

PROCEDIMIENTO DE INSTANCIA
Nº 19/2012
N.I.G. P.V. 00.01.4-12/000075
N.I.G. CGPJ XX.XXX.34.4-2012/0000075

SENTENCIA Nº: 2980/2012

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a once de diciembre de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrado/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes autos sobre Impugnación de Despido Colectivo, seguidos con el núm. 19/2012, a instancia de **E.L.A.-S.T.V, L.A.B, D. FRANCISCO PLATERO BLANCO**, y seis trabajadores más, en su doble condición de afiliados a los referidos Sindicatos y de miembros del Comité de Empresa de **CORRUGADOS AZPEITIA, S.L.U.**, frente a la citada mercantil, **CORRUGADOS GETAFE S.L. GRUPO ALFONSO GALLARDO S.L.A.G., SIDERURGICA BALBOA S.A.U., ALFONSO GALLARDO S.A.U., GRUPO AG PRODUCTOS LARGOS S.L., GALLARDO CORRUGADOS S.A, ALFONSO GALLARDO CORRUGADOS MALLAS S.A., CORRUGADOS LASAO S.L., EUSEBIO CAMPOS Y COMPAÑÍA S.A. A.G., SUMINISTROS BALBOA S.A., GRUPO ALFONSO GALLARDO COMERCIAL GETAFE S.L., MARCELIANO MARTIN S.A. D. IOSU ZUBIZARRETA ORBEGOZO, D. JOSE IGNACIO OLIDEN URDANGARIN, D. TOMAS UGALDE JIMENEZ, D.ANGEL OLABARRIA BADIOLA, D. MARIO AGUIRREZABALAGA LARRAÑAGA y D. ASIER LIZARRALDE ARAMENDI**, en su calidad de integrantes del Comité de Empresa de Corrugados Azpeitia, SLU por la Plataforma independiente Corrugados Bai, así como contra el **FONDO DE GARANTIA SALARIAL**, en el que también ha sido parte el **MINISTERIO FISCAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de agosto de 2012 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por la Letrada D^a. Itoitz Furundarena Egurbide, en nombre y representación de la Confederación Sindical ELA y de los afiliados a dicha Central y miembros del Comité de Empresa de Corrugados Azpeitia, SLU, D. Francisco Platero Blanco y D. Imanol Arrojeria Egaña, y la Letrada D^a Naiara Carvajal Larrañaga, en nombre y representación del Sindicato LAB y de los afiliados a dicha Central Sindical y miembros del Comité de Empresa de la citada mercantil, D. Ignacio Otaegui Otaegui, D. Asier Peñagaricano Arteaga, D. Esteban Campos Chapartegui, D. Ander Labaca Iparraguirre y D. Roque María Urdapilleta Urtuzaga, frente a la citada mercantil y doce más, más relacionadas en el encabezamiento de esta resolución, así como contra el Fondo de Garantía Salarial y el Ministerio Fiscal, en materia de impugnación de despido colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que se consideran de aplicación, solicitan se dicte sentencia estimatoria de la demanda en la que se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido o en todo caso la no conformidad a derecho de la decisión extintiva.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación del Secretario Judicial de esta Sala, de fecha 14 de agosto de 2012, se formaron actuaciones de impugnación de despido colectivo, que se registraron con el núm. 19/2012, y de conformidad a las normas de reparto se designó Magistrado-Ponente al Ilmo. Sr. D. Modesto Iruretagoyena Iturri.

TERCERO.- En fecha 11 de septiembre de 2012, se dictó decreto admitiendo a trámite la demanda, y señalando la vista del juicio para el día 16 de septiembre de 2012. En dicha resolución se acordó recabar a la Autoridad Laboral la aportación de la copia del expediente de despido colectivo, así como requerir a la empresa para que en el plazo de 5 días presentase la documentación y las actas referidas al período de consultas y la comunicación a la Autoridad Laboral del resultado del mismo, así como para que notificase la existencia del procedimiento a los trabajadores afectados.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 2 de octubre de 2012, se acordó unir a los autos la copia del expediente administrativo remitida por la Delegación Territorial de Gipuzkoa del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y la documentación aportada por Corrugados Azpeitia SLU.

QUINTO.- El día prefijado se celebró el juicio oral con la asistencia de los demandantes, de Corrugados Azpeitia SLU, y del Ministerio Fiscal, no compareciendo las restantes empresas codemandadas ni el Fondo de Garantía Salarial. Los accionantes se ratificaron en sus pretensiones, a las que se opuso la mercantil demandada, formulando

sus alegaciones el Ministerio Fiscal. Abierto el período de prueba, se practicaron las propuestas por las partes, hecho lo cual el Tribunal les concedió plazo para que formularan sus conclusiones por escrito, trámite que se tuvo por cumplimentado mediante diligencia de ordenación de fecha 12 de noviembre de 2012, quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, dada la complejidad del asunto.

En la presente sentencia se tienen por acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

1).- Corrugados Azpeitia S.L.U., cuenta con un único centro de trabajo, situado en Azpeitia (Gipuzkoa), dedicado a la fabricación de acero corrugado, destinado, fundamentalmente, al sector de la construcción, estando incluida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa para los años 2010-2011.

La empresa está integrada en el Grupo Alfonso Gallardo, cuya sede social se encuentra en Jerez de los Caballeros (Badajoz).

2).- El Comité de Empresa de Corrugados Azpeitia S.L.U. está formado por trece miembros, de los que seis pertenecen a la plataforma independiente Corrugados Bai, cinco al sindicato LAB y dos al sindicato ELA.

Los representantes de Corrugados Bai presentaron su dimisión y dejaron de acudir a las reuniones correspondientes al período de consultas del despido colectivo objeto de enjuiciamiento a partir de la celebrada el 3 de julio de 2012.

3).- En fecha 10 de noviembre de 2011, el representante legal de Corrugados Azpeitia S.L.U., solicitó autorización para resolver los contratos de 140 trabajadores a su servicio y suspender/reducir, en un porcentaje máximo del 50 %, la jornada de la práctica totalidad de la plantilla a lo largo de todo el año 2012.

Mediante resolución de 11 de enero de 2012, dictada en el seno del expediente de regulación de empleo tramitado con el nº 522/2011, el Delegado Territorial del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco en Gipuzkoa, autorizó la extinción de las relaciones laborales de 100 trabajadores y la suspensión temporal, en el período comprendido hasta el 30 de junio de 2012, durante un promedio de 60 días laborables, de las relaciones laborales de 303 trabajadores de la plantilla al estimarse acreditadas las causas económicas y productivas alegadas por la empresa y considerar razonables las medidas propuestas en aras de la permanencia de la actividad empresarial. No obstante, la Administración laboral autorizó un menor número de extinciones y un mayor número de suspensiones en base a las previsiones de mejora paulatina, ligera pero

constante, del mercado del corrugado en los próximos años, realizadas por la propia empresa en el Plan de Viabilidad 2012-2016.

