

Núm.1/2013

## Expedientes de Regulación de Empleo

Barcelona, 19 de abril de 2013

Mediante la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ya se introdujeron una serie de modificaciones en la regulación de los expedientes de regulación de empleo de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ahora bien, no ha sido hasta la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral y el Real Decreto-Ley que la precedió, que no se han introducido cambios sustanciales en cuanto a la regulación de los expedientes de regulación de empleo, tanto los de extinción como los de suspensión de contrato y reducción de jornada.

Uno de los principales cambios introducidos en la materia ha sido la supresión de la autorización administrativa, y si bien ello, ha sido un gran avance, la jurisprudencia dictada hasta el momento ha puesto de manifiesto que las empresas han de ser especialmente cuidadosas con la tramitación de los ERES porque los tribunales han dictado varias sentencias, las cuales en su gran mayoría, se han centrado en defectos de forma de los Expedientes para declarar la nulidad de los mismos.

A continuación se realiza un pequeño resumen de las principales sentencias dictadas en la materia. Asimismo, se acompañan las sentencias en cuestión, las cuales han sido obtenidas de conformidad con la licencia del Centro de Documentación Judicial.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012

En relación a esta sentencia distinguiremos entre cuestiones procesales y cuestiones de fondo que merecen una especial atención.

→ Cuestiones procesales: la sentencia procede al análisis de la excepción de falta de legitimación activa formulada por la empresa en relación a los trabajadores que forman parte de la comisión *ad hoc* (Art. 51.2 y 41. 4 del Estatuto de los Trabajadores). La empresa alega que la legitimación que tienen para negociar durante el período de consultas no les concede legitimación activa para el proceso, toda vez que el Estatuto les limita la representación exclusivamente al período de consultas, y además la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>1</sup> reconoce legitimación activa exclusivamente a los representantes legales y sindicales de los trabajadores. La sentencia desestima la cuestión procesal formulada por la empresa por los siguientes motivos:

---

<sup>1</sup> Art.124.

- El carácter de representante de los trabajadores debe incluir a la comisión de representantes establecida en el Art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Según la sentencia carece de sentido que esta comisión tuviera capacidad para negociar la extinción de los contratos y no para impugnar de forma colectiva la decisión empresarial. Entiende que sería contrario al principio de tutela judicial efectiva y carente de lógica el excluir la legitimación de la comisión de representantes para impugnar la decisión extintiva cuando a la misma se le ha conferido la potestad por parte del conjunto de los trabajadores de estar en la fase de negociación de la misma.
- La Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, en relación con el Art. 124 de la Ley de la Jurisdicción Social señala "(...) esta nueva modalidad procesal tendrá el carácter de preferente y urgente y viene caracterizada por atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional el conocimiento en primera instancia de la impugnación por parte de los *representantes de los trabajadores* del despido colectivo (...)." Es esta naturaleza de acción procesal preferente y privilegiada, que permite realizar una interpretación extensiva de la legitimación activa.

→ Cuestiones de fondo: Deben destacarse dos aspectos:

- La sentencia declara la nulidad del Expediente de Regulación de Empleo de extinción al entender que la empresa forma parte de un grupo empresarial<sup>2</sup>, y por lo tanto:
  - ✓ El empresario ha ocultado fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello el despido colectivo desde su inicio, y ello con la intención de poder acreditar en un marco más reducido la causa objetiva invocada.
  - ✓ La documentación aportada es insuficiente, toda vez, que no se ha entregado la documentación relativa a las otras empresas que forman parte del grupo. Por lo tanto, el despido se produce en fraude de ley puesto que deja sin contenido el período de consultas.
- Igualmente, es importante destacar que con independencia de la existencia o no del grupo de empresa a la misma conclusión hubiera llegado la Magistrada ponente de esta sentencia, toda vez, que en el fundamento de derecho quinto establece que en la comunicación y documentación facilitada a los representantes de los trabajadores al inicio del período de consultas no se especificó la clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, sino que expone que el despido puede afectar a cualquiera del total de los afectados, dando criterios genéricos de afectación. La no comunicación de la clasificación profesional de los trabajadores y la falta de la concreción en los criterios de designación de los trabajadores afectados, impide, según reza la sentencia, los objetivos básicos del período de consulta. Asimismo, la sentencia esgrime, que el actual marco normativo no permite dejar al arbitrio de la representación empresarial la designación *sine die* de los posibles trabajadores que vayan a ser afectados por el expediente, debiendo la empresa de conformidad al Art. 51.4 del Estatuto de los Trabajadores proceder a la

---

<sup>2</sup> La sentencia entra a analizar si se dan los elementos que permiten afirmar la existencia del grupo de empresas. En este sentido, cita las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de diciembre de 2011, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2002, entre otras.

notificación individual de los trabajadores afectados, sin que ello exija que la decisión extintiva debe ser efectiva de forma inmediata.

#### Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de septiembre de 2012

Esta sentencia tiene especial interés toda vez que es la empresa, en virtud de lo previsto en el Art. 124.3<sup>3</sup> de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la que solicita que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada y materializada en el acuerdo alcanzado con la representación legal de los trabajadores

La empresa comunicó a la representación legal de los trabajadores, así como a la Autoridad Laboral, su decisión de iniciar los trámites de un despido colectivo, dando apertura al período de consultas, con el objetivo de extinguir 32 contratos de trabajo, alegando causas económicas, organizativas y de producción.

Durante las reuniones, las partes negociadoras alcanzaron varios principios de acuerdo (las reuniones entre las partes figuran en un DVD aportado por la empresa al procedimiento), acordando finalmente la extinción de 19 contratos de trabajo, fijando el plazo de tres meses para la efectividad de los mismos, con el abono de una indemnización de 20 días por año, entre otras condiciones.

El acuerdo fue suscrito por los representantes de la empresa y de los trabajadores, a excepción de uno de ellos. Asimismo, se han interpuesto demandas individuales por algunos trabajadores de la empresa.

En cuanto a los motivos de fondo que se analizan en la sentencia:

→ Normativa aplicable: los demandados sostienen que a la empresa le resulta aplicable el contenido de la Disposición Adicional 20ª, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto la misma, debe considerarse como Administración Pública en sentido estricto, lo que determinaría la necesidad de justificar una insuficiencia presupuestaria durante tres trimestres consecutivos, que además debería computarse a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, para considerar la concurrencia de la causa económica.

La sentencia en este sentido, y analizando la naturaleza de las sociedades mercantiles creadas para satisfacer necesidades de interés general, y reiterando pronunciamientos anteriores relativas a la misma entidad, manifiesta que este tipo de entes no asumen materias que impliquen el ejercicio de lo que se denomina "autoridad pública", por lo que el hecho de que les sean aplicables las normas presupuestarias, contables, de control financiero y contratación, no determina que las mismas, se constituyan en Administración Pública, pues su objeto, se limita a la gestión de establecimientos relacionados, no con función o autoridad pública, sino con finalidad de contribuir activamente al fortalecimiento del tejido industrial cántabro. Por otro lado, otro elemento determinante de la separación entre este tipo de entidades y las Administraciones Públicas, es la forma de acceso a las mismas (no consta que en esta sociedad el personal acceda conforme a los criterios exigidos a las

---

<sup>3</sup> Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 o por la Autoridad Laboral de acuerdo con el artículo 148.b) de esta Ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores, y la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley.

Administraciones Públicas) ni desempeñe actividades vinculadas a un servicio público básico, como sanidad, transporte o policía.

La sentencia realiza un análisis del Art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, toda vez que la Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores se remite al mismo, en cuanto Artículo donde se regulan los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público.

La sentencia no estima la alegación formulada por los demandados puesto que no se está ante una estricta Administración Pública, sino ante una empresa que tampoco ejerce servicios públicos, en el sentido estricto de los términos, sin perjuicio del interés que pueda existir en las actividades que tiene encomendadas.

- Cuestión procesal: como cuestión previa se suscitó la admisión como demandados de determinados trabajadores afectados por la medida extintiva. La Sala admitió su intervención en el proceso, toda vez, que en atención a las circunstancias concretas, en especial, que la demanda se formula por la empresa, tras el acuerdo con la representación legal de los trabajadores y también, que la medida no ha sido impugnada por los no firmantes, se considera que estos trabajadores que han solicitado personarse en el procedimiento, son terceros que pese no estar expresamente prevista una intervención principal, sin embargo si ostentan un interés legítimo en relación al mismo.

La sentencia expone que aunque el Art. 124, no regula expresamente la participación de los trabajadores afectados por la medida en el proceso (salvo lo establecido en el apartado 124.9 relativo a la práctica de notificaciones), debe procederse a admitir su intervención, por la vía del Art. 13<sup>4</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual es plenamente aplicable al proceso laboral, según con lo establecido en la Disposición Final Cuarta<sup>5</sup> de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La sentencia concluye en este apartado: " *Por lo tanto, debe entenderse que los mismos, tienen la condición de terceros, no originariamente demandados, ya que han solicitado una intervención voluntaria en el proceso y consta que, en este concreto supuesto, ostentan un interés legítimo, pues la sentencia que se dicte, va a producir efecto de cosa juzgada en las impugnaciones individuales, lo que puede provocar una efectiva indefensión material, desde la perspectiva de la eventual falta de contradicción*"

- Grupo de empresa: como en varias de las sentencias que son objeto del presente documento se analiza la existencia o no de grupo de empresas con efectos laborales. Después de un análisis pormenorizado de toda la documentación y demás elementos de prueba, la sentencia declara que no considera acreditadas las alegaciones en cuanto a la existencia de un grupo empresarial a nivel laboral, pues únicamente se aprecian elementos indiciarios, si bien muy atenuados, de unidad de dirección, sin que se advierta ningún elemento más, como confusión patrimonial o plantilla única de trabajadores. Por ello, únicamente se tiene en cuenta la situación patrimonial de la empresa que adoptó la decisión de despido colectivo, a fin de determinar la concurrencia de la causa económica alegada.

