexos del mismo
 - Anexo I Cuenta Resultados Consolidadas GRUPO GEA 21 (2009-2011)
 - Anexo II Cuenta de Resultado Individuales GEA 21 S.A. (2009-2012)
 - Anexo III Cuentas Anuales Individuales e Informes Gestión 2010 GEA 21, SA
 - Anexo III Cuentas Anuales e Informes Gestión 2011 GEA 21, SA
 - Anexo IV GRUPO GEA 21 SL y Sociedades dependientes CCAA Consolidadas 2010
 - Anexo IV GRUPO GEA 21 SL y Sociedades dependientes CCAA Consolidadas 2011
 - Anexo V Informe Cámara de Cuentas
 - Anexo VI Resumen Ejecución Presupuesto Gastos Junta Andalucía (Septiembre 2012)
 - Anexo VII Presupuesto Junta Andalucía 2011-2012
 - Anexo VIII Presupuesto Junta Andalucía 2013
 - Anexo IX Cuentas Provisionales Individuales 2012 GEA 21, S.A.
 - Anexo X Cuentas Provisionales Consolidadas 2012 GRUPO GEA 21, S.L.
- 4.- Listado Trabajadores afectados
- 5.- Listado Trabajadores último Año desglosado por Centro de Trabajo y Provincia



6.- Memoria Explicativa Causas Aplicación ERE

7.- Impuestos; Cuenta Registro Mercantil, IVA, IS, Contabilidad:

1º.- Registro Mercantil Cuentas Anuales GEA 21, S.A. 2010

2º.- Cuentas Anuales e Informes de Gestión GEA 21, S.L. 2010

3º.- Registro Mercantil Cuentas Anuales GEA 21, S.L. 2011

4º.- Cuentas Anuales e Informes de Gestión GEA 21, S.L. 2011

5º.- GRUPO GEA 21, S.L. y Sociedades dependientes Cuentas Anuales CONSOLIDADAS 2010.

6º.- GRUPO GEA 21, S.L. y Sociedades dependientes Cuentas Anuales CONSOLIDADAS 2011.

7º.- Modelo 200 GEA 21, S.A. (2010-2011) Modelo 220 GRUPO GEA 21, S.L. (2010-2011)

8º.- Cuentas Individuales Provisionales 2012 GEA 21, S.A.

9º.- Cuentas Provisionales Consolidadas 2012 GRUPO GEA 21, S.L.

10º.- Modelos 303 y 390 IVA (2011-2012) GEA 21, S.A.

8.- Documento de Aplazamiento Deuda con La AEAT de GEA 21, S.A. y GRUPO GEA 21, S.L..

Una vez designados los representantes de los trabajadores, se procedió a hacerles entrega de la documentación anteriormente consignada,, depositándose simultáneamente ante la Autoridad Laboral. Las cuentas entregadas corresponden a un ejercicio no cerrado, el 2012, las cuentas aportadas de los años 2010 a 2012 contienen la información actual.

La abundante documentación entregada permite afirmar que los representantes de los trabajadores tuvieron un exacto conocimiento de la situación económica de la empresa, sin que resulte relevante el que no se entregaran las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, dado que no había transcurrido un mes completo cuando se inició el mismo -se inició el 29 de enero de 2013- y no consta que en ese periodo se produjera ningún cambio significativo en cuanto a la situación económica de la empresa.

Respecto a la falta de firma por los administradores de las cuentas entregadas, hay que señalar que en efecto el artículo 4.2 del RD 1483/2012, de 29 de octubre , dispone que, para la acreditación de los resultados alegados, el empresario deberá aportar las cuentas provisionales al inicio del procedimiento firmadas por los administradores o representantes de la empresa. Sin embargo, tal defecto formal no acarrea la nulidad del periodo de consultas ya que, en modo alguno, la falta de firma supone que los representantes de los trabajadores se hayan visto privados de la información necesaria para negociar correspondiente a dicho periodo. Cuestión distinta hubiera sido que los datos facilitados no correspondieran a la realidad y hubiera que determinar quien había sido el autor de tales cuentas, a fin de exigirle la pertinente responsabilidad, sin embargo, nada se ha alegado acerca de este extremo, por lo que carece de la relevancia que el recurrente pretende otorgarle. A mayor abundamiento hay que señalar que consta, en el hecho probado quinto de la sentencia de instancia, que las cuentas provisionales del año 2012 fueron firmadas en la última reunión sin que su contenido hubiera cambiado.

