



Roj: **STS 1921/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1921**

Id Cendoj: **28079149912016100013**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **272/2015**

Nº de Resolución: **257/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 356/2015,**
STS 1921/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por el COMITÉ DE EMPRESA DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA DEL CAMPO DE GIBRALTAR (GICOFA), representado y defendido por el Letrado Sr. Amarilla Avilés, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 23 de febrero de 2015, en autos nº 32/2014 y acumulados, seguidos a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA y las acumuladas por el COMITÉ DE EMPRESA DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA DEL CAMPO DE GIBRALTAR, EL SINDICATO PROVINCIAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO y JUEGO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, contra dicha entidad, sobre impugnación de despido colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrida la SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA DEL CAMPO DE GIBRALTAR, representada y defendida por la Letrada Sra. Prieto Panadero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA interpuso demanda de impugnación de despido colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la radical nulidad por defectos formales, o subsidiariamente, declare que la reducción de jornada es improcedente por injustificada, condenando a la inmediata reanudación de la jornada de trabajo en sus respectivos porcentajes de jornada, reponiendo así a los trabajadores a sus anteriores condiciones de trabajo y al pago de las cantidades dejadas de percibir o en su caso las diferencias respecto de las prestaciones por desempleo, imponiendo al empresario la obligación de reintegro del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de noviembre de 2014, se dictó auto en el que se acordaba acumular a los autos de despido colectivo nº 32/2014 los incoados con los números 34/2014 y 35/2014. Por Decreto de 11 de diciembre de 2014 se acordó admitir a trámite las demandas acumuladas, celebrándose el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 23 de febrero de 2015 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Con estimación parcial de la demanda interpuesta por D^a Inmaculada Ortega Gil en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA, y las acumuladas, presentadas por



D. Eliseo , en su calidad de Presidente del Comité de EMPRESA DE LA EMPLEADORA demandada, y por D. Higinio , en su calidad de Secretario de Organización del SINDICATO PROVINCIAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT-CÁDIZ, contra la COOPERATIVA FARMACÉUTICA DEL CAMPO DE GIBRALTAR (GICOFA), con la intervención del Ministerio Fiscal y del Administrador Concursal de la empleadora, declaramos la nulidad del despido del grupo de telefonistas, condenando a la demandada a su inmediata readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir hasta que esta se produzca, sin que se puedan deducir los correspondientes al plazo de preaviso, con devolución por estos de la cantidad que hubieran podido percibir en concepto de indemnización, declarando ajustado a derecho el despido del resto de los trabajadores".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- La Sociedad Cooperativa Farmacéutica del Campo de Gibraltar se constituyó el 13 de abril de 1967 siendo su objeto social la entrega de bienes o prestación de suministros y servicios y la realización de todo tipo de operaciones encaminadas al mejoramiento económico, técnico y social de las actividades profesionales o empresariales desarrolladas por su socios, desarrollando entre otras las actividades de adquisición y distribución entre ellos de especialidades farmacéuticas, productos químicos farmacéuticos, etc..., transporte, distribución y comercialización entre sus socios de los productos adquiridos..., y de desarrollo de cualquier actividad similar, complementaria o auxiliar desarrollada directa o indirectamente con la actividad profesional de sus socios, que básicamente son titulares públicos o privado de Oficinas de Farmacia (Estatutos GICOFA, f 308 y siguientes).

2º.- En marzo de 2014 la demandada comunicó la representación de los trabajadores su voluntad de iniciar un expediente de regulación de empleo que afectaría a un volumen elevado de empleados, comprendiendo alguna extinción de relaciones laborales, suspensiones de otras y reducciones de jornada. Se inició período de consultas el 13 de marzo de 2014, celebrándose una primera reunión el 20 de marzo de 2014 en el que la empresa propuso como medida alternativa al ERE inicialmente anunciado que la extinción afectara únicamente a diez trabajadores, con reducción salarial del 10% para el resto. El 26 de marzo de 2014 se llevó a cabo una nueva reunión dentro del periodo de consultas, en el que la empresa ofreció 28 días de salario por año de servicio como límite de 12 mensualidades para las extinciones que fueran acordadas. El 8 de abril de 2014 se celebró nueva reunión en la que ambas partes acuerdan que la empresa se comprometía a abonar una indemnización de 28 días con un máximo de 15 mensualidades a los trabajadores afectados, realizándose el pago en efectivo o mediante cheque conformado, con compromiso de recolocación cuando existiesen vacantes, por causa de vacaciones, periodos de incapacidad temporal o ampliación de plantilla. No obstante, el 15 de abril de 2014 la empresa comunicó al Comité de Empresa el desistimiento del expediente de regulación de empleo iniciado. El mismo día la empresa comunicó el inicio de otro nuevo expediente de regulación de empleo temporal de reducción de jornada durante 12 meses, por causas de carácter económicas, comunicando la apertura de un nuevo periodo de consultas. El 25 de abril de 2014 se levanta acta de la reunión celebrada en el seno del periodo de consultas en la que la empresa propone una reducción de jornada del 50 por ciento toda la plantilla, salvo cinco trabajadores. El 29 de abril de 2014 se celebró una nueva reunión en el que la empresa manifiesta que la reducción sería de entre 55 y el 75% de la jornada, salvo los trabajadores que se verían afectados por una reducción del 100%, sin consignar criterios de selección de los mismos. El 9 de mayo de 2014 se celebró una última reunión que acaba sin acuerdo, y el 14 de mayo de 2014 se comunica nuevo desistimiento de este segundo expediente. Inmediatamente la empresa insta otro nuevo expediente iniciándose el periodo de consultas el 23 de mayo de 2014, en el que anuncia que con fecha 21 de mayo de 2014 había presentado una solicitud de concurso de acreedores, y el 4 de junio de 2014 se celebra una reunión dentro del periodo de consultas que acaba sin acuerdo, manifestando la empresa que el 9 de junio de 2014 comenzaría la reducción temporal de jornada de los trabajadores afectados. En la memoria explicativa presentada junto a la solicitud del Expediente de Regulación Temporal de Empleo Suspensivo y de Reducción de Jornada (f. 384 y ss) se exponían los graves problemas financieros que impedían a la empresa comprar a Laboratorios y, por tanto, tener mercancía en stock para vender, por lo que se anunciaba que si había llegado un acuerdo con el Grupo Cofares por el que todos los pedidos que se le hacían por las farmacias se los serviría ese grupo cediéndole el margen comercial cobrándole una cantidad por su trabajo de "puesta", lo que permitiría la recuperación de la empresa aunque suponía una rebaja sustancial de actividad lo que imponía la obligación de reestructurar la mayoría de los departamentos. A continuación se relataba la evolución económica de los últimos años, desde 2011 a 2013, con consignación de los relativos a la cifra de negocios, que disminuyó paulatinamente desde los poco más de 83 millones de euros de 2011, a los casi 60 millones de euros en 2013, siendo el resultado de esos tres ejercicios negativos, (- 296.209,57 € en 2011, -460.372,03 € en 2012, y -79.151,84 € en 2013), poniéndose de manifiesto además la evolución negativa en el último semestre de 2013. A esa memoria se acompañaba el impuesto de sociedades y las auditorías de los años 2011 y 2012, así como el balance de situación y cuenta de explotación del año 2013.



3º.- El 22 de julio de 2014 el Consejo Rector de la Cooperativa demandada acordó por unanimidad el inicio de la tramitación de un procedimiento de despido colectivo (f. 384 y siguientes). Comunicada al Comité de empresa esta decisión, el 24 de julio de 2014 por este se anunció la composición de la Comisión representativa de los trabajadores de Algeciras y Puerto Real para iniciar el procedimiento del despido colectivo acordado. El 30 de julio de 2014 se comunicó al Comité de Empresa el inicio del periodo de consultas del despido colectivo por causas económicas y productivas (f. 424). El 31 de julio de 2014 tuvo entrada en la Administración Laboral de la Consejería de Empleo de Cádiz de la Junta de Andalucía escrito por el que la demandada comunicaba el inicio de la tramitación de un despido colectivo por causas económicas y organizativas para la extinción de 38 contratos de trabajo.

4º.- El 30 de julio de 2014 tuvo lugar en el centro de trabajo de Algeciras una reunión en la que, por una parte, estuvieron presentes la representación empresarial formada por D. Remigio , D. Jose Pedro , D. Alexis y D^a Emma , esta última por el despacho de abogados contratado para asesorar en el procedimiento de despido colectivo iniciado, y por parte de la representación de los trabajadores, D. Eliseo , D. Enrique , D. Horacio , D. Melchor y D. Segundo , asesorados por D. Luis Antonio (CCOO) y por D. Alfredo , D. Claudio , D. Florian y D^a Apolonia esta última como asesora (UGT-Cádiz). En esa reunión por la empresa se anuncia la intención de que se vieran afectados por el despido colectivo 43 trabajadores de los 75 que componían el total de la plantilla, comunicando la situación económica que había llevado a adoptar esa medida, así como la voluntad de negociar la constitución de una bolsa de trabajo para inscribir a los empleados despedidos con objeto de que fueran llamados en un futuro si mejorara su situación económica. Tras un breve debate, por la representación de los trabajadores se expuso la vigencia del ERTE promovido por la empresa por 12 meses, estando afectados 46 trabajadores, que dicho ERTE había sido impugnado por las centrales sindicales (CCOO y UGT) que tenían representación en el Comité de empresa, que había un procedimiento administrativo sancionador abierto contra la empresa, por lo que solicitaba la suspensión de dicha acción de despido colectivo. Por la empresa se expone que en el momento de que se hicieran efectivos los despidos se retiraría el ERTE. En dicha reunión coincidente con la comunicación del inicio del período de consultas, se procede a entregar a la representación social la Memoria Explicativa de las Causas Motivadoras del Despido Colectivo (f. 434 y ss), Informe Técnico (f465 y ss), las cuentas anuales del ejercicio de 2011, con el informe de auditoría (f 520 y siguientes), así como la cuentas anuales de 2012 y el informe de auditoría de las mismas (f. 560 y ss). También las cuentas anuales de 2013 y el informe de auditoría (f. 600 y ss). Damos esos documentos por reproducidos.