La autorización se vinculaba con el compromiso de continuidad y empleo presentado a la Autoridad Laboral, a virtud del cual el Grupo Alfonso Gallardo se responsabilizaba de mantener la actividad de la industria durante el período de duración del Plan de Viabilidad 2012-2016 y se comprometía a favorecer y no obstaculizar el que desde Corrugados Azpeitia SL se desarrollasen las operaciones mercantiles necesarias y las actividades de explotación conducentes al cumplimiento del Plan.

A tal fin, Corrugados Azpeitia SL recibió del Gobierno Vasco un Préstamo Participativo de 5.000.000 euros, destinado exclusivamente a la financiación del Plan de Viabilidad.

Se acordó que las extinciones se efectuarían de acuerdo con alguna de las siguientes modalidades: a) prejubilaciones; b) extinción solidaria incentivada hasta un máximo de 87 trabajadores; y c) despido colectivo ex art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, aplicable a los no incluidos en las modalidades anteriores y hasta completar el número máximo de 100 extinciones (a éstos, de conformidad con el art. 50 del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa, se les indemnizaría con 20 días de salario por año o fracción si su antigüedad era inferior a cinco años, 25 días de salario por año o fracción si se situaba entre cinco y diez años, y con 30 días de salario por año o fracción de ser superior a diez años).

El Grupo Alfonso Gallardo quedaba comprometido a responder solidariamente, junto con Corrugados Azpeitia SL, de los pagos aplazados establecidos para las bajas incentivadas y el cobro de las prejubilaciones.

Recurrida en alzada la mencionada resolución por los sindicatos ELA y LAB y por el Presidente del Comité de Empresa, la Directora de Trabajo, por resolución de 22 de mayo de 2012, desestimó el recurso, sin que exista constancia de la interposición de recurso contencioso-administrativo.

4).- Con fecha 31 de mayo de 2012, la Dirección de Corrugados Azpeitia SLU mantuvo una reunión con el Comité de Empresa en la que le informó sobre su intención de despedir a 60 empleados y suspender los contratos del resto.

5).- Los trabajadores de la empresa, en asamblea celebrada el 7 de junio siguiente, acordaron la convocatoria de huelga para los días 15 a 22 de ese mismo mes, con el objeto de que la Dirección de la empresa ofreciese una salida a la situación de incertidumbre y falta de carga de trabajo, y garantizase el empleo existente, decisión de la que el órgano unitario de representación dió traslado a Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa mediante escrito presentado el día 8, efectuándose nueva comunicación por el Comité de Empresa el 18 de junio, sobre la decisión de mantener una huelga indefinida a partir del 23 de junio de 2012, con el mismo designio que la anterior.

6).- El día 15 de junio de 2012, Corrugados Azpeitia SLU, inició un nuevo expediente de regulación de empleo de extinción y suspensión de relaciones por laborales por causas económicas, productivas y organizativas –tramitado con el nº 468/2012- con la finalidad de extinguir los contratos de 60 trabajadores, de los 313 que en esa fecha conformaban su plantilla, y suspender los contratos de otros 228 trabajadores durante 66 días laborables hasta el 31 de diciembre de 2012.

La empresa justificó la adopción de las medidas extintivas y suspensivas en el incumplimiento de la previsiones del Plan de Viabilidad, como consecuencia de una demanda y facturación inferior a la pronosticada, que había ocasionado resultados más negativos que los inicialmente contemplados, debido a la disminución de ventas en un 20%, a la caída de los precios netos reales en 12,3 euros/Tm, y a un aumento de los costes fijos reales superior en un 14,8% al previsto, principalmente en el apartado del personal, considerándose por ello insuficientes los ajustes de plantilla realizados a partir del 11 de enero de 2012.

7).- Se notificó previamente por escrito, al Comité de Empresa, por Corrugados Azpeitia SL, el 11 de junio de 2012, su propósito de iniciar el expediente de regulación de empleo, y el 14 de junio de 2012 la apertura del período de negociación y consultas con una duración no superior a 30 días naturales, acompañando documentación y planteando fechas para el calendario de las reuniones.

Por la Dirección de Corrugados Azpetia SL, mediante carta fechada el 19 de junio de 2012, se comunicó a los trabajadores afectados por la medida extintiva su inclusión en la misma.

Celebradas las reuniones en fechas 19, 25 y 27 de junio, y 3, 6, 11 y 13 de julio de 2012, de sus contenidos, obrantes en las actas aportadas como documento nº 11 por la parte actora que se dan por reproducidas (folios 152 a 168 del tomo IV de las actuaciones). Se destaca, en relación a la medida extintiva, lo siguiente:

- Reunión de 19 de junio de 2012. La Empresa hace una exposición sobre la situación actual y los efectos de la crisis en la actividad económica y productiva, postulando una revisión en el Plan de Viabilidad, con posibilidad de adoptar medidas para atenuar las consecuencias del despido, como las incluidas en el Plan de Acompañamiento Social y el Plan de Recolocación, y solicitando al Comité el informe preceptivo. Los representantes de ELA y LAB abandonan la reunión después de que la Empresa se negara a autorizar la presencia de asesores externos en la negociación. Con los miembros de Corrugados Bai ofrece la Empresa un preacuerdo, sujeto a la firma del fin consensuado del período de consultas, para el abono de las indemnizaciones en las cantidades previstas en el art. 50 del Convenio para los despidos por causas objetivas.
- Reunión de 25 de junio de 2012: La Empresa manifiesta que el ajuste de la plantilla de 60 personas no puede ser objeto de consideración, con posibilidad de negociación en las condiciones de salida, e informa que, en

la medida en que se mantenga la huelga, se prevé la parada del horno con el consiguiente posibilidad de cierre patronal por precisarse luego de unos 15 días para la reanudación de la actividad. Los representantes de los trabajadores (con presencia de asesores por LAB y ELA, que también estarán en las siguientes reuniones) consideran se cierra la vía para posibles bajas voluntarias, habiéndose optado por la Empresa por comunicar la extinción de sus contratos al personal considerado excedente, cuestionando la voluntad negociadora de la Dirección.

- Reunión 27 de junio de 2012: Las partes discrepan sobre la efectividad de las medidas que está adoptando la Empresa en relación a la ampliación de mercados y sobre un supuesto desvío de producción de una planta a otra (en concreto a favor de la de Getafe y en detrimento de la de Azpeitia).
- Reunión de 3 de julio de 2012: Celebrada en le sede de Inspección de Trabajo, se mantiene en iguales términos que la reunión anterior (ya sin la presencia de los miembros de Corrugados Bai, que tampoco participan en las sucesivas reuniones).
- Reunión de 6 de julio de 2012: Frente a la petición por los representantes de los trabajadores de una oferta firme y por escrito de las condiciones de salida, con búsqueda de opciones menos traumáticas como las salidas voluntarias, la Empresa niega esta última posibilidad por los desajustes que han necesitado ser corregidos a raíz de las anteriores salidas incentivadas, reiterándose en el abono de las indemnizaciones, atendiendo a las cuantías previstas en el art. 50 del Convenio (20, 25 o 30 días por año de servicio según que la antigüedad sea inferior a 5 años, entre 5 y 10 años, o de más de 10 años), con abono, en los plazos que determine el grupo, de las cantidades que superen los 20 días por año de servicio.
- Reunión de 11 de julio de 2012: Se reiteran las mismas posturas de las partes, negándose la Empresa a aceptar la posibilidad de extinciones voluntarias que plantean los representantes de los trabajadores (salvo si se presenta alguna solicitud individual, que será objeto de estudio).
- Reunión de 13 de julio de 2012: La Empresa expone su decisión definitiva con mantenimiento de las extinciones de los contratos de trabajo de los 60 trabajadores cuyos datos personales fueron detallados en la apertura del período de consultas, oponiéndose LAB por no ir acompañada de un Plan de inversiones, y negándose ELA a la negociación si no se retiran los expedientes.

