

Madrid, a doce de junio de dos mil trece.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres.

En el procedimiento 0000143/2013 seguido por demanda de Metal, Construcción y Afines de la UGT, Federación de Industria (Letrada Martínez Riaza): CGT (Letrado Raúl Maillo); CC.OO FED. de Industria (Letrado Enrique Lillo); Colectivo Obrero y Popular (Letrada Elena García); contra Roca Corporación Empresarial SA (Letrado Guillermo García Aran); Roca Sanitario SA (Letrado Hijas Mirón); CTE. EMP.DE Roca Sanitario SA Madrid (Letrada Martínez Riaza); CTE. EMP. de Roca Sanitario SA Sevilla (Letrada Martínez Riaza); Ministerio Fiscal; sobre impugnación despido colectivo.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Poves Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Según consta en autos, el día 27 de Marzo de 2013 por la representación letrada de los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC.OO) se presentó demanda de impugnación de despido colectivo contra ROCA Corporación Empresarial SA y ROCA Sanitario SA, interesando también se citase como parte interesada al Colectivo Obrero y Popular y, en su legal representación, al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Por Decreto de la Secretaria de esta Sala de fecha 4 de Abril de 2013 se admitió a trámite tal demanda, designando también ponente. Asimismo se acordó señalar para los actos de conciliación y juicio, en su caso, la fecha del 4 de Junio de 2013.

TERCERO.- El 10-4-2013 la representación letrada del sindicato CGT presentó demanda dirigida contra Roca Sanitarios SA y los sindicatos que se enumeran en la misma, que fue admitida a trámite por Decreto de 12-4-2013.

Por Auto de esta Sala de fecha 23 de Abril de 2013 se acordó la acumulación de esta demanda a los autos 143/2013.

CUARTO.- El 10-4-2013 el sindicato Colectivo Obrero y Popular (COP) presentó demanda contra Roca Corporación Empresarial, Roca Sanitarios, interesando se citase como interesados al Comité de empresa de Roca Sanitarios SA y a los sindicatos CC.OO y UGT.

Esta Sala dictó Auto de fecha 25 de Abril de 2013 acordando acumular esta demanda al procedimiento seguido con el mismo 143/2013.

QUINTO.- Llegados el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, compareciendo como parte actora los sindicatos UGT, CGT, CC.OO y COP. Como demandados lo hicieron Roca Corporación Empresarial SA, Roca Sanitario SA, el Comité de empresa de Roca Sanitario SA de Madrid y Comité de empresa de la misma en Sevilla. Compareció también el representante del Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Ratificaron sus demandas los sindicatos accionantes, contestando los demandados en los términos que recoge el acta del juicio.

Por la empresa Roca Sanitarios se alegó previamente la excepción de falta de legitimación activa de CGT y COP.

Por Roca Corporación se alegó la excepción de falta de legitimación pasiva.

Se practicó prueba documental, reconocida por las partes en los términos que figuran en el acta del juicio.

A instancia de Roca Sanitario se practicó prueba testifical y pericial, siendo esta última también solicitada por Roca Corporación.

Tras elevar sus conclusiones a definitivas, se declaró el juicio concluso. El desarrollo del mismo aparece reflejado en el acta levantada al efecto, así como en la grabación audiovisual que figura unida a estos autos.

Aparecen acreditados y así se declaran, los siguientes hechos probados:

Primero.- La empresa Roca Sanitario, S.A (Sanitario desde ahora) es una entidad jurídica española que forma parte del grupo empresarial Roca Corporación Empresarial, S.A (Corporación desde aquí), dedicando su actividad a la fabricación de elementos y materiales relacionados con el cuarto de baño: grifería, cerámica para pavimentos y revestimientos y bañeras de material acrílico. La empresa tiene una plantilla total de 1439 trabajadores, distribuidos en cuatro centros de trabajo situados en tres comunidades autónomas y en los siguientes municipios; Alcalá de Henares, Alcalá de Guadaíra, Gavá-Viladecans y Barcelona. Los centros de trabajo afectados por la medida extintiva son los de Alcalá de Henares (249 extinciones) y Alcalá de Guadaíra (227 extinciones).- Las empresas demandadas regulan sus relaciones laborales por el convenio de ambas, publicado en el BOE de 26-08-2010, en cuya disposición final, aplicable únicamente al centro de Alcalá de Guadaíra se dice lo siguiente: “En virtud de lo establecido en el art. 67.1 párrafo 5º del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 13.2 del RD 1844/94, de 9 de septiembre, cuando se produzca durante 3 meses consecutivos, una reducción o ampliación, en la plantilla de la empresa que produzca un desequilibrio en la proporcionalidad establecida en el art. 66 del Estatuto de los Trabajadores, durante el mes inmediatamente siguiente, se adecuará la representación de los trabajadores a la nueva dimensión de la empresa, repartiéndose proporcionalmente el número de puestos a cubrir, en función de los resultados obtenidos en las últimas elecciones, con arreglo a lo previsto en el art. 62.1 y 66.1 del Estatuto de los Trabajadores, guardando la debida proporcionalidad por colegios electorales, candidaturas y candidatos electos”.