5º.- El 5 de agosto de 2014 se celebró nueva reunión, cuya acta figura a los folios 682 y siguientes, que damos por reproducidos, en la que se constituyó formalmente la Comisión Negociadora del despido colectivo iniciado, aprobándose el calendario de reuniones propuesto por la Cooperativa en el escrito de inicio del procedimiento de despido colectivo. En esa reunión se discutió por las partes la legitimidad de la Dirección de la Cooperativa (Consejo Rector), se solicitó por la representación legal de los trabajadores nuevamente la suspensión del procedimiento de despido colectivo hasta que se modificara la composición de la Junta Rectora o finalizara el procedimiento administrativo más arriba comentado, lo que se desestima por la representación empresarial. Discutieron también sobre los criterios de selección tenidos en cuenta, poniéndose por la representación legal de los trabajadores de manifiesto que en todos los departamentos salvo el de telefonistas se ha tenido en cuenta el criterio de la antigüedad, mientras que en este ha sido el de la edad, remitiéndose por la empresa lo explicado en la Memoria en la que se expone que en ese departamento se ha acudido al criterio de menor edad porque estos trabajadores son susceptible de adaptarse mejor a los cambios tecnológicos que podrían darse en el mismo. También se fija como objeto de discusión en el periodo de consultas los posibles cambios en el listado de los trabajadores afectados, la creación de una bolsa de trabajo en la que se incluyeran los trabajadores afectados por el despido colectivo, la mejora en el importe de las indemnizaciones, ante lo que la empresa manifiesta que la situación económica en la que se encuentra hace difícil esa medida, aunque también responde que analizaría la propuesta que pudiera hacer al respecto la representación legal de los trabajadores, y que haría todo lo posible para que fuera de posible aplicación, y por último la representación legal de los trabajadores manifestó que consideraba que la negociación del despido colectivo iba a quedar reducida en definitiva la creación de la Bolsa de Trabajo, ya que en los otros aspectos no quedaba margen de maniobra, manifestándose por la Cooperativa su desacuerdo con esa afirmación. Además, se habló sobre el reconocimiento por la empresa de la deuda que ésta mantenía con los trabajadores, y por la empleadora se informó sobre la situación de la Cooperativa y del pre- concurso de acreedores anunciado.

6º.- El 11 de agosto de 2014 se volvió a celebrar nueva reunión, cuya acta figura a los folios 689 y siguientes y damos por reproducida, en la que tras aprobar las actas anteriores y dialogar sobre determinados extremos, la representación de los trabajadores solicitó la información y documentación que consta en dicha acta, propuso a la Cooperativa que se abonara a los trabajadores despedidos una indemnización de 40 días de salario por año trabajado, con un tope de 18 mensualidades, que se analizara qué trabajadores pudieran prejubilarse y que se consultara ese extremo con los mismos. A eso manifestó la empresa que consultaría a los indicados



trabajadores, analizaría qué empleados pudieran pedir una incapacidad permanente, manifestando la empresa que también consultaría sobre ese extremo a los que hubieran tenido bajas de larga duración, y también solicitaron que se excluyera del listado de afectados a los empleados de almacén. Las partes acordaron analizar en qué condiciones podría crearse la bolsa de trabajo.

7º.- El 18 de agosto de 2014 tuvo lugar otra nueva reunión en el marco del periodo de consultas, en la que la Cooperativa entregó a la representación de los trabajadores el acuerdo de la Junta Rectora de 22 de julio de 2014 por el que se aprobó el inicio del procedimiento de despido colectivo, expuso los ahorros en costos obtenidos con la medida acordada con el Comité de empresa en 2012, y también los obtenidos con el cierre del almacén de Puerto Real, como único resultado de las gestiones realizadas con tres de los cuatro trabajadores que podían acceder a la jubilación, indicándole la conformidad de estos siempre que se complementara su prestación hasta 100 por ciento, coste que no podía asumir la Cooperativa. La representación de los trabajadores solicitó que se analizara por la Cooperativa la posibilidad de incluir en el despido colectivo a los trabajadores de 55 o más años, para los que aquella debería suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social, Posibilidad que se comprometió a estudiar la Cooperativa. A continuación, la representación de la Cooperativa expuso sus fuentes actuales de ingresos, que eran los procedentes de los stocks que pudieran venderse, mercancía caducada que pudiera devolverse, mercancía defectuosa para su devolución y las cantidades que pudieran ingresar por el sistema implantado de rebote de faltas, informando que la venta de todas esas mercancías haría posible liquidar la deuda que mantenía con los trabajadores. Se comprometió a entregar un documento de reconocimiento de deudas a los trabajadores antes del 29 de agosto de 2014. Respecto a la posibilidad planteada en la anterior reunión de que personas con bajas recurrentes de larga duración solicitaran una incapacidad permanente, se informó que no habían detectado ningún caso susceptible de ser declarado afecto de incapacidad permanente. Se instruyó a la representación legal de los trabajadores sobre la composición del Consejo Rector, también de que habían sido dados de alta de oficio en el R.G. por la Inspección de Trabajo tres trabajadores que hasta ese momento habían prestado servicios como autónomos, que se estudiaría su inclusión en el despido colectivo. También se expone la posibilidad de pactar una bolsa de trabajo con los trabajadores afectados por el despido colectivo para que fueran contratados en caso de necesidad futura de personal, aceptándose esa posibilidad por la representación legal de los trabajadores que propuso que el orden de llamamiento fuera de antigüedad en la Cooperativa, y que en caso de igualdad de antigüedad, se eligiera de más edad, criterio que aceptó la Cooperativa. Respecto a la propuesta de la representación de los trabajadores de que se pagara a los afectados 40 días por año de servicio con un tope de 18 mensualidades, la Cooperativa respondió que a lo sumo se podría llegar a una indemnización de 30 días por año de servicio. Por la Cooperativa se preguntó si había habido algún trabajador no incluido inicialmente la lista que hubiera manifestado su intención de ser incluido a cambio de que se sacara a otro, lo que se negó por la representación de los trabajadores.

8º.- El 26 de agosto de 2014 se celebró otra reunión en el marco del período de consultas del procedimiento de despido colectivo. Por la Cooperativa se expuso la posibilidad de que se alcanzara un acuerdo para que los socios se comprometieran a comprar a la Cooperativa un porcentaje significativo de su capacidad de compra y para que desembolsaran el capital pendiente, y para conseguir un acuerdo con las entidades financieras, o con posibles inversores. Caso de que no fuera así, se informó que la Cooperativa se vería abocada al concurso de acreedores. En cualquiera de los dos casos, manifestaron, sería necesario proceder al despido colectivo de un número importante de trabajadores para adecuar su plantilla a sus necesidades reales. La representación legal de los trabajadores manifiesta que estaba de acuerdo en ese punto, pero que consideraba necesaria la celebración de una Asamblea General en la que los socios se manifestaran sobre la posibilidad de comprar lo requerido por la Cooperativa, a lo que contestó esta que se había mantenido acercamiento con los socios, y con todos los proveedores, entidades financieras, etc. La representación legal de los trabajadores solicitó información complementaria sobre el porcentaje de ahorro total que significaría el despido colectivo sobre los costos de personal. A continuación, la Cooperativa expone su propuesta de acuerdo para el despido colectivo, que comprendería la de abonar una indemnización de 25 días de salario por año trabajado como límite de 12 mensualidades, que informa que se intentarían abonar por la venta de mercancía caducada, defectuosa o en stock, calculando que estaban pendiente de repasarse por lo distribuidores 49.000 euros, habiendo un stock de unos 400.000 euros, que tendrían que ser objeto de negociación con estos. Se comunica que se incluirían en el despido colectivo los tres trabajadores dados de alta de oficio, que hasta el momento del alta figuraban como trabajadores autónomos, se puso de manifiesto la imposibilidad de reducir el número de afectados ante la falta de ocupación efectiva de los trabajadores de la Cooperativa, concretó los términos en que se crearía la bolsa de trabajo, incluyéndose en ella todos los trabajadores afectados por el despido colectivo, realizándose las futuras contrataciones a que hubiera lugar entre ellos en función de las necesidades de la Cooperativa en cada departamento y del grupo profesional de cada empleado, decidiéndose la contrataciones por una Comisión Paritaria formada por cuatro personas, la antigüedad de la contratación sería la de la misma, sin posibilidad de reembolso del coste fiscal que se derivara de esta contratación sobre la indemnización



previamente percibida por el despido colectivo, aunque acepta la posibilidad de negociar este extremo para el caso de que el trabajador contratado fuera nuevamente despedido antes de dos años, aceptándose por la Cooperativa que lo relativo a la bolsa de trabajo tendría efectos de llegar a un acuerdo en el despido colectivo. No acepta la posibilidad de excluir a los trabajadores menores de 55 años a cambio de otros mayores de 55 años no incluidos, por no haber personal de la cualificación necesaria para sustituir a aquellos trabajadores. Finalmente, por la representación legal de los trabajadores se propuso una subida de la indemnización hasta 30 días de salario por año trabajado con el límite de 12 mensualidades, lo que asumió la empresa. A continuación, las partes discutieron la forma en que se debía dejar sin efecto el procedimiento de reducción de jornada en curso, planteándose la posibilidad de que la Cooperativa lo dejara sin efecto desde su inicio, o bien la de acordar con el Comité de Empresa que se realizara en un determinado momento sin que tuviera efecto retroactivo. La Cooperativa manifestó que esta segunda opción la aceptaba siempre que el Comité se desistiese del procedimiento de impugnación presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. No consta acuerdo al respecto. Además, por la representación legal de los trabajadores se pidió que se disminuyera el número de trabajadores afectados por el despido del Departamento Industrial, ante lo que la empresa manifestó su imposibilidad puesto que implantado el sistema de "rebote de faltas" como medio para realizar una relanzar la actividad de la Cooperativa, no hacían falta más de cinco trabajadores en ese Departamento. Finalmente, la representación legal de los trabajadores propuso que se elevara el límite de la indemnización a 18 mensualidades, aceptando el módulo de 30 días de salario por año de servicio. La representación legal de los trabajadores manifiesta que realizaría una asamblea para solicitar la aprobación de estos a los términos del acuerdo.