Transcurrido el período de consultas, sin que se hubiese alcanzado un acuerdo, por Corrugados Azpeitia SLU, con fecha 17 de julio de 2012, se comunica a la Autoridad Laboral y al Comité de Empresa la decisión final adoptada, que se concreta en los siguientes términos:

1) La extinción de los contratos de trabajo de los 60 trabajadores incluidos en la relación que se acompañó en la documentación de apertura del período de consultas, con la advertencia de que su inclusión había respondido a los siguientes criterios: el mantenimiento de la máxima capacidad de producción para atender a las demandas de los clientes, por lo que la medida de extinción afecta en mayor proporción al personal de estructura que a la mano de obra directa; corregir las disfuncionalidades y desequilibrios de la plantilla que existían como consecuencia del Plan de Extinciones solidarias incentivadas autorizadas por el Expediente de Regulación de Empleo nº 522/2011; la aplicación de criterios de idoneidad y polivalencia a fin de obtener la máxima flexibilidad para atender a las necesidades de la actividad. Se indicaba, asimismo, que la aplicación de las medidas de extinciones de contratos se produciría en el plazo de 33 días desde la finalización del período de consultas, es decir, hasta el 15 de agosto de 2012 y que la indemnización a percibir por los trabajadores afectados por la extinción de contratos sería de 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades. Finalmente, se especificaba que la primera reunión con la empresa adjudicataria del Plan de Recolocación tendría lugar el día 3 de septiembre de 2012.

2) Suspender y reducir la jornada de trabajo de los trabajadores incluidos en la relación que se acompañó en la documentación de apertura del período de consultas, es decir, toda la plantilla de la empresa, excepto las personas cuyos contratos sean extinguidos, los 3 Directivos, los Jubilados Parciales y los miembros del Comité de Empresa y Delegado Sindical, que pueden optar si desean ser incluidos en el expediente de suspensión o no, como máximo a un número de horas equivalentes a 66 días de trabajo. Se ponía de manifiesto que la suspensión se realizará para ajustar la producción a la demanda existente en cada momento y la reducción de jornada para completar series de producción que no exijan la presencia de un turno completo, y se aplicarán desde la fecha en que lo permita la entidad gestora de las prestaciones de desempleo hasta el 31 de diciembre de 2012.

8).- Adoptada la decisión final empresarial, se envía a los trabajadores afectados nuevas comunicaciones escritas de fecha 19 de julio de 2012, haciéndoles saber la extinción de sus contratos de trabajo con efectos desde el 5 de agosto de 2012 y la transferencia a su cuenta bancaria de la indemnización correspondiente, calculada de conformidad con lo establecido en el art. 51.8 del Estatuto de los Trabajadores.

De los trabajadores despedidos, 30 están afiliados al sindicato ELA y 14 al sindicato LAB.

9).- En fecha 17 de julio de 2012, los miembros del Comité de Empresa pertenecientes a los sindicatos LAB y ELA presentaron, ante la Autoridad Laboral, alegaciones al ERE 468/2012.

10).- Constan en autos, a los folios 608 a 634 (Tomo III), copia de los informes emitidos los días 24 y el 27 de julio de 2012, por la Inspección de Trabajo y por el Delegado Territorial de Trabajo de Gipuzkoa, respectivamente, cuyo contenido se da aquí por reproducido, sin que ello implique conformidad con las consideraciones que en ellos figuran.

11).- En fecha 3 de julio de 2012 la Dirección de Corrugados Azpeitia SLU comunicó al Comité de Empresa su intención de introducir modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo de la totalidad de la plantilla por causas económicas y productivas mediante escrito obrante en autos, al que nos remitimos.

12).- Al igual que otras empresas del grupo dedicadas a la misma actividad, Corrugados Azpeitia SLU vende prácticamente toda su producción, a precios de mercado, a Gallardo Corrugados SAU, siendo esta sociedad la que decide el volumen de adquisición a cada una de las empresas del grupo, que posteriormente vende a terceros a precios similares a los de compra.

13).- En el último cuatrienio, Corrugados Azpeitia SLU ha obtenido los siguientes ingresos totales en millones de euros: 2008: 585,5; 2009: 365,6; 2010: 359,3; 2011: 183. En ese mismo período, ha registrado los siguientes resultados: 2008: beneficios en cuantía de 5.508.218 euros; 2009: 44.508.218 euros de beneficios; 2010: pérdidas por importe de 35.508.134 euros; 2011: pérdidas de 19.258.566 euros (en este ejercicio se contabilizó un gasto de 6,38 millones de euros, correspondientes al pago de indemnizaciones por los despidos colectivos proyectados para el 2012, expediente nº 522/11, a satisfacer en ese año y en los sucesivos).

14).- Por Sentencia de 25 de junio de 2012, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en procedimiento de impugnación de despido colectivo (demanda nº 21/2012), se ha declarado probado que la mercantiles aquí codemandadas conforman un grupo en empresas a efectos mercantiles y laborales en el que Grupo Alfonso Gallardo SL es la sociedad dominante, participando en el capital social de las demás, directa o indirectamente, con los siguientes porcentajes (a 31.12.2010): Corrugados Azpeitia SL, 98%; Corrugados Getafe SL, 98%; AG Siderúrgica Balboa SAU, 100%; Alfonso Gallardo SAU, 100%; Grupo AG Productos Largos SL, 100%; Gallardo Corrugados SA, 100%; Alfonso Gallardo Corrugados Mallas SA, 100%; Corrugados Lasao SL, 98%; Eusebio Campos y Compañía SA, 98%; AG Suministros Balboa SA, 100%; Grupo Alfonso Gallardo Comercial Getafe SL, 98%; y Marceliano Martín SA, 97,46%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados tienen su apoyo en la prueba aportada por las partes, fundamentalmente en la documental que obra incorporada en las actuaciones, cuya verosimilitud, salvo en lo que respecta a los resultados del año en curso, no ha sido cuestionada por los litigantes, al margen de la distinta valoración que le otorgan, así como en la prueba pericial.

El contenido del hecho probado cuarto se complementa con la testifical practicada a instancia de las dos partes, en las personas del Director de Recursos

Humanos de Corrugados Azpeitia SLU (Sr Uribesalgo) y de un miembro del Comité de Empresa por la candidatura de LAB (Sr. Artetxe), y el del decimosegundo con las declaraciones del perito que depuso a instancia de la demandada y del Director Financiero de la empresa (Sr. Zatarain).

No se consideran acreditados los resultados provisionales del primer cuatrimestre de 2012, al no haberse justificado en la forma prevista en el art. 6.2 del RD 801/2011, de 10 de junio, y carecer de la necesaria fuerza de convicción, a tales efectos, el informe pericial de la parte demandada, basado en los datos facilitados por la empresa.