<sup>4</sup> Art. 13. 1 LEC: Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

<sup>5</sup> En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en los supuestos de impugnación de los actos administrativos cuya competencia corresponda al orden social, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios.

Igualmente la sentencia añade que aunque no se ha considerado probada la existencia de un grupo empresarial a efectos laborales, lo cierto es que, incluso si se hubiera admitido tal premisa, la causa económica alegada, también concurriría en la totalidad del grupo. La situación derivada de los datos aportados, permitiría calificar como situación económica negativa, la del grupo empresarial en su conjunto, pues con independencia de que dos de las sociedades del grupo, hayan tenido resultados positivos, en varias anualidades que se analizan y continúen con una previsión positivo, de cara a futuro, lo cierto es que los resultados de las referidas mercantiles, deben ponerse en relación con el volumen de activos y la concreta cifra de negocios de cada una de ellas. Los resultados positivos obtenidos y los previstos, no impiden la existencia de una situación económica negativa del grupo mercantil, pues dichos ingresos no permiten compensar las pérdidas económicas constatadas en las restantes entidades que lo integran y además, han de ponerse en relación con una situación de clara disminución de las concretas cifras de negocio de estas dos sociedades.

- Concurrencia de requisitos formales y tramitación del período de consultas y sus efectos: la empresa alegó haber presentado la totalidad de la documentación económica exigible. En cambio, los demandados alegaron que la documentación era parcial y sesgada, que no reflejaba la realidad económica y además se ha habia incumplido el deber de buena fe, en la tramitación del período de consultas.

En este apartado la sentencia, en primer lugar, reproduce el Art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y el Art. 6 del Real Decreto 801/2011 (en relación con el Art. 2.3 de la OEES 487/2012). La sentencia declara que la empresa ha cumplido con las obligaciones formales en cuanto la documentación económica exigible, incluso aportó pese no haberse alegado una previsión de pérdidas, sino que la causa económica es la existencia de pérdidas reiteradas durante al menos cuatro ejercicios económicos, documentación relativa a los resultados provisionales para la anualidad de 2012, como los presupuestos de todas las sociedades para la anualidad en cuestión e informes del Instituto de Finanzas de Cantabria y de una consultora.

En cuanto al incumplimiento del deber de negociar de buena fe alegado de contrario, la sentencia considera acreditada la existencia de un verdadero período de consultas, durante el cual las partes negociaron de buena fe, con la finalidad de conseguir un acuerdo. La sentencia señala que durante el período de consultas (que se desarrolló por un plazo de un mes) las partes se reunieron 5 veces suscribiéndose en la última reunión un acta final con acuerdo. En esta acta final se refleja las diferentes reuniones entre las partes, las propuestas y acuerdos adoptados. Asimismo, se detalla los diferentes acuerdos, compromisos y actuaciones llevadas a cabo en las diferentes reuniones.

La sentencia concluye en este apartado que "(...) La empresa no se ha limitado a exponer una posición inamovible, de proceder a la tramitación del despido colectivo, sino que hubo un intercambio de propuestas entre las partes, alcanzando finalmente un acuerdo. Debe destacarse en este sentido, que la empresa modificó su última postura, en la que proponía la extinción de 24 contratos, por la extinción de 19, lo que evidencia que entre las partes, hubo un verdadero proceso negociador, en el que se produjo un intercambio de concesiones recíprocas y no un mero cumplimiento formal del trámite establecido legalmente".

- Calificación de la decisión extintiva: se alegan causas económicas, organizativas y productivas. En relación a la situación económica, la sentencia declara cumplidos los requisitos formales, pues la

empresa ha aportado la documentación contable, no sólo respecto de la empresa que formula el expediente, sino de todo el grupo mercantil. La sentencia entra a analizar la desaparición con el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de la referencia a la viabilidad empresarial o a la capacidad para mantener el volumen de empleo, así como a la conexión funcional. En el caso que nos ocupa, se entiende debidamente acreditada la causa económica, pues se han constatado pérdidas graves y continuadas, que además son constantes, en los últimos cuatro ejercicios, por lo tanto, siendo esto suficiente para afirmar que concurre la causa económica alegada. Igualmente, la sentencia culmina este apartado aludiendo a las referencias de la razonabilidad de la medida afirmando que la medida extintiva está debidamente justificada y supera el juicio de razonabilidad.