9º.- El 2 de septiembre de 2014 se volvieron a reunir los negociadores para finalizar el período de consultas del procedimiento de despido colectivo. La empresa se había puesto en contacto con el Presidente del Comité de Empresa para hacerle un ofrecimiento final de que la indemnización podría alcanzar los 30 días de salario por año de servicio con un límite de 15 mensualidades, propuesta que se sometió a asamblea de trabajadores, que votaron en contra, por lo que el período de consultas finalizó sin acuerdo. La empresa informa sobre las cuestiones acerca de la que había sido requerida en la reunión anterior, manifestándose además por la representación legal de los trabajadores que no se iban a desistir del procedimiento de impugnación de reducción de jornada que se hallaba actualmente en vigor.

10º.- El 5 de septiembre de 2014 se reunió el Consejo Rector de la Sociedad Cooperativa Andaluza Farmacéutica del Campo de Gibraltar, cuya acta consta a los folios 718 y siguientes, acordándose por unanimidad la extinción del contrato de trabajo de los empleados relacionados en la Memoria Explicativa y la comunicación del inicio del procedimiento de Despido Colectivo a la Autoridad Laboral, con la única modificación de incluir a los tres trabajadores que habían sido dados de alta a propuesta de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social con posterioridad al inicio del procedimiento de despido colectivo, reducir en una el número extinciones inicialmente planteada, excluyendo al Jefe de Almacén del Departamento Industrial por las funciones esenciales que desarrollaba dentro del mismo, excluir a otro trabajador que causó jubilación durante la tramitación del procedimiento, quedando por tanto conformada la lista por 44 trabajadores. Se acuerda asimismo que se reconociera en favor de cada trabajador afectado una indemnización de 20 días de salario por año trabajado como límite de 12 mensualidades, dar por finalizado con fecha 11 de septiembre de 2014 el procedimiento de suspensión temporal de empleo reducción de jornada número 107/14 iniciado el 27 de mayo de 2014 y que se aplicaba desde el 9 de junio de 2014 para pasar a tramitar el despido colectivo y se acuerda, así mismo, la creación de la bolsa de trabajo en los términos pactados con los representantes de los trabajadores en el período de consultas.

11º.- El 12 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Servicio de Administración Laboral de la Consejería de Empleo de Cádiz de la Junta de Andalucía escrito de la Cooperativa demandada (f. 723 y siguientes), por el que se comunicaba a la autoridad laboral la finalización sin acuerdo del período de consultas en el despido colectivo tramitado, así como el acuerdo adoptado al respecto por el Consejo Rector, acompañando la misma la relación nominal de los trabajadores afectados por el despido, con indicación de su número de afiliación a la seguridad social, grupo profesional y antigüedad en la empresa. La misma comunicación se entregó ese día al Comité de empresa, constando fotocopia de ella a los folios 735 y siguientes, y copia en carpeta unida al folio 741 en el que consta la firma de cuatro miembros del Comité de empresa, aunque posteriormente fue roto ese original. Esa misma copia, que aparece rubricada por cinco representantes de los trabajadores, figura aportada a los folios 14 y siguientes de los autos con la demanda interpuesta por CCOO. El 12 de septiembre de 2014 tuvo entrada copia de la misma comunicación en el Servicio Público de Empleo Estatal de Cádiz. También consta comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social.

12º.- El 12 de septiembre impuso la Cooperativa demandada sendos burofax a cada uno de los trabajadores despedidos en los que les notificaba individualmente el despido del que habían sido objeto por causas económicas y productivas.



Entre las causas económicas se recogía como la Cooperativa presentaba una pérdida importante desde hace más de tres años, con crecimiento exponencial de las mismas, de manera que se ha pasado a un beneficio de 9438,60 euros en el año 2010, a una pérdida de 296 209,57 euros en 2011, 460.372,03 euros en 2012, y 1.105.474,28 euros en 2013, presentando además al cierre provisional a 31 de mayo de 2014 una pérdida de 1.764.723,28 euros. Igualmente se destacaba la constante disminución del importe neto de la cifra de negocios, hasta el punto de que en 2013 se había experimentado una disminución de casi el 22 por ciento en relación con el importe neto de la cifra de negocio del ejercicio 2010, en concreto, en este ejercicio la cifra de negocio alcanzó los 88.257.484,30 euros, en 2011, 83.329.135,96 euros, en 2012 79.175.469,45 euros, y en 2013, 68.963.312,29 euros. Al cierre provisional al 31 de mayo de 2014 la cifra de negocio arrojaba un saldo neto de 9.097.052,33 euros. También se ponía de manifiesto la falta de capacidad económica y de financiación de la Cooperativa para comprar mercancía directamente al laboratorio distribuidores, motivada por el recrudescimiento de los plazos de pago impuestos por los mismos y la imposibilidad de acudir a la financiación externa, lo que le imposibilitaba atender pedidos realizados con sus socios farmacéuticos. Para intentar solucionar ese problema la Cooperativa adoptó a partir de marzo de 2014 un sistema de "rebote de faltas", que consistía en desviar a otros distribuidores del sector las compras que los socios realizaban que no podían atender por falta de stock, obteniendo la Cooperativa un margen de esas ventas aunque sensiblemente inferior al que obtenía en las ventas directas. No obstante, y por no alcanzar el nivel de ventas esperada, la Cooperativa ha facturado por este sistema en el primer semestre de 2014 sólo 859.743,01 euros frente a los 2.500.000 euros presupuestados. Igualmente se ha producido una disminución persistente de los ingresos ordinarios, que en el primer trimestre del ejercicio 2012-2013 ascendieron a 19.587.261,89 euros frente a los 14.814.067,36 euros obtenidos en el mismo trimestre del ejercicio 2013- 2014, en el segundo trimestre de cada uno de esos periodos los ingresos ascendieron a 18.288.160,45 euros frente a los 7.689.690,03 euros, y 20.489.024,18 euros frente a 1.429.897,52 euros respectivamente, en el tercer trimestre. Además se destaca la reducción de los gastos de personal en una proporción muy inferior a la disminución de los ingresos, y así los primeros han disminuido desde el año 2010 al 2013 en el 4,39%, mientras que los ingresos han disminuido un 21,36%. Por otro lado los gastos financieros han experimentado un incremento de casi el 56% en ese periodo, pasando de 1.123.960, 91 euros en 2010 a 1.753.322,69 euros en 2013. Igualmente ha venido aumentando de forma notoria la partida de "otros gastos de explotación, que han pasado desde los 1.844.840,47 € en 2010, a 3.195.363,59 € en 2013. Mientras, el Fondo de Maniobra de la Cooperativa había pasado desde una cantidad positiva de 2.289.127,64 euros en 2010, hasta una cantidad negativa en 2013 de 7.251.024,36 euros. Igualmente ha disminuido el Patrimonio Neto de la entidad, que ha pasado desde los 9.337.182,32 € computados en el año 2010, a 1.086.283,23 € en 2014, debido a un cambio de criterio contable por considerar crédito incobrable una parte considerable de la cantidad algo superior a los 6.000.000 de euros contabilizados como correspondientes al sistema de doble precio.

También se hacía alusión a que el 21 de mayo de 2014 se comunicó al Juzgado de lo Mercantil de Cádiz su situación de precurso de acreedores, iniciándose conversaciones y negociaciones con sus acreedores con la intención de revertir la situación de insolvencia en la que se encontraba la empresa, bien mediante la materialización del acuerdo de refinanciación o bien mediante la obtención de las decisiones necesarias para la presentación de una propuesta anticipada de convenio evitando el procedimiento concursal.

Entre las causas productivas se citaban las numerosas reformas legislativas que afectan al mercado farmacéutico español en términos de reducción del gasto público farmacéutico, lo que ha supuesto una reiterada caída de los márgenes comerciales, la difícil situación de las oficinas de farmacias, concretadas en un exceso de oferta, la disminución del gasto farmacéutico por el sistema nacional de salud, disminución del precio de los medicamentos, aumento de la morosidad de las administraciones públicas e implantación de la subasta de medicamentos por la junta Andalucía, la situación de los laboratorios, al imponerle el sistema la continua reducción de los precios de los medicamentos, reduciendo el periodo de pago que ofrecían a las cooperativas, en el caso de la demandada había llegado incluso a que les exigieran el pago al contado, lo que ha motivado la imposibilidad de financiación interna de la Cooperativa y serias dificultades en obtener financiación externa. También se hacía alusión a la situación de los distribuidores farmacéuticos, lo que ha llevado a la desaparición de alguno de ellos, con pérdida de financiación a través de los mismos y pérdida del poder de negociación por disminución del volumen de operaciones al operar en el sector a título individual. Igualmente, se alegaba la falta de ocupación efectiva de los trabajadores de la Cooperativa, contratada por la Inspección Provincial de Trabajo. Finalmente analiza los criterios de selección de los trabajadores despedidos por cada uno de los departamentos, con remisión a la Memoria Explicativa entregada al Comité de Empresa. En cada carta se cuantificaba el importe de la indemnización que correspondía por la extinción del contrato de trabajo a cada uno de los trabajadores, poniéndose de manifiesto que no podía poner a su disposición esa indemnización por inexistencia de saldo bancario suficiente para abonarlas.



Damos por reproducidas cada una de esas cartas que figuran unidas como documento número 13 en el tomo II de la documental aportada por la empresa demandada.

13º.- El mismo día se dio traslado de copia de esas cartas de despido al Presidente del Comité de Empresa (f. 271).

14º.- La empresa había puesto en conocimiento del Juzgado de Lo Mercantil Número Uno de Cádiz por escrito presentado en el Decanato del Juzgado de Cádiz el 21 de Mayo de 2014 que había comenzado las negociaciones a fin de lograr un acuerdo de refinanciación o, en su caso, para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, y por Decreto dictado por este juzgado el 2 de junio de 2014 se tuvo por efectuada esa comunicación a los efectos de lo dispuesto en el artículo cinco bis de la ley concursal, haciéndole saber que si transcurrido el plazo de tres meses de efectuada la comunicación persistiera la situación habría de solicitar su declaración de concurso voluntario, con las demás las advertencias legales. No se alcanzó acuerdo alguno con los acreedores en ese plazo, continuando la situación de insolvencia por lo que se acabó solicitando por la Cooperativa demandada concurso voluntario, que fue declarado por Auto del Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Cádiz de 29 de septiembre de 2014 (F. 277 Y SS.).