SEGUNDO.- Siguiendo un orden lógico en el examen de las cuestiones planteadas por las distintas partes, es preciso abordar, antes de nada, el análisis de la excepción procesal esgrimida por la mercantil compareciente consistente en la falta de legitimación activa de los demandantes para impugnar la decisión extintiva, por no figurar también como accionantes los miembros del Comité de Empresa elegidos por la plataforma Corrugados Bai.

El art. 124.1 de la LRJS, regulador de la modalidad procesal de despido colectivo, en la redacción dada por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero vigente al momento de presentarse el ERE nº 468/2012, dispone que la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores conforme a las reglas previstas en los apartados siguientes. La posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, no aplicable en el caso por razones cronológicas, pero de indudable valor orientativo, puntualiza el texto precedente, al precisar que, además de los representantes legales de los trabajadores, estarán legitimados para reclamar los representantes sindicales, pero siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.

En este caso, las Letradas que suscriben el escrito de demanda origen de las actuaciones ostentan una doble representación; por una parte, actúan en nombre de los Sindicatos ELA y LAB, al tiempo que lo hacen, además, en el de los siete miembros del Comité de Empresa afiliados a dichas centrales. Es decir, no intervienen en nombre del órgano colegiado, aunque así lo manifestasen en el acto de juicio, sin acreditar dicha representación, sino de parte de sus integrantes, aunque sean la mayoría.

Aclarado lo anterior, no cabe duda que las centrales sindicales cuentan con legitimación activa suficiente para promover el presente litigio, tanto por su efectiva presencia en el órgano unitario de representación del personal, como por el elevado número de trabajadores afiliados con que cuentan en el ámbito de la empresa demandada, deducible del alto número de trabajadores afectados por el expediente inscritos en dichas centrales. Por el contrario, los miembros del Comité de Empresa carecen de legitimación activa para impugnar, en su condición de tales, y de afiliados a ELA y LAB, a título individual, la decisión de la que discrepan. Y tampoco en nombre del órgano unitario, cuya representación no acreditan ni deviene del mero hecho de que sean la mayoría.

Procede, por todo ello, estimar en parte el óbice procesal formulado por la empresa codemandada.

TERCERO.- Entrando ya en el estudio de las pretensiones deducidas por la parte demandante, comenzaremos por las orientadas a la declaración de nulidad de la medida combatida, principiando por examinar las que afectan a la infracción de los dos derechos fundamentales protegidos por el art. 28 de la Constitución, cuyo quebrantamiento sería motivo de nulidad ex art. 124.9.3º “in fine” en la dicción que le dió el RD-ley 3/2012.

I.- Sostienen los accionantes, en primer término, que la decisión extintiva I constituyó un acto de represalia de la empresa frente al acuerdo de sus trabajadores de convocar huelga para los días 15 a 22 de junio de 2012 que, a partir de esta última fecha, devino indefinida.

El art. 181.2 LRJS, en el marco de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, prevé que "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Y, el art. 184 de esa misma norma, remite a la tramitación por su propia modalidad procesal de los litigios referidos a determinadas materias, entre las que se halla la materia de despido, si bien el art. 178.2 prevé que en dichos procesos se aplicarán, en cuanto a las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, las reglas y garantías previstas en ese Capítulo.

Ello significa que las garantías que prevén, primero la Constitución en su artículo 53.2, y luego la LRJS en la regulación de la modalidad procesal para la defensa y tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas, son atraídas a la modalidad procesal de que se trate cuando entra en juego la remisión contenida en el artículo 184 LRJS.

Así las cosas, la primera de las garantías a que debemos referirnos es la de la inversión de la carga de la prueba que se contiene en el precitado artículo 181.2 de la LRJS.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha reiterado desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que en aquellos litigios en los que existen indicios de lesión de derechos fundamentales, atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a toda vulneración del derecho fundamental de que se trate. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades que tenga reconocidos por las normas de aplicación al caso, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba que explica la jurisprudencia constitucional sobre prueba indiciaria en el proceso laboral desde sus primeros pronunciamientos y que ha tenido concreciones en la propia legislación procesal.

Es sabido que la prueba en este tipo de supuestos se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, 66/2002, de 21 de marzo, y 17/2003, de 30 de enero). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe revelar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de la lesión denunciada (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). En este punto, como recoge la STC 66/2002, de 21 de marzo, «conviene poner de relieve el tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio. Desde luego, en ningún caso sería exigible al trabajador la aportación de una prueba plena de la relación entre la decisión empresarial y el ejercicio del derecho fundamental, pues tal exigencia nos situaría fuera del esquema de distribución de cargas probatorias al que responde la denominada prueba indiciaria en el proceso laboral. Muy al contrario, el trabajador cumplirá su carga probatoria con la aportación de hechos a partir de los cuales surja razonablemente un panorama indicativo de la posible restricción en el derecho fundamental». (F. 5).

Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber probatorio, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. Se trata de una auténtica carga probatoria que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de toda vulneración de derechos fundamentales (STC 66/2002, de 21 de marzo).

Debiendo analizarse, por tanto, si la parte demandante ha aportado prueba indiciaria suficiente de la lesión del derecho fundamental de huelga, nos encontramos con que no es así. En efecto, tal y como se desprende de las comunicaciones efectuadas el 8 de junio de 2012 por el Comité de Empresa a la Dirección de Corrugados Azpeitia SLU, y a la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa en relación a la decisión del personal de realizar huelga entre los días 15 y 22 de junio, ambos inclusive (documento nº 4 de la prueba de la parte actora y documento nº 7 de la prueba de la empresa), y confirmaron los testigos que depusieron en el acto de juicio, tal acuerdo, al que siguió la posterior comunicación de la huelga indefinida (documentos 5 y 8 respectivamente), fue tomado por los trabajadores en asamblea celebrada el día 7 de junio para valorar el resultado de la reunión mantenida el día 31 de mayo por el órgano unitario con la Dirección de la Empresa, en el que ésta expuso su intención de despedir a 60 trabajadores y suspender los contratos del resto.

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que la presentación del ERE extintivo, el 15 de junio de 2012, no constituyó una represalia por la convocatoria del

paro, sino que supuso la puesta en marcha de unas medidas que previamente habían sido anunciadas a los trabajadores y que generaron la decisión adoptada por éstos. Es decir, no se ha demostrado que el inicio del procedimiento de despido colectivo fuera una consecuencia de la promoción de la huelga, antes al contrario, lo que ha resultado probado es que esta medida de conflicto se tomó para protestar frente a las medidas de despido y suspensión propuestas por la empresa.

No se ha probado, por tanto, la conexión entre la convocatoria del paro, y el despido impugnado, lo que impide apreciar la vulneración del derecho fundamental de huelga.

II.- En segundo lugar, los actores alegaron, por primera vez, en el acto de juicio, sin que la empresa compareciente formulase objeción formal alguna al respecto, que la empresa, a la hora de determinar el personal afectado por el ERE extintivo, había utilizado un criterio discriminatorio, basado en la afiliación sindical. Así se deduce, a su juicio, del hecho de que de los 60 trabajadores concernidos, 30 se encuentran afiliados al sindicato ELA y 14 al sindicato LAB. Consideran, por ello, que la demandada ha quebrantado el derecho a la libertad sindical previsto en el art. 28.1 de la CE.