Segundo.- CCOO y UGT ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan cuatro y cinco miembros del comité de empresa de Alcalá de Henares, donde COP acredita otros tres representantes.- En el comité de empresa de Alcalá de Guadaíra UGT acredita seis representantes y CCOO cinco representantes.- CGT no acredita representantes en los centros citados, aunque si ostenta representación en otros centros de la empresa, aunque no se ha precisado en cuales, ni tampoco su porcentaje de representatividad en los mismos.

Tercero.- Desde el año 2007 hasta la fecha la empresa ha tramitado un total de 7 expedientes de regulación de empleo de los cuales 2 de ellos han sido de extinción y el resto de suspensión La empresa solicitó con fecha de 17-07-08 un expediente de regulación de empleo (ERE 52/2008) afectando a todos los centros de trabajo de la empresa, que culminó con la Resolución de 18.08.2008 de la D.G.T por la que se autorizó la extinción de 395 contratos, extinguiéndose finalmente sólo 265 contratos.

Posteriormente, con fecha de 27/02/2007 se autorizó por la D.G.T Expediente de Regulación de Empleo 11/2009 de suspensión de los contratos de trabajo de 1954 trabajadores de los tres centros productivos de la empresa por el periodo de un año.

Mediante ERE 315/2009 autorizado por la Resolución de fecha 14.01.2010 se extinguieron los contratos de trabajo de 504 trabajadores. Posteriormente, en resolución complementaria, quedaron afectadas otras 47 personas. En el mismo expediente, se autorizó fa suspensión temporal de 200 puestos de trabajo hasta el 28.02.11.- Obran en autos la memoria del citado expediente, así como las actas del período de consultas, fechadas los días 7, 8. 23 y 24-09, 5 y 21-10 y 19-11- 2009, que concluyó sin acuerdo, aunque se solicitó la suspensión del plazo para dictar resolución.- En el proceso intervino un mediador, cuya proposición fue estimada parcialmente por la empresa, quien presentó un escrito a la Dirección General de Trabajo el 12-01-2010, que obra en autos y se tiene por reproducido, en cuyo apartado 25, denominado compromiso de empleo, se dijo lo siguiente: “Tal y como se ha explicado en la documentación aportada al expediente, dada la reducción del plan de producción que la empresa tiene previsto realizar con el objeto de adaptarse a la nueva situación del mercado, lo más razonable desde et punto de vista económico y productivo hubiese sido propiciar la saturación de unos centros productivos en detrimento de otros y posiblemente cerrar una de las tres plantas con el objeto de reducir gastos fijos y optimizar los recursos existentes.

No obstante, atendiendo a criterios de equidad y responsabilidad social, se ha preferido mantener los tres centros en funcionamiento, asumiendo la empresa las ineficiencias que esto pueda producir.

En consecuencia, de resultar autorizado el presente Expediente en los términos solicitados en la presente propuesta, la Empresa se compromete a no llevar a cabo reducciones de plantilla mediante expedientes de regulación de empleo (despidos colectivos) por motivos económicos, organizativos, técnicos o de producción y a no proceder al cierre total de ninguno de los centros productivos afectados por el presente Expediente. La empresa garantiza la permanencia de la actividad productiva de los centros de trabajo de Gavá-Viladecans, Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaíra, con la realización de las inversiones necesarias. La Dirección de la empresa asume el compromiso de mantenimiento en el futuro de todas las plantas en producción. El número global de trabajadores de mano de obra directa en las tres fábricas no será inferior a 900.