En cuanto a las circunstancias organizativas y productivas, la sentencia en primer lugar, manifiesta que no sería necesario entrar en el análisis de las mismas, al constar acreditada la causa económica, pero igualmente entiende que concurren las mismas puesto que están íntimamente ligadas con la causa económica.

Por último la sentencia analiza la posible vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, puesto que la empresa no habría tenido en cuenta que cinco de los trabajadores afectados se encontraban en situaciones especialmente protegidas, como embarazo, maternidad, reducción de jornada, etc.

En este sentido la sentencia expone que este aspecto no puede abordarse puesto que el posible incumplimiento empresarial de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente, o en el acuerdo adoptado en el período de consultas debe plantearse a través del procedimiento individual establecido en el Art. 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Lo que sí entra a analizar es la posible adopción de la medida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas. En estos supuestos corresponde a la parte que lo alega, la aportación de indicios razonables que lo fundamenten, no siendo suficiente con alegar la vulneración del derecho fundamental. Después de exponer la doctrina en la materia, la sentencia concluye que no se han alegado indicios suficientes, pues se hacen referencias genéricas las cuales no permiten invertir la carga probatoria. Además, la decisión extintiva se adoptó tras el acuerdo alcanzado en el período de consultas, con los representantes de los trabajadores y que los genéricos criterios establecidos para la concreta determinación de los afectados, derivan de un pormenorizado análisis de las distintas áreas afectadas, que se exponen en el plan de redimensionamiento de la sociedad. Consta asimismo, que dentro de los parámetros empleados al efecto, se tuvieron en cuenta los criterios legales de permanencia, los promedios generales de edad de la plantilla, la antigüedad, salario, rebaja de costes, porcentajes globales de hombres y mujeres y situaciones de guarda legal. En este sentido, de las quince personas que en total se encontraban en una situación especialmente protegida, 10 de ellas se han mantenido. Los criterios genéricos consensuados con la representación legal de los trabajadores, fueron totalmente ajenos a la voluntad de vulnerar derechos fundamentales, sino que obedecieron a unos parámetros objetivos. Además, el informe de la Inspección de Trabajo rechaza la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de junio de 2012

La sentencia procede al siguiente análisis:

- Existencia de grupo de empresas a efectos laborales.
- Defectos formales en la tramitación del procedimiento.

▪ *Grupo de empresas*

Los demandados alegan la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, y no sólo mercantiles como las sociedades demandadas reconocieron.

La sentencia después de traer a colación varias sentencias del Tribunal Supremo<sup>6</sup> en la materia acaba declarando la existencia de un grupo de empresas<sup>7</sup> en base a los siguientes razonamientos:

- Existe una apariencia externa de unidad empresarial, de gestión y dirección toda vez que la actividad productiva de las mercantiles codemandadas es decidida e implementada por la sociedad dominante, estando los órganos de administración de todas las empresas, con carácter único o solidario, en manos de las mismas personas.
- La sociedad prevalente participa, directa o indirectamente, y de manera significativa en el capital social de todas las codemandadas.
- La empresa que ha procedido a la ejecución del despido colectivo carece de departamento cuyas funciones sean las financieras y comerciales, siendo atendidas las mismas por otras empresas del grupo, alguna de las cuales desplazó al centro de trabajo a personal de su plantilla.

La sentencia en este apartado concluye que las sociedades codemandadas conforman un grupo de empresas no solamente a efectos mercantiles, sino también laborales, siendo por lo tanto una única unidad de imputación a los efectos de responsabilidades que derivan de los contratos de trabajo.

▪ *Defectos formales en la tramitación del procedimiento*

La sentencia esgrime varios defectos formales que permiten declarar el despido colectivo llevado a cabo por la empresa como nulo. A continuación se detallan los requisitos incumplidos, al albur de la sentencia, por la empresa:

- *Relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos*<sup>8</sup>: la empresa en este sentido manifestó en la documentación presentada lo siguiente "(...) El criterio seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo ha sido un criterio de idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando". Entiende la sentencia que éste es un criterio general e inconcreto, sin que del

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala Cuarta de 3 de mayo de 1990, Sentencia del Tribunal Supremo Sala Cuarta de 30 de junio de 1993.

<sup>7</sup> La existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles no implica por sí sola la extensión de la responsabilidad solidaria a las demás empresas, se debe estar a la doctrina del levantamiento del velo.