Ampliando la doctrina citada en el epígrafe precedente, y precisando más lo que pueden entenderse indicios de la vulneración del derecho fundamental que se exigen a quien la alega, procede traer a colación la Sentencia de 17 de marzo de 2003, del Tribunal Constitucional. Se dice en ella que "en cuanto al tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio, según apuntaba nuestro ATC 89/2000, de 21 de marzo, y precisa recientemente la STC 17/2003, de 30 de enero, tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del "onus probandi" al demandado".

De ahí, sigue razonando la sentencia, que, en situaciones como la allí enjuiciada, al hecho de la militancia política y sindical y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato, será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido -la no discriminación por aquellas razones-) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la lesión -extinción contractual-), por cuanto que extinguir la relación laboral concertada con un trabajador que cuente con la condición de militante de organizaciones políticas y/o sindicales constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión constitucional aducida, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la carga de probar la regularidad constitucional de su acto, toda vez que podría estar fundada la ruptura del contrato en otras causas, absolutamente ajenas a ello. Como dijimos en la STC

293/1993, de 18 de octubre, por el solo hecho de la militancia no cabe verosíblemente presumir un móvil discriminatorio en la decisión cuestionada.

En este caso, al igual que ha señalado la doctrina constitucional reseñada, el simple dato de que el 73,66 % de los trabajadores a los que alcanzó la decisión extintiva estuviesen afiliados a los Sindicatos ELA y LAB, no se puede valorar como un indicio suficientemente revelador de que su designación nominal al inicio del expediente tuviese que ver con su pertenencia a las referidas centrales. Y ello, por tres razones fundamentales, a saber: 1ª) no se ha alegado ni acreditado que la empresa tuviese conocimiento de su adscripción sindical, lo que la demandada niega; b) tampoco existe constancia del número total de trabajadores de la empresa encuadrados en ELA y LAB al tiempo de la promoción del ERE, lo que impide determinar si el número de despedidos inscritos en esos Sindicatos es proporcionalmente mayor que el total de trabajadores de la empresa afiliados a los mismos; y, c) no se ha argüido en ningún momento que la empresa, al designar a los afectados, no se atuviese a los criterios objetivos fijados en la comunicación de apertura del periodo de consultas.

A mayor abundamiento, resulta sorprendente, y al mismo tiempo significativo, el silencio mantenido por los actores, hasta el mismo acto de juicio, sobre el pretendido carácter discriminatorio del nombramiento de los afectados, al que ninguna referencia se hizo en el período de consultas, y tampoco en el escrito de demanda.

CUARTO.- Desde la óptica de la legalidad ordinaria, los demandantes invocan varios defectos en la tramitación del procedimiento de despido colectivo determinantes, a su parecer, de la nulidad de la decisión empresarial, en los términos que seguidamente se analizan, no sin advertir que conforme a lo preceptuado en el art. 124.9.3º de la LRJS, en la redacción dada por el RD-ley 3/2012, aplicable por razón de las fechas, el incumplimiento de lo previsto en el art. 51.2 ET es causa de nulidad de la decisión extintiva.

Las irregularidades alegadas por la parte actora, siguiendo un orden cronológico en su exposición, son las siguientes:

1ª: En la comunicación de apertura del período de consultas: insuficiencia de los criterios de designación de los trabajadores afectados.

El texto del artículo 51.2 ET, reformado por el RD-ley 3/1012, al regular el contenido mínimo de la comunicación de la apertura del período de consultas, hace referencia, en su letra e), a los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido; regulación, frente a la que, en contra de lo razonado por la empresa demandada, no puede prevalecer, tanto por razones de jerarquía normativa como por el principio de sucesión de normas en el tiempo, lo dispuesto en el art. 8 c) del RD 801/2011, en relación con art. 2.5 de la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, que permitía dos vías de concreción del personal objeto de la medida extintiva: con carácter principal, su identificación nominal, y, de forma subsidiaria, la especificación de los criterios utilizados para su elección.

Por consiguiente, la individualización “a priori” de los trabajadores a los que se proponía despedir, no eximía a la mercantil demandada de la obligación de consignar, en el referido escrito, los criterios de selección.

Al respecto, y a falta de previsión legal sobre los criterios que deben regir en supuestos como el enjuiciado, en los que los efectos de la causa extintiva se proyectan sobre una pluralidad de puestos de trabajo y la medida alcanza únicamente a parte de ellos, la jurisprudencia social referida al despido objetivo por necesidades empresariales (sentencias de 19 de enero de 1998, Rec. 1460/97 y 15 de octubre de 2003, Rec. 1205/03, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo), aplicable al despido colectivo por apreciarse identidad de razón, y la jurisprudencia contencioso-administrativa en torno al despido colectivo (sentencia de 4 de mayo de 2004, Rec. 1777/02, de la Sala 3ª de ese mismo órgano), reconocen al empresario un amplio margen de libertad para establecer tales criterios y determinar los trabajadores concernidos por el cese, sin perjuicio de su obligación de respetar la prioridad de permanencia de los representantes del personal, legalmente prevista, así como las preferencias introducidas, en su caso, a través de la negociación colectiva, con los límites generales derivados de la prohibición del fraude de ley y de la interdicción del abuso de derecho, y del obligado respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

Por otra parte, procede observar que la exigencia a debate trae causa de lo dispuesto en el art. 2, apartado 3, epígrafe V de la Directiva 98/59, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y que a tenor de lo previsto en el párrafo primero de ese mismo apartado, el fundamento del deber de información que impone al empresario es que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas durante el transcurso de las consultas, y en tiempo hábil.

Revela lo expuesto que la norma comunitaria, al consagrar la exigencia en cuestión, no tiene en mente a los trabajadores afectados, sin perjuicio de que el conocimiento por su parte de los criterios invocados por su empleador, facilite, una vez comunicada la decisión extintiva, el ejercicio de las acciones individuales, de considerar que tales pautas no resultan ajustadas a derecho o no se corresponden con las causas invocadas por la empresa, o que su designación no se atiene a tales criterios, sino que está pensando en sus representantes y en la efectividad del período de consultas. Y ello, teniendo en cuenta que, como señala el TJCE en sentencia de 10 de noviembre de 2009 (Asunto C-44-08), “la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos”. Factores, entre los que se encuentran los criterios empleados por el empresario, o que va a manejar, para determinar los trabajadores que van a resultar afectados por el despido.

A la luz de la disposición comunitaria que inspira la interna, el juicio de suficiencia de la información facilitada a los representantes de los trabajadores al iniciarse

el expediente, debe realizarse atendiendo a la finalidad esencial que justifica la obligación empresarial. Ello supone que si bien no puede exigirse al empresario una exhaustiva descripción de los criterios de selección de los trabajadores a los que va alcanzar el despido, sí se requiere que la comunicación primigenia proporcione a los representantes del personal un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de aquellos, de forma que durante el período de consultas puedan proponer su corrección, o presentar otros criterios alternativos, a fin de reducir el número de despidos y atenuar sus consecuencias, lo que no resultará factible cuando en la aludida comunicación sólo se recojan pautas genéricas e imprecisas.