4.- La sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2014, recurso 74/2013 , ha analizado la cuestión referente a las exigencias del requisito, contenido en el artículo 51.2 del ET , de que la empresa ha de fijar los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores afectados y lo ha hecho en los siguientes términos:

"Partiendo entonces de esa realidad no combatida, ha de analizarse si el requisito legal previsto en la letra e) del artículo 51.2 del ET se ha cumplido en este caso, a los efectos de que los representantes de los trabajadores tengan la información exigida por el precepto.

La norma exige que se proporcionen "los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados", y en este caso para decidirlo ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada. En primer lugar, en la memoria inicial se contiene una expresión real de esos criterios, expresados, es cierto, de una forma un tanto genérica, pero no puede olvidarse que junto con ello, se aportó también una relación de trabajadores afectados en el Anexo V, optando así por una segunda manera de información directa, la que en este punto se contenían en artículo 8 del entonces vigente Real Decreto 801/2011, de 10 de junio , en el que se exigía "c) Relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo".

Ciertamente que el artículo 51.2 e) ET , en la redacción aplicable al caso contenida en el RDL 3/2012 y también en la posterior Ley 3/2.012, exige en todo caso la expresión de los criterios tenidos en cuenta para la designación



de los trabajadores afectados. Pero esa exigencia se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues, obvio, no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra, como la demandada, que solo tenía 58 empleados, y los despidos afectarían en principio a 24 de ellos -finalmente a 17-. Además en ella la prestación de servicios por los afectados se regía por aquellas particularidades tan específicas que señala la sentencia recurrida y que antes hemos transcrito, que indudablemente hacían mucho más complicada la exacta precisión de esos criterios, razón por la que en la forma expresada se han de considerar suficientes, teniendo en cuenta también que en el acta de la reunión del día 4 de julio - páginas 2 a 5- la empresa entregó mayores concreciones sobre los discutidos criterios de afectación, lo que, de hecho, fue uno de los factores que determinó la realización de una última reunión en el día siguiente 5 de junio, sin que en ninguna de las dos actas aparezca manifestación alguna por parte de los trabajadores sobre insuficiencia o extemporaneidad de esos criterios complementarios".

Por su parte la sentencia de 25 de junio de 2014, recurso 273/2013 , contiene el siguiente razonamiento:

"En el presente caso, si bien la empresa inicialmente incluía a toda la plantilla, afectándola de modo genérico, partía de una justificación -la incertidumbre sobre la continuidad de los trabajos- que fue asumida sin dificultad por el banco social, por cuanto, pese a la inicial imprecisión, permitió que se desarrollara el proceso negociador y se produjera la sucesiva concreción de los afectados (hecho probado 8º). La suficiencia de la información finalmente aportada llegó al punto de permitir que se alcanzara el acuerdo".

5.- En el asunto ahora examinado, consta en el hecho probado séptimo que en la comunicación individual a los trabajadores del inicio del periodo de consultas, como en la memoria, se contienen los criterios de designación de los trabajadores afectados, consistentes en el perfil individual en relación con el tipo de obra, en las necesidades de cada categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento.

En la reunión de fecha 13-2-13 se procedió a la entrega de la aplicación material de los criterios de valoración que deberían realizar los responsables de departamento.

Para la concreción material de los criterios de valoración la empresa procedió a formar cuatro grupos:

Grupo 1: Contratación, oficina técnica y administración.

La valoración de este grupo es realizada por el Jefe de Departamento de Administración Don. Bruno Ignacio y el Jefe del Departamento de Contratación y Exteriores, Doña. Zulima Natalia .

Grupo 2. Grupo de Producción.

Requiere tres firmas, del Director de Producción, Sr. Pelayo Victorio -incluido en el ERE; del Delegado de Obra Civil Andalucía Occidental, Sr. Remigio Nicolas ; y del Delegado de Obra Civil Andalucía Oriental, Sr. Braulio Teodoro .

Grupo 3. Aquellos trabajadores que no tienen superior jerárquico o tienen un conflicto de interés con las personas de su departamento que ha de valorar. En este caso, ante la ausencia de superior jerárquico, hay una sola firma del Director General.