15º.- Constan a los folios 288 y siguientes distintos extractos bancarios (que damos por reproducidos) de cuentas que aparecen como de titularidad de la demandada. Así, en Bancofar aparece a 22 de septiembre de 2014 un saldo de 1702,88 euros, en el banco de Santander a 29 de septiembre de 2014 un saldo negativo de 9042,86 euros en Bankinter un último movimiento a 18 de agosto de 2014 tras el que se arrojaba un saldo negativo de 310.914,27 euros, y en el banco popular a 15 de septiembre de 2014 un saldo negativo de 561.249,16 euros. Al folio 293 figura el saldo negativo de una cuenta por 1.153.061,33 €, con número NUM000, sin que conste la entidad. También consta otra cuenta en el banco de Santander con un saldo positivo el 9 de octubre de 2014 de 1034,09 euros, otra en la entidad Unicaja con un saldo a finales de septiembre de 1015,69 euros, y finalmente otra cuenta identificada con el número NUM001, con un saldo negativo de 195.315,74 euros.

16º.- Damos por íntegramente reproducidos los estatutos de la Sociedad Cooperativa Andaluza Farmacéutica del Campo de Gibraltar, que Figuran a los folios 309 y siguientes. En concreto y especialmente el artículo 23, relativo a las competencias de la Asamblea General de Socios, así como los artículos 32, relativo a la naturaleza y competencias del Consejo Rector, el artículo 37, que enumera las competencias del Consejo Rector.

17º.- El 25 de julio de 2014 se había emitido Acta de Infracción por la Inspección Provincial de Trabajo de Cádiz, por falta de ocupación efectiva en el centro de trabajo de Puerto Real por la que se impuso a la empresa una sanción de 6000 euros (f. 353 y ss). El 15 de julio de 2014 firmaron la empresa y los representantes de los trabajadores un acuerdo por el que se permitía que determinados trabajadores no asistieran a su puesto de trabajo, considerándose dicha hora de ausencia como vacaciones retribuidas (f 363, que damos por reproducido).

18º.- El 5 de septiembre de 2014 se emitió informe de carácter preceptivo por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz (f 361).

19º.- Consta la presentación de demandas de resolución de sus contratos de trabajo por un grupo de trabajadores, sin que se hayan celebrado a la fecha los juicios correspondientes.

20º.- En la empresa demandada se realizaban determinados cobros a farmacias sin facturar, sin que se pueda determinar, ni por aproximación, el nivel de ingresos no registrados en la contabilidad oficial que tenía la empresa en cada ejercicio. Pero si consta que con ellos se procedía a pagar a los trabajadores determinadas cantidades fuera de nómina, al menos hasta mayo de 2014. En concreto, las correspondientes al 75% de las que se abonaban por horas extraordinarias y por guardias, de manera que en las nóminas correspondientes sólo figuraba el 25% de su importe. También se efectuaban con ese dinero algunos pagos a proveedores.

21º.- Las cuentas provisionales presentadas al inicio del período de consultas del procedimiento de suspensión temporal de contratos y reducción de jornada presentaban unas pérdidas de 79.151,84 euros y un patrimonio neto de 8.264.377,52 euros. Posteriormente, se decidió cambiar el criterio respecto a las provisiones de las partidas que figuraban en el activo por presuntas deudas de los socios, devoluciones de medicamentos, y devoluciones por "doble precio". Por el cambio de ese criterio figuraban en las cuentas provisionales una pérdidas de 1.105.474,28 euros, y un patrimonio neto de 1.086.283,23 €. A la fecha no se ha encontrado soporte documental alguno sobre la existencia de aquella deuda de los socios, sobre la devolución de medicamentos a los proveedores, ni sobre la reclamación por doble precio a los respectivos laboratorios. Éste sistema de doble precio consistía, en síntesis, en que los laboratorios suministraban a la empresa las medicinas a un determinado precio, y posteriormente, cuando se acreditaba por esta que se habían vendido en España, por



aquel laboratorio se procedía a la devolución de una parte de lo inicialmente facturado. Con esto se pretendía evitar que la medicinas vendidas a la Cooperativa pudieran ser destinadas a la exportación.

22º.- Constan a los folios 520 y siguientes de los autos cuentas anuales de la Sociedad Cooperativa correspondiente al ejercicio 2011, debidamente auditadas, sin que conste tacha alguna en la auditoría. Las damos por reproducidas. A los folios 560 y siguientes constan las cuentas anuales de 2012, con el informe de auditoría correspondiente. En ese informe se hizo constar que "como resultado de los procedimientos de auditoría que hemos aplicado para verificar la existencia de saldos de proveedores por abono de dobles precios y los saldos de proveedores por otros abonos pendientes, se han puesto de manifiesto discrepancias que no han sido aclaradas satisfactoriamente. Las circunstancias descritas evidencian, a nuestro entender, una falta de control y seguimiento sobre dichos saldos, por lo que no hemos podido alcanzar evidencias suficientes sobre la razonabilidad de los saldos de proveedores por abono de dobles precios, con un saldo 31 de diciembre de 2012 de 10.492.783,54 euros y de proveedores por otros abonos pendientes con saldo 31 de diciembre de 2012 de 5.695.766,69 euros y la coherencia de dichos saldos con los consumos del ejercicio". Las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2013 figuran a los folios 600 y siguientes, insistiéndose en el informe de auditoría de la existencia del saldo deudor bajo el epígrafe de deudores que no habían podido ser verificados mediante la confirmación de terceros y debido a su antigüedad, así como en el de proveedores por dobles precios, con un desequilibrio ya presente en el fondo de maniobra de 7.251.024,36 euros, advirtiendo que los fondos propios, que ascendían a 1.086.283,23 € pudieran presentar saldo negativo, concluyendo que no podían presentar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2013. Esas cuentas están pendientes de reformulación. Damos por reproducidas cada una de esas auditorías y cuentas anuales.

23º.- Tras emitirse el Informe de Auditoría correspondiente al ejercicio de 2012, los laboratorios acortaron los plazos de pago de los suministros, hasta exigir que los abonos se hicieran por anticipado. Por las farmacias se empezaron a devolver letras, produciéndose impagos. Se entablaron negociaciones con otras Cooperativas, que no prosperaron, y se instauró, para buscar ingresos, un sistema de "rebote de faltas", de manera que la sociedad COFARES suministraba el producto directamente a las farmacéuticas cediendo a Gicofar el 100% del margen. Los farmacéuticos socios de esta última dieron la espalda al sistema.

24º.- La medida de extinción colectiva afectó a cinco telefonistas de los ocho que venían prestando servicios en dicho departamento, y respecto a los mismos se indicaba que la Cooperativa había decidido conservar a los empleados del centro de trabajo de Algeciras más jóvenes, por ser susceptibles de adaptarse mejor a los cambios tecnológicos que en dicho departamento se dieran, conservando además a la telefonista del centro de trabajo de Puerto Real por ser la única que prestaba servicios en ese el centro de trabajo."

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del COMITÉ DE EMPRESA DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA DEL CAMPO DE GIBRALTAR (GICOFA). Su Letrado, Sr. Amarilla Avilés, en escrito de fecha 22 de mayo de 2015, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 4 RD 1483/12, art. 52.c) ET en relación con el art. 51.1, 51.2 ET y 53.4 ET, y 122 LRJS, en relación con el art. 7.1 y 2 CC.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los antecedentes.

1. El supuesto debatido.

La Sociedad Cooperativa Farmacéutica del Campo de Gibraltar (GICOFA) ha arrastrado una severa crisis económica y organizativa en los últimos años que ha quedado claramente reflejada en el relato de hechos probados (HHPP) elaborado por la sentencia de instancia. Un resumen mínimo de todo ello es el siguiente:

- En marzo de 2014 se pone en marcha un procedimiento de despido colectivo y de suspensión temporal de empleo (ERTE) del que desiste la Cooperativa el 15 de abril.
- El mismo 15 de abril se activa un ERTE por causas económicas y duración de 12 meses, del que también desiste la empleadora el día 14 de mayo.
- El 23 de mayo se inicia el procedimiento de otro ERTE para un periodo de 12 meses.



d) El 23 de julio la empresa inicia el DC aquí examinado, tendente a despedir a 44 de los 75 empleados; tras intensas negociaciones en el seno de la correspondiente Comisión, la representación legal de los trabajadores sometió a votación de la asamblea la última propuesta, que fue rechazada, por lo que el procedimiento finalizó sin acuerdo. El 12 de septiembre la empresa comunicó su decisión y los despidos individuales.

e) El 29 de septiembre, mediante Auto el Juzgado de lo Mercantil, la entidad entra en concurso.

2. Las demandas interpuestas.

Fueron tres los sujetos colectivos que presentaron demanda frente al referido despido colectivo:

La Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía (2 octubre).

El Comité de Empresa de la empleadora demandada (9 octubre).

El Sindicato Provincial de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de UGT-Cádiz (10 octubre).

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (sede de Sevilla) acumuló las demandas. Tanto en ellas cuanto en el acto del juicio se cuestionaba el despido colectivo desde las siguientes perspectivas: a) que no concurría la causa legal indicada en la comunicación escrita; b) que se adoptó vigente un ERTE previamente acordado; c) que el Consejo Rector no estaba legitimado para adoptar esa decisión; d) que no se había entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET ; e) que la decisión se había adoptado con fraude, abuso de derecho; f) que no se respetó el deber de buena fe negocial; g) que la decisión extintiva se efectuó vulnerando el derecho a la no discriminación por razón de edad.

3. La sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 531/2015, de 23 de febrero, la Sala de Sevilla aborda los motivos de impugnación a que se ha hecho referencia, exponiendo los argumentos por los que debían desestimarse todos salvo el atinente al criterio de selección para despedir a las telefonistas.

En consecuencia, declara la nulidad del despido del grupo de telefonistas, condenando a la demandada a su inmediata readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir hasta que esta se produzca, sin que se puedan deducir los correspondientes al plazo de preaviso, con devolución por estos de la cantidad que hubieran podido percibir en concepto de indemnización, declarando ajustado a Derecho el despido del resto de los trabajadores.