A la vista de esta finalidad, debemos juzgar la suficiencia de los criterios de selección referidos en el escrito de iniciación del período de consultas, consistentes en el mantenimiento de la máxima capacidad de producción para atender a las demandas de los clientes; la corrección de las disfuncionalidades y desequilibrios de la plantilla originados por el Plan de Extinciones incentivadas autorizadas en el ERE previo; y, finalmente, parámetros de idoneidad y polivalencia. El primero y el tercero deben ponerse en relación con las consideraciones que figuran en la memoria justificativa del expediente acerca del número de trabajadores que se consideraban precisos en cada uno de los departamentos de la empresa (acería, laminación, mantenimiento, logística, y servicios generales) y de la necesidad de introducción de ajustes en los de acería y laminación en base a la polivalencia de las personas que iban a desempeñar los puestos de trabajo. En lo que respecta al segundo, hay que tener en cuenta que el Comité de Empresa tenía conocimiento de los trabajadores cuyos contratos habían quedado resueltos a consecuencia del ERE anterior.

Pues bien, la Sala considera que la información facilitada por la empresa en el aspecto que nos ocupa, supera el juicio de suficiencia, máxime si se tiene en cuenta que la misma iba acompañada de la relación nominativa de los trabajadores afectados, lo que permitía al órgano unitario verificar si su designación se atenía o no a los criterios explicitados en la comunicación de apertura del período de consultas.

La actuación de la Administración Laboral, y de los representantes de los trabajadores, respaldan esta conclusión. La primera, no requirió a la empresa para que subsanase la supuesta vaguedad y falta de concreción de los criterios de selección, en los términos previstos en el art. 5.2 del RD 801/2012, y sólo en el informe emitido con posterioridad a la adopción de la decisión extintiva hizo alusión a tal deficiencia. Por su parte, el Comité de Empresa no hizo mención alguna al respecto en el desarrollo del período de consultas, conducta que adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que en la reunión del día 11 de julio de 2012 inquirieron sobre la posibilidad de aplicar criterios de voluntariedad, a lo que se opuso la empresa argumentando que “si se produce alguna petición individual, será estudiada. Pero los criterios de compensación de los desajustes provocados por las Salidas incentivadas (sic) que tuvieron lugar a principios de año y la necesidad de polivalencia e idoneidad, entre otros criterios, de los trabajadores que han quedado en plantilla, hacen inviable la salida con voluntarios” sin que los representantes de los trabajadores formularan objeción alguna sobre tales criterios desde un punto de vista formal o de fondo. El Comité de Empresa tampoco hizo referencia al

pretendido incumplimiento en el escrito dirigido a la autoridad laboral el día 17 de julio del 2012.

Por todo lo razonado, debemos rechazar la primera causa de nulidad por supuestos defectos procedimentales alegada por los demandantes.

2ª: En la documentación aportada con la comunicación de inicio del período de consultas: omisión de los informes técnicos justificativos de las causas organizativas y productivas, y de la previsión de pérdidas.

Procede advertir que la parte actora no hace alusión a esta causa de nulidad en los escritos de conclusiones.

El art. 51.2 ET, en la versión resultante de RD-ley 3/2012, en vigor desde el 12 de febrero de 2012, disponía en su párrafo tercero que “la referida comunicación (de la intención de efectuar un despido colectivo, a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores) deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior”.

De otro lado, en el período comprendido entre el 12 de febrero de 2012 y la fecha de entrada en vigor del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el nuevo reglamento de procedimiento sobre despidos colectivos, resultó de aplicación, en lo que no se opusiese a lo dispuesto en la nueva redacción del art. 51.2 ET, lo previsto para los expedientes extintivos en el RD 801/2011, de 10 de junio, en cuyos arts. 6, 7 y 8 se especificaban los documentos que habían de acompañarse a los ERES iniciados por el empresario, según obedeciesen a razones económicas (art. 6), técnicas, organizativas o de producción (art. 7), o a cualquiera que ellas (art. 8). Disposiciones que en el mencionado intervalo, y tal como vino a aclarar la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, debían entenderse vigentes en lo que no se opusiesen a la nueva definición de las causas contenida en los párrafos segundo y tercero del art. 51.1 ET, salvo la letra b) del artículo 8, bien entendido que lo dispuesto en la letra f) de ese mismo precepto debe entenderse referido al plan de recolocación interna en los términos establecidos en el art. 51.10 ET.

En lo que aquí interesa, el art. 7 del RD 801/2011, prescribía que “en los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción, que den lugar a su solicitud, que acredite, en la forma señalada en el siguiente apartado, la concurrencia de alguna de las causas señaladas”, añadiendo, seguidamente, que “el empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, 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”.

A la vista de este panorama normativo, y de la prueba practicada, no cabe apreciar un déficit de documentación que impidiese a los representantes de los trabajadores tener cabal y cumplido conocimiento de los motivos que soportaban la

decisión de la que discrepan. Ello es así, porque en la memoria explicativa entregada por la empresa, obrante al tomo II, folios 13 y siguientes, se detallaron suficientemente las razones de la medida extintiva que, en realidad, y con independencia de la calificación efectuada por aquella, eran de índole exclusivamente económica, al circunscribirse al descenso del volumen de facturación en todos los trimestres del año 2011 y en el primer trimestre del año 2012, respecto de los correlativos del ejercicio anterior, y a la desviación negativa de los resultados en el período más reciente, circunstancias ambas que, a mérito de la empresa, le obligaban a replantear las bases del Plan de Viabilidad previamente aprobado y a prescindir de 60 trabajadores de su plantilla.

Lo anterior implica que las causas alegadas por la empresa no requerían de un informe técnico específico, reservado a las causas organizativas y productivas, así como a las económicas consistentes en la previsión de pérdidas. Consiguientemente, y no habiendo cuestionado los demandantes la aportación por la empresa de la documentación exigible en los supuestos de pérdidas actuales, y disminución persistente del nivel de ventas, no existen argumentos que justifiquen la nulidad de la decisión extintiva por este motivo.

3ª: En la memoria explicativa y en la documentación aportada con la comunicación de inicio del período de consultas: ausencia de un verdadero plan de recolocación para los trabajadores afectados, falta de referencia a la inclusión de trabajadores mayores de 55 años que no sean mutualistas y a la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial, y no constancia del compromiso de la empresa sobre la aportación económica a realizar al Tesoro Público.

Debemos entender que los manifestados incumplimientos empresariales, susceptibles de estudio conjunto por las razones que más adelante se exponen, se refieren a los apartados 9, 10 y 11 del art. 51 ET en la versión que contiene el RD-ley 3/2012, que aquí resulta de aplicación, es decir, a las exigencias de que:

“9. 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.

10. La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de 6 meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.

El incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que procedan por el incumplimiento.

11. Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente”.