Este grupo únicamente afecta: Responsable de Área, Jefe de producción, Jefe del departamento de calidad y medio ambiente, Jefe de Compras, Jefe de Administración y Responsable de comunicación.

En la materialización de los criterios de valoración se analizaron circunstancias como: departamento al que pertenece, titulación, coste mensual, polivalencia, productividad y antigüedad.

Del examen de tales datos, forzoso resulta concluir que la empresa, al inicio del periodo de consultas, aportó los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, consistentes en el perfil individual en relación con el tipo de obra y necesidades de categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento, criterios que es cierto que pueden aparecer como un tanto genéricos y abstractos, si bien resulta justificado en el hecho de que se trata de fijar unos criterios objetivos y generales que, posteriormente, se procede a concretar.

En efecto, en la reunión del 13 de febrero de 2013, la empresa procedió a la concreción material de los criterios establecidos, formando cuatro grupos, a los que anteriormente se ha hecho referencia, en los que se procedería a valorar por el Jefe o Director del Departamento correspondiente, analizando circunstancias como, departamento al que se pertenece, titulación, coste mensual, polivalencia, productividad y antigüedad.

Es cierto que tal concreción pudo haberse establecido al inicio del periodo de consultas, sin embargo, la fecha en la que se efectuó, el 13 de febrero de 2013, cuando el periodo de consultas se había iniciado el 29 de enero de 2013, no supone un incumplimiento de la obligación de fijar los criterios de selección de los trabajadores



afectados, ya que han tenido pleno conocimiento de cuales eran estos criterios y posibilidad de discutir y negociar los mismos pues, además de la reunión de 13 de febrero de 2013 en la que especificó el contenido material de los criterios, se celebraron reuniones el 20 y 27 de febrero de 2013.

Respecto a la alegación de que la empresa no entregó la auditoría de personal realizada en el año 2010 por Ior Consulting, ha de señalarse que ninguna obligación tenía de hacerlo, limitándose su obligación a establecer los criterios de selección de los trabajadores afectados, tal y como establece el artículo 51.2 del ET y artículo 3 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, siendo relevante para justificar esta omisión que la auditoría se realizara en el año 2010 y el despido colectivo se iniciara más de dos años después.

6.- Por último, ha de rechazarse la alegación de que la empresa no ha aportado la documentación acreditativa de la aplicación material de los criterios de selección de los trabajadores afectados ya que dicha cuestión, por afectar a trabajadores concretos, no puede ser objeto de análisis en el seno del despido colectivo sino que, en el supuesto de que el afectado entienda que no se le han aplicado correctamente los criterios de selección, deberá formular la pertinente demanda, al amparo de lo establecido en el artículo 124.13 de la LRJS.

A este respecto debemos recordar que la sentencia de esta Sala de 25 de junio de 2014, recurso 198/2013, ha examinado dicha cuestión, concluyendo lo siguiente:

"Y el recurso del Ayuntamiento merece favorable acogida, tal como postula el Ministerio Fiscal, porque, en efecto, la valoración y enjuiciamiento sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial, que, obviamente, es una decisión con efectos directa y primordialmente colectivos, como lo evidencia la propia naturaleza del proceso judicial que puede revisarla, no puede referirse al análisis concreto y minucioso de cada una de las situaciones particulares de los trabajadores individualmente afectados, posiblemente incluso aunque en alguna de ellas (y no es el caso: lo descarta con contundencia la propia sentencia impugnada) pudiera apreciarse algún indicio de discriminación o de un trato desigual prohibido por el ordenamiento, a salvo, claro está, si esos indicios pudieran llegar a implicar una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental o el trato desigual real afectara a todo un grupo indiscriminado de trabajadores (tampoco es el caso). Es doctrina de la Sala, que por reiterada y uniforme nos excusa de cita concreta, que no es materia propia del conflicto colectivo, y la demanda de despido colectivo participa de la misma condición o naturaleza, la exigencia de un examen pormenorizado e individualizado de la situación de cada uno de los afectados integrantes del grupo genérico de trabajadores, pues esa discusión sería ya de las sustanciables en el proceso de despido individual ex art. 124.13 de la LRJS.