4. El recurso de casación.

El Letrado Don César Amarilla Avilés, en nombre y representación del Comité de Empresa de GICOFA, con fecha 22 de mayo de 2015, formaliza recurso de casación basado en dos motivos.

En el primero de ellos, y al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción de diversos preceptos: a) El art. 4 RD 1483/2012 sobre la documentación que se ha de presentar en un despido colectivo. b) El art. 52 c) ET en relación con el 51.1 y 53.4 ET en cuanto a la existencia de causa económica. c) El art. 51.2 y 122 LRJS por inexistencia de buena fe. d) El art. 53 y 122 LRJS en relación con el art. 7.1 y 2 C.Civil por abuso de derecho.

En el segundo de los motivos, al amparo del art. 207 c) LRJS se denuncia el quebrantamiento de las garantías procesales con indefensión por entender la sentencia que la carga de probar la existencia de la contabilidad "b" correspondía a los demandantes, produciéndose la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

En esencia, se trata de determinar si el hecho de que existieran determinados ingresos y gastos no incluidos en la contabilidad oficial comporta la nulidad o improcedencia del despido colectivo. El recurso ataca la sentencia, que considera acreditadas las irregularidades pero da por probada la concurrencia de la causa económica.

5. La impugnación al recurso y el Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 17 de junio de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de impugnación al recurso presentado por la Abogada de la Sociedad Cooperativa, oponiéndose a la argumentación del recurso.

Finalmente, el 7 de enero de 2016, el Ministerio Fiscal emitió el Informe contemplado en el artículo 214 LRJS, considerando que ni el escrito de formalización del recurso cumplía las exigencias legales ni sus motivos podían prosperar.

SEGUNDO.- Exigencias del escrito de formalización del recurso de casación.

La breve descripción que se ha hecho respecto del escrito de interposición del recurso que se examina y el Informe de la Fiscalía ponen de relieve la necesidad de examinar si los recurrentes han cumplido con las exigencias que el legislador ha establecido respecto del recurso contemplado en el artículo 205.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), cosa que en todo caso habríamos de hacer por mandato legal.



1. La tutela judicial y los requisitos formales para interponer el recurso.

Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho.

Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación.

A) Proyección antiformalista de la tutela judicial.

Una vez reconocida legalmente la procedencia de un recurso, el acceso al mismo (en los términos y con los requisitos establecidos) se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de que se aprecie su desconocimiento o violación cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso. Entre otras muchísimas, pueden verse en tal sentido las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998.

No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y «en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado» (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre).

B) Necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos.

La concurrencia de los presupuestos y el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para la admisibilidad de los recursos es fiscalizable con parámetros de constitucionalidad, salvo que la decisión judicial incurra en arbitrariedad o descansa en error patente (SSTC 58/1995, 209/1996 y 127/1997).

El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000).

C) Las exigencias formales en la casación.

El carácter extraordinario del recurso de casación aparece explicitado, sin dejar lugar a ningún género de dudas, cuando se dispone que la Sala de lo Social del TS conocerá «en los supuestos y por los motivos» establecidos en la Ley (art. 205.1 LRSJ); las «resoluciones» recurribles aparecen descritas en el artículo 206 LRJS y los «motivos» en el artículo 207 LRJS. Su interposición, en consecuencia, no podría realizarse con fundamento en meros -aunque fueren legítimos- intereses del recurrente, en función de su discrepancia con el criterio acogido por el Tribunal *a quo*, sino que forzosamente ha de tomar su apoyo en las razones (los llamados «motivos del recurso») permitidas al efecto.

La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional: en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985).

2. Alcance del artículo 210 LRJS.

Con el referido norte interpretativo (hay que respetar las exigencias formales, pero su cumplimiento no puede exigirse de modo exagerado) interesa recordar que el actual art. 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias:

- 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación.
- 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad.



- 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207.
- 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo.
- 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas.
- 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas.
- 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.
- 8) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna.

3. Doctrina de la Sala sobre las exigencias del escrito de interposición del recurso.

De manera uniforme viene llamándose la atención sobre la necesidad de que el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable.

Así, por ejemplo, en la **STS de 15 junio 2004 (rec. 103/2004)** se desestima el recurso, que en su día pudo haberse inadmitido, al entender que se produce un incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos establecidos para recurrir puesto que el escrito ni señala cuáles son los motivos por los que encauza el recurso, ni cita de manera clara y concreta qué preceptos considera infringidos, ni menos aún razona por qué y en qué sentido lo han sido. Con cita de numerosos antecedentes, se argumenta la necesidad de que se cumpla con las exigencias legales:

"Y es que, si así no hubiera de hacerse, se produciría un doble resultado pernicioso para los principios que deben regir el proceso y para la finalidad que éste está llamado a cumplir. Por un lado, se estaría pretendiendo que fuera el propio Tribunal quien tuviera que construir y fundamentar el recurso, con la consiguiente pérdida de la obligada neutralidad de aquél: la construcción y argumentación del recurso únicamente a la parte recurrente incumbe; y por otro, la decisión del recurso que hubiera de adoptar el órgano jurisdiccional en estas condiciones, necesariamente habría causado indefensión a la parte recurrida, porque le habría impedido conocer con la debida claridad y precisión el sentido y alcance de la tesis de su contrincante, de suerte que no hubiera podido rebatirla con la necesaria seguridad y eficacia".

En la **STS de 24 noviembre 2009 (23/2009)** hay nuevamente una detallada exposición sobre la necesidad de establecer y justificar la causa de impugnación de la sentencia recurrida. Esta exigencia no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideren aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.

En la **STS 4 noviembre 2010 (rec. 65/2010)** se invocan diversos precedentes, insistiendo en la idea de que "para cumplir con el requisito de la fundamentación de la infracción legal es necesario no sólo citar los preceptos que se consideren infringidos, sino también razonar la pertinencia y fundamentos de la infracción en forma suficiente".

Respecto de los requisitos para que proceda una revisión fáctica por vía de casación, antes y después de la LRJS, la doctrina de esta Sala viene exigiendo los mismos requisitos, compendiados, por ejemplo, en la **STS de 13 febrero 2013 (rec. 170/2011)**:

"Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. 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".

Por su lado, la **STS de 19 marzo 2013 (rec. 73/2012)** explica que la doctrina sentada bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral mantiene plenamente su vigencia; de este modo, se marca la continuidad respecto del modo de fundar la infracción legal o de instar la revisión fáctica.

Del mismo modo, la **STS 26 junio 2013 (rec. 165/2011)** invoca numerosos precedentes para reiterar la necesidad de cumplir las exigencias legales, al margen de la mayor o menor extensión formal que el escrito presente:



"No se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia".

La **STS de 9 diciembre 2013 (rec. 31/2013)** desestima un recurso de casación, también en pleito sobre despido colectivo, porque se instaba revisión fáctica sin concretar los documentos en que se basa ni proponer supresión ni texto alternativo; además, se dirigía contra las menciones jurídicas contenidas en los fundamentos jurídicos y tampoco se señalaba el precepto legal infringido ni el contenido de la infracción o vulneración cometidas.

La **STS 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014)** censura el escrito presentado para cumplir con las exigencias del recurso de casación en un caso de despido colectivo: "el recurso carece de cualesquiera motivos separados"; "solo existe un texto único" que analiza separadamente las distintas partes de la sentencia (antecedentes de hecho, hechos probados, fundamentos de derecho, valoración de las pruebas de interrogatorio de partes y testifical "y otras cuestiones cuya presencia en un recurso de casación se nos escapa por completo").

Finalmente, sin ánimo exhaustivo alguno, la **STS 46/2016 de 26 enero (rec. 144/2015)**, respecto de otro supuesto de despido colectivo, resume toda esta jurisprudencia y la aplica al caso.

TERCERO.- Examen del escrito interesando la casación de la sentencia recurrida.

1. Consideraciones generales sobre la técnica seguida.

A) La casación instada por el comité de empresa da por buena la crónica judicial de la Sentencia dictada en instancia, sin cuestionarla por la vía prevista al efecto. Sin embargo, como se expondrá luego, en diversos pasajes realiza razonamientos a partir de hechos diversos a los acreditados judicialmente, pide que atendamos al contenido de diversos testimonios o rechaza lo que para esta Sala es un forzoso punto de partida.

B) Debe recordarse, en esa misma línea de consideraciones generales, que ha sido la Sala de lo Social del TSJ la que ha conocido en instancia del acto del juicio oral y, en consecuencia, quien de forma inmediata ha procedido a la admisión y valoración de las pruebas presentadas. Se trata de un recordatorio pertinente, porque en el seno de un recurso extraordinario no cabe que el Tribunal *ad quem* se erija en definidor de lo realmente acaecido cuando quien recurre no ha activado el mecanismo de la revisión fáctica, cual sucede en este caso.

C) La doctrina constitucional tiene señalado que por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/85, de 15 de febrero) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. Ahora bien, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (STC 24/1990, de 15 de febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano Judicial.

D) El recurso examinado no ha redactado con el necesario rigor y claridad las causas de impugnación de la sentencia; no ha razonado la pertinencia y fundamentación de cada motivo; tampoco aparece explicitado y argumentado el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas; en ocasiones omite la mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas; olvida con frecuencia que está cuestionando el tenor de una sentencia y se dirige directamente hacia la conducta empresarial, muchas veces valorada o descrita en términos incompatibles con los hechos declarados probados.

Cuando critica de modo pormenorizado lo manifestado en alguno de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia olvida que el recurso se debe instrumentar frente al fallo y que no estamos ante una apelación en la que quepa manifestar la discrepancia con el contenido de la resolución combatida.

En numerosos pasajes se apoya en el tenor de diversos testimonios a afirmaciones de conocimiento propio; además de que no ha intentado la revisión de hechos ajustándose a los cauces y exigencias legales, hay que recordar que el recurso de casación está sujeto a los límites expresamente fijados por la LRJS, sin que pueda aceptarse su establecimiento sobre la base de la prueba testifical o la valoración que de la misma se lleve a cabo. Se invoca la doctrina de sentencias dictadas por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, pero sin reparar en la heterogeneidad de los supuestos afrontados por ellas y por la presente.