Todo ello, siempre que se acaben de concretar y materializar las expectativas de producción y venta de los años próximos de conformidad con la memoria y el plan de viabilidad presentado”.

Los objetivos de producción en miles de piezas, referidos en las fábricas de porcelana, eran 2185 (2009); 1.750 (2010); 1.750 (2011) y 1.850 (2012).

La empresa presentó de nuevo dos ERES de suspensión: primero de suspensión temporal de 37 días que afectó a 484 trabajadores de la fabricación de porcelana de las factorías de Gavá y Alcalá de Guadaíra desde diciembre de 2011 al 6 de enero de 2011, y posteriormente en noviembre de 2011, mediante ERE 336/11 de 17 de noviembre se suspendieron 1177 contratos desde el 3 de diciembre de 2011 al 6 de enero de 2013.

Cuarto.- El 18 de diciembre de 2012 SANITARIO comunicó a la autoridad laboral el inicio de expediente de regulación de empleo de extinción que afectaba a 486 contratos de trabajo, basado en causas productivas y organizativas, constituyéndose dos comisiones negociadoras en el centro de Alcalá de Henares y en el Alcalá de Guadaíra, cuyos interlocutores sociales fueron los comités de empresa de cada centro de trabajo.

- La documentación aportada fue la siguiente:

1. Comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores (art. 2 y 3 del Real Decreto 1483/2012).

1.a) Anexo 1: Propuesta de calendario de reuniones 1.b) Anexo 2: Relación numérica y clasificación profesional de trabajadores afectados dividida por centro de trabajo 1.c) Anexo 3: Relación numérica y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.

2. Solicitud de informe a la representación de los trabajadores (art. 3.3 del Real Decreto 1483/2012).

3. Memoria justificativa (art. 3.2 del Real Decreto 1483/2012).

4. Plan de recolocación externo (art 9 del Real Decreto 1483/2012).

5. Informe técnico de las causas productivas (art 5 del Real Decreto 1483/2012).

6. Cuentas anuales de los DOS últimos ejercicios completos debidamente auditadas (Roca Sanitario 2010 y 2011) (art 4.2 del Real Decreto 1483/2012).

7. Cuentas de provisionales del año 2012 de Roca Sanitario, S.A. (art 4.2 del Real Decreto 1483/2012).

8. Cuentas anuales e informe de gestión consolidados de los años 2010 y 2011 de Roca Corporación Empresarial, S.A. (sociedad dominante del grupo) debidamente auditadas (art. 4.5 del Real Decreto 1483/2012).

9. Certificado de ventas trimestrales (art. 4.4 Real Decreto 1483/2012).

10. Certificado Bases Imponibles Negativas.

11. Certificado Beneficio Operativo Las reuniones, mantenidas entre la empresa y los comités de empresa citados, se producen los días 18-12-2012; 3, 8, 10, 11, 14, 15 y 16-01-2013, cuyas actas obran en autos y se tienen por reproducidas, habiéndose realizado diversas ofertas por la empresa demandada, quien ofertó en la reunión de 8-01-2013 una indemnización de 25 días por año con un tope de quince mensualidades, manifestándose por la RLT que no acepta extinciones.

- En la reunión de 11-01-2013 se debate en profundidad sobre los datos económicos, entregados por la empresa, sin que las partes alcancen consensos mínimos sobre valoración y consecuencias, aunque la empresa admite la posibilidad de estudiar traslados.

- El 15-01-2013 se mantuvo la tónica precedente, puesto que las partes no consiguieron acercar posiciones, aunque la empresa realiza un ofrecimiento, consistente en una indemnización de 29 días por año con un tope de quince mensualidades; recolocación de 40 trabajadores en Cerámicas Gala con diversas indemnizaciones por traslado y un plan de prejubilaciones, que afectaría realmente a solo tres trabajadores de la empresa.- Se anexó documentación sobre desglose de gastos de personal; inversiones de Sanitarios en el período 2008-2012; evolución de la plantilla por centros y plantilla media de las diferentes empresas del grupo en España.

El 17 de enero de 2013, según acta que consta en el expediente, las partes acordaron que la empresa procedería a la mayor brevedad a desistir de dicho procedimiento de despido colectivo ante la autoridad laboral (núm. expediente 702/2012) al objeto de iniciar un nuevo procedimiento en el que la negociación no se realizaría separada por centros de trabajo sino de manera general para todos los centros.