<sup>8</sup> Art. 8 c) Real Decreto 801/2011 y Art. 51.2 e) del Estatuto de los Trabajadores

mismo pueda determinarse los criterios o pautas que la empresa puede utilizar a la hora de elegir el personal afectado, generando todo ello inseguridad a todos los trabajadores. En este contexto, es relevante lo expuesto al inicio de la presente Circular en cuanto a la cautela que deben tener las empresas en la tramitación de los Expedientes, y ello en aras a la conclusión que llega la sentencia objeto de análisis "(...) *Una cosa es que el legislador haya flexibilizado las medidas tendentes a conseguir que las empresas adapten más fácilmente su plantilla a la situación económica por la que atraviesan si ésta se vuelve negativa, o bien a las necesidades sobrevenidas debido a determinadas causas técnicas, organizativas o de producción, y otra, bien dispar, que para ello no tenga que someterse a unos requisitos mínimos, entre los que, en clave procedimental, se encuentra el de especificar debidamente los criterios para la designación del personal afectado, lo que en este caso no se hizo*".

- Cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social<sup>9</sup>: la omisión de la relación nominativa del personal afectado o, al menos, la falta de concreción de los criterios para su designación impide saber si la empresa ha tenido en cuenta este extremo. Asimismo, la normativa que regula el Convenio Especial, y en relación al ex 51.15 del Estatuto de los Trabajadores, expone que la solicitud de esta modalidad de Convenio Especial deberá formularse durante la tramitación del expediente de regulación de empleo.
- El empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado<sup>10</sup>: en el caso concreto la empresa entregó a la representación legal de los trabajadores el informe en cuestión un día antes de finalizar el período de consultas. La sentencia entiende que este requisito ha sido mal cumplido.
- En cuanto a la documentación requerida cuando la causas alegada económica para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante<sup>11</sup>: la empresa entregó el día antes de la finalización del período de consultas parte de la documentación exigida, y otra que sí que fue entregada es incompleta.

<sup>9</sup> Art. 51.9 Estatuto de los Trabajadores

<sup>10</sup> Art. 7.2 del Real Decreto 801/2011

<sup>11</sup> Art. 6.2 Real Decreto 801/2011



→ Cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante<sup>12</sup>. La empresa pese su reconocimiento de que formaba parte de un grupo de empresas a efectos mercantiles (sin perjuicio que la sentencia entiende también que lo es a efectos laborales), no cumplió con lo dispuesto en este artículo.

La sentencia concluye declarando la nulidad del ERE, condenando de manera solidaria a todas las empresas que integraban el grupo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012 y Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013

En esta sentencia, igual que la anterior, se procede al análisis de la concurrencia de los requisitos relativos a la existencia de un grupo de empresas, así como, en los posibles defectos formales en la tramitación del procedimiento en los que hubiera podido incurrir la empresa. Es especialmente relevante el apartado que esta sentencia dedica al contenido o naturaleza del periodo de consultas y negociación.

→ En cuanto a la memoria explicativa de la situación económica presentada por la empresa:

- La empresa se limita a realizar una cronología general de su actividad en el mercado, exponiendo que en el año 2010 se aprobaron 2 expedientes de regulación de empleo.
- Alude que la memoria va acompañada de una serie de anexos donde se adjunta la facturación y una serie de gráficos que justifican sus argumentos y la medida que pretende adoptar, pero tales anexos no se adjuntan no desprendiéndose del resto de documentación la falta de producción, la ausencia total de trabajo o la existencia de deuda inasumible alegadas.
- Memoria genérica, sin indicación de datos económicos o previsiones, incompleta, sin la documentación contable legalmente exigida. La sentencia declara que la empresa no puede pretender que las declaraciones de IVA presentadas sustituyan el deber de acompañar la documentación exigida por la normativa para acreditar la razonabilidad<sup>13</sup> de una decisión tan drástica como es el cese de la totalidad de la plantilla de la empresa.

<sup>12</sup> Art. 6.4 Real Decreto 801/2011.

<sup>13</sup> Sin perjuicio que de los hechos relatados en la sentencia la empresa no ha cumplido con el procedimiento exigible, podemos observar como igualmente la misma sigue aludiendo a la razonabilidad de la medida cuando con la nueva redacción del Art. 51.1

- Incumplimiento del Art. 51.3 del Estatuto de los Trabajadores relativo a la dación de cuenta de la venta de bienes de la empresa cuando la extinción afectase a más del 50% de los trabajadores.
  - En esta sentencia es relevante el análisis que se realiza en relación al período de consultas. En la misma se estima la inexistencia de un verdadero período de consultas o de negociación, al entender que la empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder al ERE con fijación de la indemnización mínima legal y sin proceder al análisis de posibles alternativas planteadas en el trascurso de la negociación. Entiende que un verdadero período de negociación es aquel caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas, por lo tanto, aquel que se sienta a una mesa de consultas con una única posibilidad, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones ni ofrece opciones, simplemente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, no negociando bajo los principios de la buena fe.
- En cuanto a la existencia de un grupo de empresas: la sentencia, al igual que las anteriormente expuestas, procede al análisis de la jurisprudencia de aplicación, afirmando que en el presente caso procede declarar la existencia del grupo laboral puesto que existe:
- Funcionamiento unitario de las empresas.
  - Prestación de trabajo simultánea, común o sucesiva.
  - Confusión de plantillas, apariencia externa de unidad empresas y de dirección.
  - Creación de empresas ficticias.