No procede declarar la nulidad de la decisión empresarial por los motivos alegados por los demandantes en virtud de las siguientes consideraciones. Ante todo, lo que es razón suficiente para su rechazo, porque el art. 124.9 de la LRJS, modificado por el RD-ley 3/2012, sólo sancionaba con la nulidad las inobservancias del art. 51.2 ET, por lo que la eventual vulneración de los apartados 9 a 11 del mencionado precepto no acarrearían tal consecuencia. Es más, el apartado 10 dispone otros efectos para su incumplimiento.

En segundo lugar, porque la mercantil demandada, como complemento del ERE solicitado, acompañó al mismo un Plan de Acompañamiento Social (folios 514 a 526 del tomo III); con medidas de recolocación interna dentro de la empresa y del Grupo Alfonso Gallardo y acciones formativas, y un Plan de Recolocación a cargo de Randstad (folios 527 a 544 del citado tomo), reconocido en prueba testifical por un representante de dicha empresa, que efectivamente se puso en práctica, y al que ya se han adherido 10 trabajadores afectados. A lo anterior hay que añadir que, desde la primera reunión del período de consultas, la empresa planteó la posibilidad de adoptar medidas para atenuar las consecuencias del despido como las incluidas en dichos Planes, y de negociar, ampliar o modificar los términos en ambos expuestos, ofrecimiento que no tuvo respuesta alguna.

En tercer lugar, porque no existe ningún precepto que obligue a la empresa a comprometerse expresamente en la comunicación de apertura del período de consultas a suscribir el alegado convenio especial. En todo caso, ha quedado acreditado que en fecha 21 de agosto de 2012, interesó a la Tesorería General de la Seguridad Social la formalización de un convenio especial con los cuatro afectados por la medida extintiva que superaban los 55 años, haciéndolo efectivo respecto del trabajador D. Juan María Esnaola Iriarte el 19 de septiembre de 2012, y quedando pendiente en ese momento el de los otros tres (Sres. Aguirrezabal Iturbe, Camarero Gallo y Eskisabel Izaguirre), por encontrarse en situación de incapacidad temporal (docs. 12 y 13 unidos al ramo de prueba de la demandada).

Por último, y en lo que concierne a las aportaciones económicas al Tesoro Público por los trabajadores afectados de 50 o más años de edad, a las que se refiere la DA 16ª de la Ley 27/2011, modificada por la DF 4ª del RD-Ley 3/2012, al margen de que como ya hemos adelantado, no está contemplada la nulidad de la medida extintiva por su incumplimiento, tal obligación sólo resultaba exigible en los términos fijados reglamentariamente que, a la sazón no estaban establecidos (vacío que vino a cubrir el RD

1484/2012, de 29 de octubre), en aquellos casos en que la empresa o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos inmediatamente anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo, circunstancia que aquí no concurre.

4ª: En el desarrollo del período de consultas: falta de voluntad negociadora por parte de la empresa, incumpliendo las exigencias de la buena fe.

A este respecto, parte demandante funda la pretensión anulatoria de la decisión extintiva en una triple consideración. De un lado, argumenta que la posición que mantuvo la empresa en todo momento fue la de que su decisión de prescindir de 60 trabajadores tenía carácter definitivo e innegociable. De otro lado, alega que cinco días después del inicio del período de consultas, la demandada comunicó a los trabajadores afectados su condición de tales. Señala, por último, que la empresa rechazó de plano la alternativa planteada por la representación de los trabajadores de aplicar criterios de voluntariedad en el cese. Todo ello le lleva a concluir que la demandada se negó a entrar a valorar ningún aspecto referente a la medida anunciada, vaciando de contenido el mencionado trámite.

Según dispone el art. 51.2 ET, en términos que no dejan espacio a la aplicación transitoria del art. 11 del RD 801/2011, “El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores... (debiendo versar la consulta), como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”, así como que “durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”.

Tal precepto transpone al ordenamiento interno lo señalado en los apartados 1 y 2 del artículo de la Directiva 98/59, a tenor de los cuales, “1. Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. 2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”. Se pretende lograr así, lo que constituye el objetivo principal de la Directiva: que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores.

La obligación impuesta al empresario de llevar a cabo consultas con el contenido mínimo expresado, responde a una doble finalidad; por una parte, permitir a los representantes de los trabajadores formular propuestas constructivas, cuando menos, para evitar las extinciones de contratos proyectadas, o al menos reducir su número (especialmente en casos como el presente en que el expediente es parcial), y mitigar sus consecuencias, y someter esas propuestas a debate y negociación con la contraparte; y, por otra, posibilitar el acuerdo entre los interlocutores sociales sobre los despidos colectivos

que se van a realizar. Con una y otra finalidad, la consulta es, en esencia, un medio para realizar una negociación que, como indica el TJCE en su sentencia de 27 de enero de 2005 (Asunto C-188/2003), constituye una auténtica obligación.

En definitiva, el período de consultas es un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe.

Y, en modo alguno, constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los despidos colectivos, por lo que no basta con una actuación de las partes tendente a la simple observancia formal del trámite, sino que es precisa la adopción de una conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido.

En lo que respecta al alcance del deber empresarial de negociar, y de hacerlo conforme al principio de la buena fe, so pena de nulidad de la decisión extintiva (art. 124.9 LRJS), es claro que no se traduce en la obligación de aceptar las reivindicaciones de los representantes de los trabajadores y alcanzar un acuerdo, pero sí, en lo que ahora importa, en la de mostrar una actitud abierta y dialogante en las reuniones que se celebren, escuchar las propuestas de los representantes del personal, valorarlas y darles contestación, explicar las razones de su rechazo, argumentar las propias, etc.

En el supuesto que enjuiciamos, ha quedado acreditado que la empresa demandada optó, de manera consciente y voluntaria, por hurtar a la negociación colectiva la materia referida al número de contratos a extinguir, respecto de la cual mantuvo, y trasladó al Comité de Empresa, su posición inamovible e inflexible de resolver la totalidad de los inicialmente previstos, sin contemplar ninguna alternativa, decisión que intentó blindar y hacer irreversible por la triple vía de negarse de plano a reconsiderar esa cifra en las reuniones con los representantes del personal, proceder a la designación «ab initio», de los concretos trabajadores afectados y comunicarles también desde el primer momento su condición de tales, y rechazar la posibilidad de admitir criterios de voluntariedad en los ceses.

A partir de tal constatación, el problema litigioso se centra en determinar si el proceder que acabamos de describir permite tener por cumplido en debida forma el deber empresarial de negociar de buena fe en el curso del período de consultas.