Quinto.- El 30 -de enero de 2013, tuvo entrada en la Dirección General de Empleo la comunicación de procedimiento para la extinción de 484 contratos de trabajo por parte de la empresa Roca Sanitario, S.A.- La empresa basó su pretensión en la existencia de causas económicas, productivas y organizativas para fundamentar la extinción de los 476 contratos de trabajo. La pormenorización de las causas, realizada en la memoria aportada por la empresa, reproduce fundamentalmente la realizada para justificar todos los

ERES anteriores. La mercantil acredita con la documentación aportada que la compañía Roca Sanitario, S.A presenta en 2011 unas pérdidas de 5.267.000 euros, ascendiendo a 34.220.000 euros las pérdidas de acuerdo con las cuentas provisionales de 2012. Las cuentas consolidadas de 2010 y 2011 del grupo Roca Corporación, S.A. a la que pertenece la mercantil arrojan unos beneficios de 19.126.000 y 19.789.000 euros respectivamente, si bien el resultado neto consolidado del grupo provisional de 2012 arroja una pérdida de 30.222.000 euros, según el informe de la Inspección de Trabajo.

La empresa anexó a la comunicación del expediente, documentación siguiente:

-Comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del periodo de consultas: propuesta de calendario de reuniones, número y clasificación profesional de los trabajadores afectados desglosado por centros de trabajo, número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año desglosados por centro de trabajo -Solicitud de Informe a los representantes de los trabajadores -Memoria explicativa de las causas económicas, organizativas y de producción que justifican las extinciones -Plan de recolocación externa (Lee HechtHarrison) -Informe Técnico realizado por la empresa KPMG -Cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos debidamente auditadas (ROCA SANITARIO, S.A 2010 y 2011 consistente en balance, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión) -Cuentas Provisionales del año 2012 de Roca Sanitario, S.A firmadas por los administradores de la sociedad.

-Cuentas anuales e Informe de gestión consolidados de los años 2010 y 2011 de Roca Corporación, S.A (Sociedad dominante del grupo) -Cuentas provisionales consolidadas del año 2012 de Roca Corporación, S.A, firmadas por los administradores -Informe pericial realizado por KPMG de verificación sobre las cifras de "venta neta de producto terminado" trimestrales para los ejercicios 2006 al 2012.

En la memoria la empresa precisa los criterios de selección del personal afectado, subrayando que la medida afecta a las personas que ocupan puestos de trabajo relacionados con las fábricas de porcelana, exceptuando a los trabajadores de las secciones que prestan servicios comunes en la factoría de Alcalá de Henares (administración de personal, paga, coste y control de facturas, almacén de distribución, compras, gestión e calidad, métodos y tiempos; es decir, todas las secciones con excepción de las fábricas de porcelana y bañeras) que a fecha de la extinción tenga 50 o más años, a fin de

asegurar sus contratos de trabajo mediante procedimientos de recolocación interna.- En la fábrica de Alcalá de Guadaira la medida afecta a la totalidad de la plantilla de trabajadores como consecuencia del cierre del centro de trabajo.

En cuanto a la fábrica de Alcalá de Henares, respecto del personal adscrito a la actividad de porcelana, resultan afectados los empleados que realizan trabajos de forma directa o indirecta en la fábrica de porcelana de dicho centro de trabajo, y respecto del personal de estructura, se señala que el cierre de la planta de porcelana-con el correlativo mantenimiento de la fábrica de bañeras-del centro de trabajo implica que la plantilla directamente empleada en trabajos de producción a fecha de 25 de enero de 2013 pasa de 303 empleados a 86, lo que se traduce en una menor necesidad de trabajo en los departamentos de estructura. Por lo que se refiere a dicho personal de estructura, en cada sección el criterio de designación para proceder a la afectación, en casos de igual capacidad y grupo profesional, ha sido el de menor antigüedad en la empresa.

Tanto en la memoria como en la decisión final de la empresa, en el apartado relativo a los criterios de designación, la mercantil realiza dos puntualizaciones:

-Por un lado, la empresa considera oportuno no incluir como personal afectado a los empleados del centro de trabajo de Alcalá de Henares pertenecientes a "estructura" que contaran con 50 o más años de edad cumplidos a la fecha de la decisión final al tratarse de un colectivo cuya reinserción laboral reviste mayores dificultades.