El recurso debe ser desestimado porque incumple diversos requisitos que esta Sala viene exigiendo para que resulte viable cualquier rectificación fáctica o pueda apreciarse alguna vulneración de normas del



ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia. En concreto: no se expresan por separado cada uno de los motivos de casación; no se han redactado con el necesario rigor y claridad las causas de impugnación de la sentencia; como consecuencia, no se ha seguido el orden expositivo de los motivos del artículo 207 LRJS ; no se ha razonado la pertinencia y fundamentación de cada motivo; tampoco aparece explicitado y argumentado el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas; la rectificación de hechos no se interesa e modo preciso a partir de uno o varios documentos en que se fundamente, pero aparece constantemente asumida.

2. Consideración especial sobre la indirecta revisión de hechos.

A) "Con carácter previo" al desarrollo de las infracciones normativas denunciadas, el recurso examina los HHPP de la sentencia recurrida, subrayando determinados pasajes de ellos (HHPP 20º y 21º) o de la Fundamentación Jurídica donde se recoge lo alegado por los demandantes.

El recurso renuncia a instar la revisión de hechos probados porque ni la considera necesaria, ni resulta posible invocar prueba testifical. Lo que lleva a cabo es una reiteración de sus alegatos ("esta parte alegó...", "se decía...", "se indicaba..."), construyendo de manera paulatina la base a partir de la cual edificar los razonamientos sobre vulneración de diversos preceptos. Su clave radica en reprochar a la sentencia una incorrecta valoración de lo acaecido, como se aprecia examinando su propio planteamiento:

"En esencia el objeto de debate de cara al presente Recurso, radica en ofrecer una solución jurídica más ajustada a derecho en el caso de que se constate una contabilidad en la que las partidas han de ser modificadas por falta de evidencia de su realidad, y por la existencia de una contabilidad paralela y de un dinero "b" que no es puesto de manifiesto por la empresa al inicio del periodo de consultas, ni durante el periodo negociador, y si la cuantía de ese dinero "b" sería o no relevante, a lo que se uniría otra cuestión sobre garantías procesales en cuanto a la actividad de la carga probatoria"

B) Está condenada al fracaso esa forma de reelaborar el relato de lo acaecido pues se separa por completo de los requerimientos normativos. El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios". En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

C) El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones . La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].



5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. 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.

D) Separándose por completo de tales exigencias, el recurso se extiende en el modo en que debiera haberse valorado el material probatorio. El recurso dedica extensos, y bien contruidos, pasajes a desarrollar su tesis central: puesto que ha habido anomalías contables, es imposible examinar si concurre una situación económica realmente negativa. Puesto que, por principio, no se podría acreditar la existencia de causa, el despido ha de considerarse no ajustado a Derecho.

Pero la sentencia posee una arquitectura sólida sobre la concurrencia de la causa de despido y explica con claridad cómo las anomalías contables no comportan en ningún caso su cuestionamiento, sino la concurrencia de comportamientos ilícitos y sancionables. Su FJ Octavo desmenuza las razones por las cuales "a pesar de las irregularidades constatadas, considera acreditada la existencia de las causas económicas":

Las ventas no contabilizadas "no parece que fueran relevantes" en relación con la cifra global de negocio.

Con los cobros sin facturación se abonaba el 75% del importe de las horas extras y guardias de los trabajadores "de manera que en las nóminas correspondientes solo figuraba el 25% de su importe".

Los demandantes no han aportado "dato alguno" que permita alterar esa conclusión.

La irregularidad contable "no puede conllevar automáticamente la declaración de que el despido colectivo no es ajustado a derecho, si de la prueba practicada se puede deducir la concurrencia de causa económica justificativa de las extinciones contractuales operadas por la empresa".

Las pruebas aportadas (contabilidad, manifestaciones del Administrador Concursal, auditorías, movimientos bancarios) muestran que es "clara la realidad de la situación económica negativa".

Se ha constatado una notoria disminución del nivel de ingresos durante tres trimestres consecutivos y las pérdidas han venido aumentando en cada anualidad.

Esa realidad no se ve alterada por las anomalías de referencia.

3. La doctrina de la STS 18 febrero 2014 (rec. 526/2012).

Con técnica censurable (no invoca apertura concreta del artículo 207 LRJS , no introduce o explica qué pretende) el recurso considera que la sentencia recurrida ha ignorado las reglas sobre aportación de la documentación económica necesaria e invoca la doctrina sentada en nuestra STS 18 febrero 2014 (rec. 526/2012).

A pesar del singular modo en que está planteado el tema, es claro que se postula la aplicación de doctrina y criterio (despido nulo) que sostuvimos en tal ocasión (caso Curbimetal). Sin embargo, interesa advertir desde ahora que la situación abordada posee diferencias muy relevantes con la presente:

La STSJ Aragón recurrida había considerado que el despido era nulo, lo que el Tribunal Supremo confirma.

Se considera acreditada la existencia de un entramado empresarial anómalo (Grupo de empresas patológico o irregular).

Se ha acreditado el importante volumen que la defraudación posee.



Se da como cierto que la ocultación de ingresos posee trascendencia en orden a la situación económica negativa.

Se da como acreditado que la realidad y certeza de las causas ha quedado desvirtuada.

Esas circunstancias, cada una de ellas relevante por sí sola, son opuestas a las que concurren en nuestro caso e impiden aplicarle lo dicho en tal ocasión. Mantenemos y reiteramos ahora la doctrina entonces acuñada, que era resumida en el Fundamento Quinto:

Insta, igualmente, la parte empresarial recurrente que se declare, con las derivadas consecuencias en orden a la pretendida justificación del despido colectivo, que si una empresa lleva a cabo alguna o algunas operaciones en B ello no debe ser obstáculo a que pueda reducir su plantilla si las ventas o ingresos se reducen significativamente. Ciertamente ello no sería obstáculo a la posible procedencia de tal decisión empresarial, pero siempre que los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas y el órgano judicial en el momento de dictar sentencia conocieran la contabilidad real de la empresa para poder deliberar aquéllos y decidir éste sobre la idoneidad, adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva propuesta, y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales procedentes; pero, lógicamente el mero hecho de haber logrado la empresa ocultar datos trascendentes de su realidad contable al acreedor tributario no comporta que los restantes acreedores, y menos los trabajadores, tengan que someterse a la ficción de unas cuentas cuya certeza y realidad ha quedado desvirtuada.

Las consideraciones de la sentencia emanada de la Sala de Sevilla son respetuosas con tal criterio: se reconoce que la empresa ha ocultado ciertos ingresos pero, valorando todas las pruebas, se considera que existe una innegable causa económica y que su entidad es tal que no queda ensombrecida por deficiencias documentales pues las anomalías (los datos ocultos) no poseen suficiente trascendencia. Más adelante volveremos sobre el tema, desde la perspectiva de la documentación y negociación de buena fe.

CUARTO.- Infracciones normativas denunciadas (Motivo 1º del recurso).

1. Aspectos generales.

A) El recurso instrumenta un primer motivo que ampara en el artículo 207.e LRJS, es decir, en la *Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate*, siendo cuatro los preceptos señalados: 1º) El art. 4 RD 1483/2012 sobre la documentación que se ha de presentar en un despido colectivo. 2º) El art. 52 c) ET en relación con el 51.1 y 53.4 ET en cuanto a la existencia de causa económica. 3º) El art. 51.2 y 122 LRJS por inexistencia de buena fe. 4º) El art. 53 y 122 LRJS en relación con el art. 7.1 y 2 C.Civil por abuso de derecho.

B) El art. 210.2 LRJS que establece la forma en que debe interponerse el recurso de casación dispone que deberán expresarse por separado las distintas infracciones y razonar en cada motivo su fundamentación. El Ministerio Fiscal considera que el recurso incumple esas exigencias legales, más arriba recordadas, pues en los tres apartados del motivo (A, B y C) mezcla sus argumentaciones sin indicar expresamente la razón por la que considera infringidos varios de los preceptos que denuncia, como el art. 4 RD 1483/2012, el art. 52 c), 53.4 y 53 ET y el art. 122 LRJS.

C) El modo en que se articula el recurso dista de cumplir los requerimientos legales y jurisprudenciales que hemos expuesto antes. Tras enumerar los cuatro incumplimientos normativos (tres de ellos plurales) que considera concurrentes abandona los requerimientos de la LRJS y omite el modo en que se ha producido cada uno de ellos, obligando al intérprete a una reconstrucción parcial del recurso; adicionalmente, mezcla valoraciones fácticas críticas con razonamientos de Derecho; asimismo, en diversos pasajes construye una censura a los Fundamentos de la sentencia, olvidando que el recurso se instrumenta contra el fallo.

D) A pesar de todo lo anterior, en línea con cuanto venimos haciendo en supuestos similares donde resulta dudoso que el recurso cumpla las exigencias legales pero sí hay un razonamiento coherente y comprensible, esta Sala, en aras a una más completa tutela judicial efectiva, va a examinar los subapartados de este Primer Motivo de recurso siguiendo su propio orden. Lo que no podremos hacer es llevar la argumentación crítica más allá de donde lo permita la tutela judicial de la contraparte y el respeto a las exigencias legales.

2. La acreditación de la causa del despido.

A) En el apartado A se alega que el despido colectivo debería ser declarado "no ajustado a Derecho" por no haber quedado acreditada la situación económica negativa de la Cooperativa dado que la contabilidad aportada durante el periodo de consultas no era real ni fiable, tanto por la existencia de la contabilidad "B" como por la falta de evidencia de partidas de deudas de socios, devolución de medicamentos y reclamaciones por doble precio. De este modo, aunque se admitiera a efectos dialécticos esa situación económica negativa,



faltarían todos los elementos necesarios para poder valorar si el número de extinciones de contratos de trabajo estaba justificado.

Se argumenta que sin transparencia contable es imposible la adecuada negociación; "consecuentemente el despido sería no ajustado a derecho al no poder acreditarse la causa económica por la pura y simple existencia de una doble contabilidad".

B) El razonamiento que acogen los recurrentes discurre por caminos lógicos, pero posee un serio defecto: ignora el alcance de lo probado en la instancia (y no combatido en casación). No estamos ante un supuesto de doble contabilidad estructural y sistémica sino ante una ocultación censurable e ilegal pero de segundo orden.