Cuestión que, a merito de la Sala, merece una respuesta favorable a la tesis defendida por los demandantes, por las siguientes razones:

a) la faceta excluida por la empresa de la negociación - el número de contratos a resolver - forma parte del contenido mínimo del período de consultas;

b) el carácter categórico de la negativa a abordar ese punto, y la ausencia total de explicaciones por parte de la demandada, acerca de los motivos por los que resultaba absolutamente innegociable;

c) la inexistencia, tan siquiera, de elementos de juicio de los que se pueda deducir la razonabilidad de la postura empresarial el sentido de que la disminución del número de extinciones resultaba del todo punto imposible;

d) la posición de la demandada impidió a la representación de los trabajadores formular propuestas en torno a ese tema, y su posterior discusión;

e) el proyecto extintivo iba acompañado en paralelo por medidas de flexibilidad interna (suspensión de contratos, reducción de salarios y ampliación de la jornada laboral), objeto de negociaciones paralelas, lo que constituía un marco especialmente propicio para el intercambio de ideas encaminadas a reajustar a la baja el volumen de mano de obra sobrante, máxime si se tiene en cuenta que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal no afectado podía provocar rescisiones voluntarias de contratos de trabajo, como efectivamente sucedió, según se puso de manifiesto en la vista oral;

f) la proximidad del anterior expediente de regulación de empleo en el que la empresa había obtenido autorización para extinguir 100 contratos de los 140 solicitados.

g) en el contexto del que se ha dado cuenta, la decisión empresarial de nominar «ab initio» a las personas a las que tenía intención de despedir e informarles individualmente de su propósito, violentó las reglas de la buena fe, pues su finalidad fue la de llevar el ánimo de los afectados, y de sus representantes, que la extinción anunciada tenía carácter firme, sin posibilidad de discusión alguna en cuanto al número y a la identidad de los trabajadores afectados.

Con ello no estamos diciendo que la mercantil demandada, para cumplir la obligación de negociar de buena fe con los representantes de los trabajadores, se viese compelida a rebajar el número de trabajadores que se proponía cesar, pero sí, por todos los datos puestos de manifiesto, que al imponer como premisa previa y fundamental, antes de iniciar la negociación, que ni siquiera cabía hablar de un aspecto tan básico y relevante como el apuntado, cometió la infracción que se le imputa.

Resta por señalar que la actuación empresarial constituyó un grave e injustificado incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe, que desnaturalizó el proceso de consultas, al afectar a un elemento sustancial del mismo y a la propia finalidad de ese trámite, impidiendo toda posibilidad de acuerdo, y viciando de nulidad la decisión extintiva.

5ª: En la clausura del período de consultas: defectos en la redacción del acta levantada por la empresa de la reunión celebrada el día 13 de julio de 2012.

Se aduce, finalmente, por los demandantes, que el documento referenciado no cumple los requisitos exigidos por el artículo 11.2 del RD 801/2011, a virtud del cual el acta final de las consultas deberá detallar “el contenido de las negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubieran sido

examinados”, pues carece de ese contenido, y ni siquiera consta en ella su carácter de acta final.

Este último alegato no puede ser acogido pues entra en contradicción con el texto del acta obrante en autos al folio 592. En cuanto al restante, y aún siendo cierto, se trata de un mero defecto de procedimiento, no invalidante.

QUINTO.- De conformidad con lo razonado en el punto 4 del fundamento anterior, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 124.9.3º LRJS, en la redacción dada por el RD-Ley 3/2012, procede, con estimación de la pretensión principal deducida en la demanda rectora de autos, declarar la nulidad del despido colectivo acordado por la mercantil Corrugados Azpeitia SLU., sin que haya lugar al pronunciamiento de condena instado en aquella, pues el citado precepto configuraba la sentencia como «meramente declarativa», limitada a declarar la nulidad del acto empresarial, siendo criterio de esta Sala, recogido en el auto de aclaración de 18 de septiembre de 2012 (proc. 6/2012) y en la sentencia de 9 de octubre siguiente (proc. 13/2012), el de que, en defecto de previsión legal, tal declaración no puede ir acompañada de ninguna otra, como la relativa al derecho de los trabajadores despedidos a la reincorporación a sus puestos de trabajo, sin perjuicio de las decisiones que la empresa pueda adoptar a la vista de la presente resolución y de lo que pueda decidirse en las demandas individuales que las personas afectadas hayan presentado o puedan formular en su caso.

SEXTO.- La estimación de la pretensión principal de la demanda, por concurrir un vicio en el procedimiento de despido colectivo determinante de la nulidad del mismo, nos exime de entrar a considerar las alegaciones que sustentan la petición subsidiaria de que se declare que no resulta ajustada a derecho, por la inexistencia de causas económicas para despedir y la falta de adecuación de la medida.

Tales alegaciones son, en sustancia, las siguientes: A) los hechos invocados por la empresa son los mismos que ampararon un ERE anterior, con motivo del cual elaboró un plan de viabilidad que ha incumplido; B) los resultados negativos, además de estar basados en parte en documentación no auditada (los de los primeros meses del año en curso), dependen de las decisiones adoptadas por el grupo laboral de empresas al que pertenece (no obstante, se reconoce que el grupo en su conjunto y las empresas que lo integran se encuentran en una situación económica negativa, lo que explica que en el resultando de hechos probados no se hayan recogido los datos del grupo); y, C) la medida extintiva no resulta adecuada, teniendo en cuenta las necesidades de mano de obra, y el planteamiento simultáneo de un expediente de modificación sustancial de las condiciones de trabajo para reducir los salarios de los trabajadores y aumentar su jornada anual.

Resulta innecesario pronunciarse sobre las alegaciones que hemos resumido, porque la regularidad del procedimiento seguido para la adopción de la decisión extintiva constituye un presupuesto de su validez, que no podría ser declarada, aunque se apreciase la suficiencia de las causas señaladas por la empresa y la adecuación de la medida. Además, la Sala considera improcedente hacerlo a efectos exclusivamente dialécticos,

porque las partes no podrían combatir eficazmente ese pronunciamiento, en casación, a título cautelar.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Declaramos la falta de legitimación activa de D. Francisco Platero Blanco, D. Imanol Arrojeria Egaña, D. Ignacio Otaegui Otaegui, D. Asier Peñagaricano Arteaga, D. Esteban Campos Chapartegui, D. Ander Labaca Iparragirre y D. Roque María Urdapilleta Urtuzaga, para ejercitar la acción de impugnación del despido, pero no así la de las centrales sindicales ELA y LAB, que se reconoce.

Estimamos, en su pretensión principal, la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por los Sindicatos ELA y LAB, frente a las empresas Corrugados Azpeitia, S.L.U., los miembros de la Plataforma Corrugados Bai, Corrugados Getafe S.L., Grupo Alfonso Gallardo S.L.A.G., Siderúrgica Balboa S.A.U., Alfonso Gallardo S.A.U., Grupo AG Productos Largos S.L, Gallardo Corrugados S.A., Alfonso Gallardo Corrugados Mallas S.A., Corrugados Lasao S.L., Eusebio Campos y Compañía S.A., A.G. Suministros Balboa S.A., Grupo Alfonso Gallardo Comercial Getafe S.L., Marceliano Martín S.A. y el Ministerio Fiscal.

En su consecuencia, declaramos nula la decisión adoptada en fecha 17 de julio de 2012 por la mercantil Corrugados Azpeitia S.L.U., de extinguir los contratos de 60 trabajadores de su plantilla.

No ha lugar a pronunciamiento alguno sobre el Fondo de Garantía Salarial al ser ajeno a la cuestión debatida.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación ordinario en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación ordinario que podrá plantearse en el plazo de 5 días hábiles siguientes al de su notificación. Se considerará preparado por la mera manifestación de la parte o por su representante, al ser notificada la sentencia, o bien mediante comparecencia ante esta Sala o por escrito presentado ante la misma.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0019-12

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42-0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0019-12.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.