La valoración y enjuiciamiento de los criterios de selección, pues, ha de ponerse en relación con la naturaleza colectiva de la decisión y, sobre todo, con esa misma naturaleza que posee el presente proceso, que, sin perjuicio de la posible ejecutividad de la resolución que le ponga fin, en la forma prevista por el art. 247.2 de la LRJS cuando la decisión empresarial haya sido declarada nula, como la sentencia que se dicte (art. 124.3 LRJS), también tiene una naturaleza eminentemente declarativa.

Entenderlo de otro modo y permitir el análisis de cada concreta situación individual transformaría el proceso colectivo en uno plural, vaciando por completo de contenido uno de los principales -si no el principal- objetivos que persigue esta institución jurídica, cual es la de posibilitar la viabilidad de la continuidad de la actividad empresarial y la pervivencia del resto de puestos de trabajo de la empresa, y ampliaría, en contra de la Ley (art. 124 LRJS), los limitados objetivos (numerus clausus) de este procedimiento.

Es cierto que esta conclusión puede acarrear problemas respecto a la manera tradicional de entender la cosa juzgada (su "santidad"), pero a tales efectos parece claro que el resultado de un proceso colectivo, en el que los trabajadores individualmente considerados no están siquiera legitimados para participar en las reuniones celebradas a lo largo del período de consultas, tampoco podría vincularles de manera absoluta, ni a ellos ni a la posterior decisión individualizada empresarial, en lo que, de otro modo, constituiría una concepción formalista y exagerada del instituto de la cosa juzgada porque restringiría hasta extremos de muy dudosa constitucionalidad el derecho fundamental a la tutela judicial que a ambos garantiza el art. 24.1 CE.

El art. 51.4 ET constituye un claro indicio para pensar que el ámbito colectivo del despido, y las garantías y requisitos que el mismo ha de tener, extiende su eficacia temporal hasta que, en su caso, se alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en último extremo, hasta que el empresario comunique a éstos la decisión extintiva.

A partir de ahí, si, como dice la Ley, "el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores", "lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley" [art. 51.4 ET] y ese precepto exige la "comunicación escrita al trabajador expresando la causa" [53.1.a)], disponiendo después que "contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario" [53.3], también parece claro que deberá ser en ese proceso individual donde se plantee y analice con precisión el cumplimiento o



incumplimiento de los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados" [art. 51.2.e del ET] que, precisamente por la dimensión colectiva de todo el procedimiento, no pudieron tenerse en cuenta con el rigor y el detalle necesarios durante el período de consultas ni, consecuentemente, en la propia decisión final del empleador que acordó el despido colectivo.

A este respecto, resulta altamente significativo comprobar cómo la propia sentencia impugnada, pese a que concluya con la improcedencia (no ajustados a derechos) de todos los despidos, sólo aluda de forma expresa en el hecho probado decimosexto a que "alguno de los seleccionados como con mayor competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia, resultó afectado por el despido colectivo" (h. p. 16º), sin tomar en consideración la Sala que muchos otros (más de 130) de los afectados, como resalta el Ayuntamiento en la petición subsidiaria de su recurso, ni siquiera habían sido sometidos a evaluación alguna porque el criterio para su selección sólo había sido el de la edad.

De no entenderlo así, como dijimos, el proceso colectivo se transformaría improcedentemente en un litigio plural, es decir, integrado por la acumulación de pretensiones individuales, con el insalvable inconveniente añadido de que los afectados no habrían estado nunca legitimados para impugnar la decisión colectiva (art. 124.1 LRJS). Pero es que, además de que el propio criterio general de selección "se ha de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta" (FJ 6º.1, STS 18-2-2014, R. 74/13), lo que sucede en el presente supuesto es que los criterios de selección que el empresario propuso en el ámbito del período de consultas, como vimos más arriba (FJ 1º.2.6º), tenían un claro componente genérico (la denominada "evaluación continua") que solo resultaba posible examinar en su plasmación individual mediante la comprobación, caso por caso, de su concurrencia. Solo si los criterios, con carácter general, entrañaran una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, o, tratándose de una administración, pudieran suponer un injustificado trato desigual de todo el colectivo afectado respecto al resto de los trabajadores del Ayuntamiento -y nada de esto ha resultado acreditado-, cabría analizarlos en el proceso colectivo y entonces, además, la decisión procedente ya no sería la de declararlos no ajustados a derecho sino nulos.