La sentencia razona en el Fundamento Octavo que la constatación de las irregularidades en la contabilidad que resultaron acreditadas y la existencia de una caja "B", con la que se pagaba el 75% de las horas extras que se realizaban por los trabajadores del Departamento Industrial y por los telefonistas así como por los conceptos de guardias, no conlleva automáticamente la declaración de que el despido sea contrario a Derecho. La decisión empresarial puede ser conforme a la ley si de la prueba practicada se puede deducir la concurrencia de causa económica justificativa de las extinciones contractuales operadas por la empresa. Esto último es lo que ha ocurrido aquí puesto que:

"...de los datos obrantes en la contabilidad aportada por la empresa, en relación con lo que se desprende de las manifestaciones realizadas por el Administrador Concursal, y los saldos de las cuentas corrientes de la entidad, parece clara la realidad de la situación económica negativa de la Sociedad Cooperativa, que según la opinión cualificada tanto de los Auditores como de ese Administrador, la abocan, en este momento y con una alta probabilidad, a su liquidación y desaparición. Y no sólo se puede constatar una notoria disminución del nivel de ingresos durante tres trimestres consecutivos, como consta en la documentación contable aportada por la empresa y no parece que sus ingresos opacos puedan variar esa realidad, sino que las pérdidas han venido aumentando en cada anualidad; acelerándose en el ejercicio de 2014, lo que ha conllevado que el fondo de maniobra haya alcanzado un resultado negativo de 7.251.024,36 €."

C) Hemos de recordar que la valoración de las pruebas practicadas en instancia (testifical, pericial y documental) corresponde al órgano sentenciador. Ese valoración debe prevalecer sobre la del recurrente, salvo que éste acredite que se sustenta en hechos erróneos o inexistentes o que, dados los hechos probados, la valoración resulta irracional.

Como informa el Ministerio Fiscal, la valoración de instancia es razonada y razonable, como ya expusimos más arriba respecto del contenido de su Fundamento Quinto. Reforzando tal apreciación ha de recordarse que el 25 de julio de 2014 la Inspección de Trabajo emitió acta de infracción por falta de ocupación efectiva en el centro de Puerto Real y que el 21 de mayo la empresa presentó *preconcurso*. Estos datos, junto con el resto de los valorados por la Sala sevillana ponen de relieve que la Cooperativa estaba en situación de insolvencia al inicio del despido colectivo y que no podía ya conseguir financiación adicional. En concordancia con ello, acabó solicitando concurso voluntario que fue declarado finalmente el 29 de septiembre de 2014 (HHPP 17 y 14).

D) Recordemos que en este punto el recurso solo cuestiona si la existencia de irregularidades en la contabilidad impide automáticamente la apreciación de situación económica negativa de la empresa, como en él se pretende.

Nuestro criterio, respaldando la apreciación de instancia, es que tal situación negativa puede ser apreciada en el caso teniendo en cuenta la falta de gravedad de las irregularidades detectadas a la vista de las pruebas practicadas, como se sostiene en la sentencia.

E) Pero es más, la empresa entregó al inicio del periodo de consultas los informes de la auditoría externa realizadas sobre las cuentas de 2011, 2012 y 2013 (HP 4º) siendo precisamente por estas auditorías que los RLT conocieron que la contabilidad de los años 2012 y 2013 de la empresa tenía deficiencias. Tales deficiencias aparecen recogidas en el HP 22º y comportan que su situación económica podía ser incluso peor que la reflejada en la contabilidad oficial.

Hemos de partir, por tanto, de que la situación económica de la empresa está acreditada y que ésta es muy negativa pues, aparte de ser insolvente, el Fondo de maniobra había alcanzado un resultado negativo de 7.251.024'36 euros. La lectura del HP 15º de la sentencia es concluyente al respecto.

F) Así las cosas corresponde a los Tribunales comprobar que la medida adoptada no incurre en patente desproporción, de manera que si el número de extinciones acordadas fuese razonable y equilibrado, procederá su confirmación (STS de 20.10.2015, RC 172/2014). La sentencia combatida también aborda este extremo cuando subraya que no solo concurre la situación económica negativa de la empresa sino también que la



propia parte recurrente aceptó el número de extinciones propuesto por la empresa durante el periodo de consultas llegando a firmar un preacuerdo (HP 8°), lo que constituye un importante indicio de que es así.

3. La buena fe negocial.

A) En el apartado B del primer motivo, el recurso sostiene que el despido colectivo debería ser declarado nulo pues la existencia de una contabilidad "B" no sacada a la luz en ningún momento por la empresa supone la trasgresión de la buena fe negociadora. De este modo, la empresa ocultó a la RLT datos relativos a pagos en dinero que no tenían reflejo en la contabilidad. En definitiva, se dice, la empresa tenía que haber puesto de manifiesto esos ingresos en "B" fueran los que fueran, como explica STS 18 febrero 2014 (RC 526/2012).

En buena medida, con este alegato se reitera la argumentación y enfoque que ya se desarrollaron en el apartado introductorio del recurso. A las consideraciones más arriba vertidas sobre nuestra doctrina en el caso que el recurso menciona hemos de añadir las que siguen.

B) La STS 18 febrero 2014 (RC 42/2013, no 526/2013, como dice el recurrente) confirma la sentencia del TSJ de Aragón que declaró el despido colectivo nulo condenando a la empresa empleadora (CURBIMETAL) y a otras dos más (CURBIPERFIL y CARLOS BAYO), recurriendo las dos primeras en casación.

Según los hechos declarados probados las tres empresas iniciaron en junio 2012 por separado procedimientos de despido colectivo. En el de CURBIMETAL se hizo entrega a los RLT de a) una memoria explicativa de las causas económicas y productivas del mismo; b) cuentas anuales de CURBIMETAL y CURBIPERFIL de los años 2009 y 2010; c) balance y cuenta de explotación de ambas de los años 2009 y 2010; d) balance y cuenta de explotación de CURBIMETAL del año 2011; e) declaración resumen de IVA de CURBIMETAL y CURBIPERFIL del ejercicio 2011 y primer trimestre de 2012.

También consta acreditado que, además de relaciones familiares entre sus socios de las tres empresas, compartían CURBIMETAL y CURBIPERFIL domicilio social e instalaciones participando en el mismo proceso productivo en el que intervenían indistintamente los trabajadores de ambas; desde 1999 atendían pedidos de clientes que no reflejaban en las cuentas ni tampoco su abono en efectivo, detallando dos operaciones en concreto; préstamos bancarios conjuntos; y existía en ambas una denominada "cuenta de socio" que recoge transferencias recíprocas entre ambas empresas y Juan José Bayo Maicas.

C) Nuestra sentencia específica en su Fundamento Quinto que no se impugna la declaración de nulidad por las dos recurrentes. De su contenido se deduce que solo alegaron que aunque la empresa hubiera realizado operaciones en "B" ello no impediría que los despidos quedaran justificados si las ventas o ingresos se reducen significativamente. En este sentido la falta de entrega a los RLT, en el periodo de consultas, de la contabilidad real de las empresas integrantes del grupo a efectos laborales impide una verdadera negociación y por tanto comporta el incumplimiento del deber de negociar de buena fe, haciendo hincapié en esa serie de operaciones comerciales no contabilizadas, que era lo que alegaron las empresas.

Como expone el Fiscal, al acordar la nulidad del despido colectivo por infracción de la buena fe negociadora la citada STS tuvo en cuenta todas las circunstancias fácticas concurrentes que efectivamente impidieron a los RLT tener un conocimiento real de la situación de la empresa empleadora en ese caso concreto. Sin ánimo exhaustivo: faltaban las cuentas anuales de la empresa CARLOS BAYO SL, en su integridad, las cuentas del año 2011 de CURBIPERFIL, y las provisionales del año 2012 de las tres, la falta de anotación de operaciones comerciales en la contabilidad no era un hecho aislado sino una práctica continua y reiterada en el tiempo, desconociéndose el destino final del efectivo recibido, los préstamos bancarios conjuntos, las denominadas "cuenta del socio"....

En el caso de CURBIMETAL ni tuvieron asiento contable determinadas actividades mercantiles de la empresa, ni los RLT desconocían el destino del dinero cobrado, con lo que pudo abonarse alguna factura real pendiente no contabilizada o -lo que es peor y de ahí la decisión judicial- ser destinado a otros fines en perjuicio de la empresa.

D) Todo lo anterior nada tiene que ver en el caso examinado, en el que el destino final de las facturas no contabilizadas era el pago de concretas cantidades a determinados trabajadores. Además, la empleadora era una sola empresa que aportó la documentación prevista en el art. 4 del RD 1483/2012. Aunque las cuentas presentaran alguna irregularidad contable, ya se refleja en las auditorías, aclaradas por los propios auditores y el administrador concursal, hasta el punto de sostener -como hemos visto- que la situación real era peor que la contable.

Quienes negociaron el despido colectivo eran los miembros del Comité de Empresa que ahora recurre por lo que tenían necesariamente que saber que con las facturas cobradas que no se contabilizaban se abonaban el 75% de las horas extras realizadas en dos departamentos así como las guardias realizadas por otros



trabajadores. Ese conocimiento de la anomalía por parte de los trabajadores afectados y del Comité de Empresa resulta evidente y relevante. De hecho, en la demanda de impugnación del DC, sin que hubiera ocurrido nada novedoso desde el final de las negociaciones, ya afirma el Comité la existencia de doble contabilidad y refiere el abono a ciertos trabajadores de conceptos fuera de nómina.

Y si los RLT lo sabían resulta imposible alegar que la empresa no negoció de buena fe por este incumplimiento, so pena de incurrir ellos mismos en mala fe durante el periodo de consultas al no solicitar ninguna aclaración al respecto y admitir que era necesario el despido de un número importante de trabajadores para adecuar la plantilla a las necesidades reales de la empresa (HP 8°). Los negociadores acordaron con la empresa las condiciones del despido y los trabajadores afectados, aunque luego la asamblea de trabajadores no aprobara el preacuerdo (HP 8°).