Por todos los motivos expuestos la sentencia declara la nulidad del despido colectivo.

Por parte de las empresas afectadas se interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, habiendo sido desestimado el mismo por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirmado íntegramente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En cuanto a la infracción del Art.51 del Estatuto de los Trabajadores alegado por las empresas, la sentencia reitera la escasa documentación aportada por la empresa, manifestando nuevamente la inexactitud e insuficiencia de la memoria aportada. La sentencia del Tribunal Supremo manifiesta que con la documentación aportada por la empresa no se cumple la principal finalidad del precepto que es que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente, así como de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos.

Otro aspecto destacable en la sentencia del Tribunal Supremo, es que además la conducta omisiva en la aportación de la documentación mínima y la desinformación producida, afectó a la realidad de la existencia de un verdadero periodo de consultas, y no tanto porque no se moviesen la posición empresarial en el curso de las reuniones, sino porque a lo anterior además se une también el dato significativo de la referida desinformación y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio la totalidad de los contratos de trabajo.

---

del Estatuto de los Trabajadores según redacción dada por el Real Decreto Ley 6/2012, desaparece la obligación de la empresa de justificar que de los resultados "se deduce la razonabilidad de la medida"

Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2012

Declaración de nulidad del despido colectivo planteado por la empresa toda vez que la misma desistió de un expediente de extinción colectiva presentado ante la Autoridad Laboral, para presentar el mismo despido colectivo pero de conformidad con la nueva normativa en materia de despidos colectivos.

En el caso concreto se estima que el despido colectivo se produjo en fraude de ley, puesto que la empresa demandada desistió del ERE tramitado ante la Dirección General de Empleo, tras declinarse la competencia por parte del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat<sup>14</sup>, para presentar a continuación, una vez vigente el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, el mismo despido colectivo.

Por la representación empresarial se alegó que desistió del expediente porque nada le impedía actuar del modo citado, negando, que su actuación constituya un fraude de ley.

La sentencia, citando la jurisprudencia existente en torno al concepto de fraude de ley expone lo siguiente:

→ El fraude de ley se manifiesta de dos maneras:

- El acto cuestionado persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.
- El acto cuestionado es contrario al ordenamiento jurídico.

→ La jurisprudencia exige, además, una conducta maliciosa por parte de quien realizó la actuación controvertida, entendiéndose como tal la que persiga un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico.

Una vez expuesto lo anterior, la sentencia entra a analizar si la actuación de la empresa fue maliciosa. La sentencia concluye que la actuación de la mercantil debe considerarse fraudulenta puesto que acredita una voluntad de evitar un procedimiento legal (el establecido con anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012 que requería la autorización administrativa para llevar a cabo el ERE), para utilizar otro más flexible donde es el empresario quien tiene la decisión de extinguir los puestos de trabajo.

La sentencia entiende que un planteamiento distinto hubiera sido si la empresa hubiera alegado y probado la concurrencia de hechos o causas nuevas, que justificaran razonablemente apartarse del procedimiento previo, para promover uno nuevo con motivos, causas o fundamentos diferenciados.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2012

En la presente sentencia se procede al análisis de los requisitos que deben cumplirse en el desarrollo del período de consultas cuando el Expediente de Regulación de Empleo afecta a varios centros de trabajo y análisis de la concurrencia o no de fraude de ley, y por lo tanto nulidad del expediente, si se realiza una negociación individual con los trabajadores afectados. La sentencia analiza la Directiva 1998/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, en relación a la finalidad y objeto del período de consultas.

En el caso concreto la empresa plantea un ERE de extinción que afecta a tres centros de trabajo. La empresa realizó el período de consultas paralelamente con los tres centros de trabajo, habiendo alcanzado

<sup>14</sup> El ERE afectaba a trabajadores de distintas Comunidades Autónomas

acuerdos en dos de los tres centros. Asimismo, y en cuanto al centro en el que no se alcanzó ningún acuerdo, la empresa mantuvo negociaciones individuales con algunos trabajadores de la plantilla.