Tiene razón por tanto el MF cuando asegura que "la forma en la que se hayan aplicado los criterios de selección por parte del Ayuntamiento no puede por sí misma determinar que toda la negociación se haya llevado de mala fe, con la importante consecuencia de considerar no ajustados a derecho los 259 despidos llevados a cabo, algunos de ellos en base a criterios indiscutibles [e indiscutidos, añadimos nosotros], como sucede con el de la edad".

DÉCIMO OCTAVO. - 1.- Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el décimo cuarto motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS, en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 3, 4 y 7 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, así como de la jurisprudencia que cita.

En esencia el recurrente aduce que no se ha entregado toda la documentación económica de todas las empresas del grupo ya que no se ha aportado documentación del resto de las sociedades del grupo, es decir, de las sociedades dependientes, sociedades multigrupo y sociedades asociadas. Alega que las empresas se dedican a un mismo sector de negocio, pues la sociedad holding aglutina a las otras empresas que se dedican a transportes, medio ambiente, investigación, actividad industrial, actividad de concesiones, de promoción inmobiliaria y de construcción.

Las sociedades tienen saldos deudores y acreedores con el resto de las sociedades -existen préstamos entre empresas del Grupo -Gea 21 presta a Inversiones Medioambientales, Inversiones Gemove SL tiene arrendado bienes a Gea 21- además Gea 21 desvió dinero antes de iniciar el procedimiento de despido a Inversiones Medioambientales Gea, para dar la apariencia de falta de tesorería.

2.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida, procede partir de los datos que a continuación se consignan, tal y como figuran en la sentencia de instancia.

Primero: GEA 21 S.A. forma parte del GRUPO GEA 21 S.L. (consolidado) y su participación supera el 80% del total de ingresos del grupo.

Segundo: GEA 21 S.A. pertenece a un grupo mercantil en el que Grupo GEA 21 S.L. es la sociedad matriz, integrando el grupo 18 sociedades dependientes, 12 sociedades multigrupo y 18 sociedades asociadas.

Tercero: La configuración societaria se estructura en forma de pirámide, de forma que en la cúspide de la misma se encuentra la sociedad Grupo GEA 21 S.L., propietaria del 98,98% de las acciones de las sociedades subholdings, existiendo los subholdings dedicados a las actividades de transportes, medio ambiente e investigación, actividad industrial, actividad de concesiones, de promoción inmobiliaria y de construcción -a la que se dedica GEA 21 S.A.-.



Cuarto: El subholding de construcción del grupo se articula a través de la entidad GEA 21 S.A., cuya participación en el grupo supera el 80% del total de los ingresos del grupo.

Quinto: Las actividades de los demás subholdings generan escasos ingresos y beneficios a la cabecera del holding, de modo que GEA 21 S.A. es la que origina el resultado del grupo. Las demás sociedades originan pérdidas al consolidado. La viabilidad del grupo depende de la situación de GEA 21 S.A.

Sexto: Tal y como consta en el fundamento jurídico décimo séptimo. 3, antes del inicio del periodo de consultas Gea 21, S.A. puso a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral la documentación que allí se consigna, referente a Gea 21 SA, Grupo Gea 21 SL y Sociedades dependientes. Al ser designados los representantes de los trabajadores, la empresa les hizo entrega de esta documentación.

3.- La censura jurídica formulada no ha de tener favorable acogida. En primer lugar hay que poner de manifiesto que en la demanda no se hace alusión alguna a que el despido haya de ser declarado nulo, por no haberse aportado las cuentas correspondientes a todas las empresas del grupo, en concreto porque no se ha aportado documentación del resto de las sociedades del grupo, es decir, de las sociedades dependientes, sociedades multigrupo y sociedades asociadas, ni tampoco se ha alegado en el acto del juicio, por lo que es una cuestión nueva que no puede plantearse por vez primera en trámite de recurso. A lo largo de las reuniones mantenidas durante el periodo de consultas, no se reclamó por los representantes de los trabajadores la entrega de las cuentas de estas sociedades, tal y como consta en el hecho probado quinto.