4. Pervivencia de un ERTE .

A) En el apartado C se aduce que, al no ser posible conocer la realidad económica de la empresa por esa falta de transparencia, tampoco es posible valorar si hubo un cambio de las circunstancias económicas que justificaran el despido colectivo estando en vigor una reducción de jornada para los mismos trabajadores luego despedidos, lo que implica un ejercicio contrario a la buena fe y un abuso de derecho, como se pronunció el TS en sentencia de 12.3.2014 (RUC 673/2013).

B) El recurso parte de la premisa errónea -pues no es compartida por el Tribunal- de que no es posible conocer si se produjo un cambio en las circunstancias entre el procedimiento de suspensión y el de despido al ser imposible el conocimiento de la realidad económica de la empresa, y así se razona en el F.J. Séptimo, partiendo precisamente de la doctrina de la sentencia de 12.3.2014 (RUD 673/2013) que también cita el recurso.

A la vista de ello el Ministerio Fiscal considera que la pretensión deducida en este apartado debe, sin más, ser rechazada de plano.

C) Lo que ha sucedido en este caso es que entre el procedimiento de suspensión de los contratos de 23.5.2014 y el procedimiento de despido de los mismos trabajadores afectados por la suspensión de 22.7.2014 hubo una variación sustancial y relevante en las circunstancias tenidas en cuenta por la Cooperativa. Su situación económica empeoró en esas semanas: en julio se tuvo conocimiento de la situación real en que se encontraba; en el ERTE se tuvo en cuenta para adoptar la decisión las cuentas anuales provisionales y en el de despido las cuentas definitivas que arrojaban un resultado aún más negativo al dejar de computarse -como se dice en el F.J. Séptimo- cinco millones seiscientos mil euros como "deudores" y cerca de cinco millones como abonos pendientes de dobles precios, llegando a alcanzar el fondo de maniobra un saldo negativo de 7.251.024'63 euros, con lo que se imponía necesariamente una recapitalización de la Cooperativa si se quería continuar adelante. Por esta razón se presentó precurso, y al no conseguir financiación, se tuvo que presentar concurso voluntario.

D) La sentencia recurrida suministra prolijas explicaciones para respaldar la validez de la decisión desde esta perspectiva. Nos limitaremos a reproducir ahora la conclusión del muy extenso Fundamento Séptimo:

"En el momento en que por la Junta Rectora de la Sociedad Cooperativa se adoptó el acuerdo de iniciar procedimiento de despido colectivo, se había producido un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptar la medida de suspensión temporal de empleo y reducción de jornada, que justifica el cambio operado y, por eso, excluye que la empresa, al adoptarla cuando todavía estaba vigente aquella medida temporal (12 meses desde el 9 de junio de 2014), actuara con abuso de derecho o en fraude de ley, por lo que ninguna consecuencia jurídica debemos atribuir a esos hechos".

E) Lo acaecido (según el relato de hechos de instancia, no combatido) encuentra fácil acomodo con nuestra doctrina, contenida en la citada STS 12 marzo 2014 (RUD 673/2013) y reiterada en otras varias posteriores como las de 16 abril 2014 (rec. 57/2013), 24 septiembre 2014 (rec. 271/2013), de 23 mayo 2015 (rec. 286/2014) o 15 septiembre 2015 (rec. 218/2014). En ellas se expone lo siguiente:

La cuestión de si es lícito llevar a cabo un expediente colectivo de extinción de contratos mientras está aún vigente el acuerdo por el que se puso en marcha una reducción de jornada y salario ha sido planteada ya ante esta Sala Cuarta en más de una ocasión. Por ello existe ya una doctrina general al respecto según la cual "si bien en principio es factible admitir -como razona la sentencia recurrida- que durante una situación de suspensión de la relación contractual por causas económicas y productivas - artículo 45.1.j) ET - una empresa pueda tomar una decisión extintiva, por razones objetivas, con respecto al trabajador cuya relación contractual se halla suspendida amparándose en las causas -económicas, técnicas, organizativas o de producción- a que hace referencia el artículo 51 ET por remisión del artículo 52 c) del propio texto estatutario, ello exigirá, que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a



las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión" (STS de 12/3/2014 , RCU 673/2013). Resulta claro que lo determinante para resolver adecuadamente estos litigios es una cuestión fáctica -si se dan o no alguna de esas condiciones, o las dos- y de valoración de la prueba practicada sobre ese particular.

Es claro que para que el recurso de casación presentado pudiera prosperar hubiera sido imprescindible intentar la revisión de los hechos que proporcionan la base a esas conclusiones de la sentencia recurrida, al amparo del artículo 207, d) de la LRJS que establece como motivo de casación el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". Pero tal cosa no se ha hecho por el recurrente, por lo que, en definitiva, su único motivo debe ser rechazado.

En cualquier caso, no es ocioso recordar que, como tiene establecido la doctrina de esta Sala, "la valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado ó no acreditadas a fin de declararlas o no probadas y esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana critica" (arts, 316 , 348 , 376 y 382 de la LEC), esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas ó absurdas" (STS de 12/5/2008, RCU 81/2007).

E) Así pues, constatadas e incombatidas las circunstancias fácticas que acreditan en este caso un cambio sustancial y relevante respecto a las circunstancias que motivaron la suspensión de contratos o su reducción, ya que la situación económica continuó agravándose muy significativamente hasta el punto, como reflejan con toda precisión los hechos declarados probados, de resultar casi inviable su propia continuidad, se impone la desestimación del submotivo porque, en definitiva, la sentencia impugnada no incurrió en las infracciones que se le atribuyen y, en consecuencia, procede su confirmación, también por sus propios y acertados fundamentos.

QUINTO.- Infracción de garantías procesales.

A) El artículo 207.c) permite la casación por " *quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte*". Al amparo del art. 207 c) LRJS se denuncia el quebrantamiento de las garantías procesales con indefensión por entender la sentencia que la carga de probar la existencia de la contabilidad "b" correspondía a los demandantes, produciéndose la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

B) El informe del Ministerio Fiscal advierte que el motivo debe en este trámite ser desestimado al no denunciar qué concreta norma procesal ha resultado infringida.

Tiene razón la representante del Ministerio Fiscal. La parquedad del escrito en este pasaje es tal que obliga a una auténtica construcción del recurso.

C) Adicionalmente, la vulneración de las reglas sobre distribución de la carga probatoria tampoco podría plantearse sobre la base del recurso. En el Fundamento Octavo de la sentencia recurrida en modo alguno se traslada a los demandantes el deber de acreditar que no existen causas legitimadoras del despido: "*es obvio que la existencia de contabilidad b), en principio impediría conocer la situación económica negativa alegada por la empresa, cuya prueba incumbe a la que alega su concurrencia para justificar el despido por causas económicas decidido*". La sentencia presupone que corresponde a la empresa acreditar su situación económica negativa, y en consecuencia la denuncia del recurso se basa en un presupuesto erróneo.

SEXTO.- Desestimación del recurso.

Puesto que el escrito de formalización del recurso ha omitido de modo manifiesto los requisitos exigidos, el recurso pudo ser inadmitido de plano (art. 213.4 LRJS). Sin embargo, habida cuenta de la relevancia de los intereses en presencia tanto en su dimensión cuantitativa (basta recordar que estamos ante despido que afecta a varias personas) cuanto cualitativa (se había invocado la vulneración de derechos fundamentales, las personas afectadas pierden su trabajo) se justifica que el asunto haya desembocado en el trámite de dictar sentencia. Adicionalmente, en aras de garantizar hasta el final la tutela judicial efectiva, el presente asunto ha sido sometido al conocimiento del Pleno de la Sala, sin restringir un ápice esas garantías pese a las deficiencias formales del recurso denunciadas por el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, la sentencia recurrida da como cierto que existe una contabilidad doble y que ciertas partidas han sido escamoteadas, pero relativiza la importancia de esa censurable anomalía pues entiende suficientemente acreditada la realidad de las causas del despido, así como la superior entidad de la crisis económica si se compara con la que anteriormente había provocado un ERTE. Conviene advertir que no se ha resuelto aquí el



caso de anomalías contables de entidad relativa y que han sido ocultadas por la empleadora, supuesto sobre el que, en consecuencia, tampoco hemos de pronunciarnos.

No concurren las infracciones normativas denunciadas pues A) La sentencia de la Sala de Sevilla considera acreditada la situación económica negativa que legitima el despido, explicando a partir de qué medios probatorios se accede a esa conclusión. B) La sentencia aplica el canon de proporcionalidad, tanto para aquilatar la entidad de la reducción de plantilla cuanto para contextualizar la relevancia de las anomalías contables. C) La sentencia de instancia da como probado el empeoramiento de la situación económica de la empresa desde que puso en marcha el ERTE hasta que activa el DC enjuiciado. D) Otras infracciones referentes a la mala fe negocial o insuficiencia documental han sido meramente enunciadas, sin un desarrollo mínimo que legitime nuestro examen.

Interesa, por último, advertir que han quedado al margen del recurso (y de nuestro conocimiento) otras cuestiones inicialmente planteadas: capacidad del órgano empresarial que adopta la decisión de despedir, posibilidad de que un despido colectivo sea calificado como ajustado a Derecho pero nulo respecto de un concreto colectivo, suficiencia de la documentación, etc. En tales extremos, por tanto, la desestimación del recurso no tiene por qué comportar asunción de los criterios reflejados en la sentencia ahora confirmada.

Todo lo anterior comporta el fracaso del recurso y la conclusión de que la resolución recurrida en casación es respetuosa con las normas o jurisprudencia invocadas. En consecuencia, el recurso debe desestimarse, sin que proceda la imposición de costas a la vista de las previsiones del artículo 235.1 LRJS .

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

FALLAMOS

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el COMITÉ DE EMPRESA DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA DEL CAMPO DE GIBRALTAR (GICOFA), representado y defendido por el Letrado Sr. Amarilla Avilés, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 23 de febrero de 2015, en autos nº 32/2014 y acumulados, seguidos a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA y las acumuladas por el COMITÉ DE EMPRESA DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA DEL CAMPO DE GIBRALTAR, EL SINDICATO PROVINCIAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO y JUEGO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, contra dicha entidad, sobre impugnación de despido colectivo.

2) No haber lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) ,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^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez 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 Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego 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. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.