En primer lugar, y en relación a las negociaciones individuales con algunos trabajadores, la representación legal de los trabajadores reclama la nulidad del despido colectivo, puesto que entienden que dichas negociaciones quebraron el principio de buena fe, y por ende, alegan que el período de consultas fue fraudulento, vulnerándose el derecho de negociación colectiva. Por la empresa se alega que esta negociación paralela no fue a iniciativa de la empresa sino que fueron los trabajadores afectados los que la promovieron, viendo que sus representantes no aceptaban la oferta empresarial, poniendo de manifiesto, que en todo momento los representantes legales de los trabajadores fueron informados de los acuerdos individuales alcanzados.

Los fundamentos jurídicos más relevantes en relación a esta primera parte de la sentencia:

- La sentencia procede al análisis de la doctrina jurisprudencial en relación al fraude de ley.
- La sentencia expone que el período de consultas establecido en el Art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores es el centro de gravedad del despido colectivo y su finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, debiéndose desarrollar mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros, tal y como dispone la exposición de motivos de la Directiva Comunitaria 1998/56/CE. La sentencia desarrolla la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea según la cual la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén identificados los factores que han de tenerse en cuenta en el desarrollo de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos (evitar las extinciones de contratos o reducir su número y atenuar sus consecuencias, y la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente) sin una previa determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. En este apartado la sentencia defiende que el período de consultas es una manifestación propia de la negociación colectiva<sup>15</sup> y que los representantes de los trabajadores se encuentran en mejor situación para alcanzar los objetivos establecidos por la Directiva.

Concluye la sentencia que la actuación de la empresa de negociar individualmente con los trabajadores afectados constituye fraude de ley, ya que con dicha medida se vacía de contenido el proceso negociador ya que los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva, siendo indiferente que las extinciones se realizaran de común acuerdo o que fueran los trabajadores afectados quienes solicitaron la extinción, ya que durante el período de consultas la única negociación legítima es la que se mantiene con los representantes legales de los trabajadores.

En cuanto los requisitos que deben cumplirse en el desarrollo del período de consultas cuando el Expediente de Regulación de Empleo afecta a varios centros de trabajo, la sentencia, en el caso concreto, concluye que aún el acuerdo alcanzado en dos de los tres centros de trabajo, aun no habiéndose alegado en el procedimiento llevado a cabo en estos dos centros irregularidades en el período de consultas, no habiéndose apreciado tampoco por la Autoridad Laboral que los períodos de consulta se hubieran realizado en fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho, no habiéndose alegado, ni tampoco probado, que no

---

<sup>15</sup> Sentencia del TCJE 27/01/2005 y TJCE 2005/31

concurriera causa organizativa o productiva, la sentencia concluye que el despido colectivo de estos dos centros de trabajo son nulos, puesto que de un examen integral e integrado del ordenamiento jurídico aplicable al caso, la nulidad apreciada respecto el tercer centro de trabajo contamina la totalidad de la decisión extintiva empresarial.

Los principales argumentos utilizados por la sentencia para alcanzar esta conclusión:

- Ni la Directiva europea ni el Art. 51 del Estatuto de los Trabajadores contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo, sustanciándose tantas consultas como centros existan, igual número de posibles acuerdos con contenidos diversos. Entiende que el silencio en la normativa debe interpretarse como la voluntad del legislador de un proceso único. Asimismo, la sentencia entiende incluso, que la posibilidad contemplada en el Art. 11.2 del Real Decreto 801/2011, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados<sup>16</sup> de poder crear tantas comisiones negociadoras como centros de trabajo afectados existan, excede de la mera función de desarrollo que se encomienda a los reglamentos, proclamando el carácter *ultra vires* de la disposición reglamentaria.
- La sentencia esgrime también que aun aceptando la validez del Art. 11.2 anteriormente reseñado, el mismo se pensó para un procedimiento que culminaba con una decisión de la autoridad administrativa, a la que el citado reglamento habilitó para autorizar despidos en unos centros de trabajo y en otros no.
- El art. 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no contempla más que la impugnación del despido en su conjunto y, los contenidos posibles para el fallo, que son alternativos y excluyentes, de modo que la decisión empresarial sólo puede ser ajustada a Derecho, no ajustada a Derecho o nula. El legislador en la norma procesal sigue la concepción unitaria y homogénea del despido colectivo tal y como lo hace el Art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.
- La sentencia dictada en el proceso de impugnación colectiva del despido posee efectos de cosa juzgada respecto los procesos individuales. Entiende la sentencia que revestiría de gran complejidad la identificación de estos efectos si la calificación fuera múltiple.
- La Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Real Decreto 801/2011 no incluía entre los que admite vigentes, los relativos a la posibilidad de que la Autoridad Laboral autorizara el despido colectivo en unos centros de trabajo y en otros no, por lo que el Magistrado interpreta que esto es una pista de que la voluntad es que decaiga la cobertura normativa para los despidos parcialmente válidos.