En segundo lugar hay que señalar que Gea 21 SA forma parte del Grupo Gea 21 SL (consolidado), siendo esta última la sociedad matriz, por lo que, en aplicación de lo establecido en el artículo 4.5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, han de acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados, debidamente auditados, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, de la sociedad dominante del grupo, correspondientes al periodo señalado en el apartado 2 del artículo, siempre que tenga su domicilio en España y existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Tal y como ha quedado consignado, se han acompañado las cuentas correspondientes a Grupo Gea 21 SL, por lo que se han cumplido las exigencias normativamente impuestas, respecto a la documentación que se ha de acompañar en el supuesto de existencia de grupos de empresas.

No procede, como pretende la recurrente, exigir la documentación de las restantes sociedades, además de por las razones anteriormente expuestas, porque no ha quedado acreditado que cumplan las exigencias establecidas en el artículo 4.5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, a saber, que las empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

DECIMO NOVENO .-1.- Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS denuncia, en el décimo quinto motivo del recurso, con carácter subsidiario, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, alegando vulneración por inaplicación e interpretación errónea del artículo 124.11 de la LRJS, en relación con el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores.

El recurrente se limita a alegar que de los anteriores motivos del recurso (falta de información esencial entregada, falta de aportación de datos económicos de todas las empresas del grupo, ocultación de la real situación de tesorería) se evidencia que la causa invocada por la empresa no resulta creíble, por lo que debe declararse el procedimiento no ajustado a derecho.

2.- El motivo no ha de tener favorable acogida. Tal y como resulta de la sentencia impugnada la reducción de inversión pública en los presupuestos de la Junta de Andalucía para el año 2013, de la que depende la actividad de GEA 21 S.A., fue: del -27,34 % respecto del año 2011 y del -13,52 % respecto del año 2012.

Asimismo hay que señalar GEA 21 S.A. en el año 2010 constaba de 207 trabajadores y obtuvo unos beneficios de 1.428.799 €. Las pérdidas del año 2011 fueron de -11.858.035€ y las pérdidas del año 2012 fueron de -8.091.323€.

El subholding de construcción del grupo se articula a través de GEA 21, SA, cuya participación en el grupo supera el 80% del total de los ingresos del grupo.

En el ejercicio 2011 GEA 21 SA incurre en pérdidas de -11.858.035€.

En el ejercicio 2012 GEA 21 SA incurre en pérdidas de -8.091.323€.

La cifra de negocios consolidadas ha disminuido, progresivamente en los ejercicios 2009 a 2012, en un 78,89%.

La cifra de negocios de GEA 21 SA, en los mismos ejercicios, ha disminuido un 83,40%.



El presupuesto de inversiones de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2013 presenta una reducción del 27,34% respecto del presupuesto del año 2011 y una reducción del 13,52% respecto del de 2012.

Las inversiones reales presupuestadas por la Junta de Andalucía en el periodo 2007-2010 se han reducido en un 15,37%.

GEA 21, SA tiene retrasos en los ingresos de explotación al no emitirse las certificaciones correspondientes ya que la Administración no permite facturar las obras realizadas al no existir consignación presupuestaria.

De tales datos forzoso resulta concluir que concurren causas económicas en la empresa Gea 21 SA, encontrándose en una situación económica negativa, tal y como se describe en el artículo 51.1 del ET , por lo que la medida acordada de extinción de 44 contratos de trabajo resulta ajustada a derecho y, al haberlo entendido así la sentencia de instancia, procede la desestimación del recurso formulado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de LA COMISIÓN NEGOCIADORA, integrada por DOÑA Francisca Trinidad , DOÑA Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 5 de diciembre de 2013 , en el procedimiento número 12/2013, seguido a instancia de LA COMISIÓN NEGOCIADORA, integrada por DOÑA Francisca Trinidad , DOÑA Ana Guillerma y D. Remigio Nicolas contra GEA 21 SA, GRUPO GEA 21 SL, INVERSIONES GEMOVE SL, posteriormente ampliada frente a D. Virgilio Gaspar , representante de ERNST & YOUNG, administrador concursal de GEA 21 SA, GRUPO GEA 21 SL y FOGASA, sobre despido colectivo. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D. Luis Fernando de Castro Fernandez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luélmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.