Una vez analizado todo lo anterior la sentencia concluye en declarar la nulidad del despido colectivo en toda su integridad y afectando a los tres centros de trabajo.

#### Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012

La sentencia la representación legal de los trabajadores solicita la nulidad del despido y subsidiariamente su falta de justificación. Los principales motivos alegados por los demandados son:

---

<sup>16</sup> Actualmente también regulado en el Art. 27 y 28 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

- Un grupo empresarial mercantil no está legitimado para presentar un despido colectivo.
- No aportación por parte de las empresas de las cuentas anuales de todas las mercantiles.
- No concurrencia de causas económicas ni productivas puesto que el grupo tuvo beneficios en 2011 y la pérdida de clientes alegada es imputable al grupo.

En cuanto al primer punto, la presente sentencia se remite a otra sentencia dictada por la Audiencia en fecha 28 de septiembre de 2012 (procedimiento 152/2012).

La empresa alegó su condición de empresas a efectos laborales, aceptando dicha tesis los otros sindicatos personados en el procedimiento. En el presente caso, los sindicatos CCOO y UGT accedieron a negociar globalmente el despido colectivo, y el sindicato CGT (demandante) mantuvo que los acuerdos que pudieran adoptarse deberían aceptarse por los representantes unitarios de cada empresa, lo que no se admitió por el resto de negociadores, sin que CGT exigiera, en ningún momento, una negociación empresa por empresa.

Asimismo, la sentencia también entiende la legitimación del grupo como tal para la promoción del despido colectivo, puesto que ha quedado probado que las empresas, participes del grupo, han extinguido la totalidad de sus contratos de trabajo, procediendo, a continuación, al cierre de sus instalaciones. Esta circunstancia justifica que el periodo de consultas, en empresas obligadas legalmente a consolidar sus cuentas, se negociara conjuntamente, puesto que se trata de un despido colectivo contemplado en el inicio cuarto del Art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el que la negociación global constituye, haya o no haya grupo de empresas a efectos laborales, una mayor garantía de la defensa de los intereses de los trabajadores, puesto que no se prevé la supervivencia de alguna de las empresas sino la extinción de todos los puestos de trabajo.

También ha quedado probado que todos los sindicatos admitieron la negociación global, por lo que constituyeron una comisión, integrada por todas las secciones sindicales existentes en las diferentes empresas, que representan a la totalidad de los trabajadores afectados, que no son de una empresa u otra, puesto que la extinción afectaba a todos los contratos. Además, el sindicato CGT ni alegó, ni probó que dicha comisión no fuera representativa de la mayoría de los trabajadores de alguna de las empresas del grupo en particular, porque nunca exigió que se negociara a nivel de empresa.

La sentencia en este aspecto concluye que si las empresas demandadas admiten su condición de grupo a efectos laborales, admitiéndose por todas las secciones sindicales, excepto CTG, quien lo admitió tácitamente al aceptar la negociación global con el grupo de empresas como tal, ya que participó, sin manifestar nada en contra, en una comisión sindical elegida conforme a la representatividad sindical de todas las empresas del grupo, teniéndose en cuenta, que la medida empresarial pretendía la extinción de todos los contratos con el cierre consiguiente. Por ello, la sentencia descarta que el grupo como tal no esté legitimado para promover el despido colectivo, por cuanto asume, con sus propios actos, refrendados con los actos de los sindicatos actuantes, que el grupo como tal era el auténtico empleador de los trabajadores.

En cuanto al argumento relativo a la aportación de las cuentas anuales y el informe de gestión de la empresa dominante del grupo auditado y resto de documentación exigida legalmente, la sentencia desestima la alegación formulada y entiende de la prueba practicada se aportó la totalidad de la documentación. También concluye la sentencia que de la lectura de las diferentes actas, permite concluir que hubo una negociación real, puesto que las partes intercambiaron propuestas y contrapropuestas, habiendo la empresa ofrecido primero 25 días por año de indemnización, acordándose finalmente 35 días por año.

Es importante destacar en esta sentencia que si bien afirma que la actual regulación supone la desaparición de la justificación finalista de la adopción de la medida, que suponía la razonabilidad de la

decisión extintiva para preservar la posición competitiva de la empresa cuando la causa era económica, o contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, cuando la causa era técnica, organizativa o de producción, si que entiende que la actual normativa no ha supuesto la desaparición de la conexión de funcionalidad, puesto que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del Art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con la capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

La sentencia concluye en este apartado que la nueva regulación del Art. 51 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros. Por el contrario deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos, que serán objeto de extinción, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva. La sentencia indica *"(...) La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios."*