- Refiriéndose a la planta de Alcalá de Guadaira, en la memoria se subraya que la medida afecta a la totalidad de la plantilla de trabajadores como consecuencia del cierre del centro de trabajo.

No obstante, en el caso de que pudiera considerarse que a pesar del cierre los representantes legales de los trabajadores de este centro de trabajo tienen prioridad de permanencia y no renunciaran de forma efectiva a este derecho, se afectará adicionalmente al mismo número de empleados de la fábrica de bañeras de Alcalá de Henares al objeto de poder dar cabida a los referidos representantes.

Esta afectación se realizará en base al siguiente criterio: se afectará al empleado de menor antigüedad en la empresa con igual capacidad y grupo profesional que el representante legal de los trabajadores.

En la factoría de Alcalá de Henares, la memoria precisa que si los Representantes de los Trabajadores afectados no renunciaran a su derecho a la prioridad de permanencia se afectará al mismo número de empleados de la fábrica de bañeras, en base a los siguientes criterios:

- Se afectará al empleado de menor antigüedad en la empresa con igual capacidad y grupo profesional que el representante legal de los trabajadores.

Sexto.- La negociación se llevó a cabo de manera global, participando en la misma los una delegación de los representantes legales de los trabajadores de los centros de Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaira, compuesta por cuatro representantes de UGT, tres representantes de CCOO y un representante de MCA-UGT por el centro de Alcalá de Guadaira y tres representantes de UGT, tres de CCOO y uno de COP del centro de Alcalá de Henares.- Empresa y representantes de los trabajadores, que finalizó sin éxito.

El periodo de consultas se sustanció en 9 reuniones, celebradas los días 31 de enero, 6, 7, 13, 14, 20, 21, 22 y 24 de febrero, fecha en la que finalizó el mismo sin acuerdo entre las partes. De cada reunión se levantaron las respectivas actas, firmadas por todos los intervinientes. A cada una de las actas, se adjuntaron escritos en los que se incluyeron las manifestaciones de ambas partes, que obran en autos y se tienen por reproducidas.

-El inicio del periodo de consultas tuvo lugar el 25 de enero, fecha en la que quedó constituida la comisión negociadora, acordando las partes el calendario de reuniones que habrían de tener lugar a partir de esa fecha.

-Con fecha de 31 de enero de 2013 se celebró la primera reunión. Las manifestaciones de la representación legal de los trabajadores (presentadas en escrito de 6 de febrero) en relación a dicha reunión son las siguientes: Considera conducta antisindical el punto recogido en la Memoria presentada por la empresa en el que se establece que en caso de no renuncia efectiva al

derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores del centro de trabajo de Alcalá de Guadaíra, se afectaría al mismo número de trabajadores del departamento de bañeras de Alcalá de Henares que representantes ejercieran ese derecho. Solicita información adicional, relativa a la desagregación de los gastos de explotación en las cuentas 2012 consolidadas provisionales, información relativa al stock, desagregada por centros, con especificación de su origen, programa de fabricación de 2013 de Roca Sanitarios, S.A, producción de "Gala" de 2010, 2011 y 2012 y programa de fabricación de 2013.. Se pone en evidencia la mala fe de la empresa, que, tras 7 ERES, incumple el compromiso de mantenimiento del empleo que adquirió con ocasión del ERE 315/09.

-El 6 de febrero de 2013 se celebró una segunda reunión, en la que la empresa aportó la información requerida por la representación de los trabajadores en la anterior reunión. Con carácter previo, se informó sobre la huelga convocada en el centro de trabajo de Alcalá de Guadaíra y el planteamiento del conflicto colectivo, existiendo discrepancia entre las partes. Se debatió sobre las causas económicas y productivas invocadas por la empresa y la situación del grupo en el que se integra la empresa. Considerando la parte social insuficiente la documentación presentada por la empresa, se reitera la solicitud de documentación más detallada en cuanto al stock, programa de fabricación para 2013 y producción de "Cerámicas Gala" y del Plan de Viabilidad.

-En la reunión celebrada el 7 de febrero de 2013, además de sobre las causas invocadas, se debatió sobre las consecuencias del ERE, la empresa ofrece unas condiciones relativas a la indemnización (29 días por año con un límite de 15 mensualidades), recolocación de 40 trabajadores y Plan de prejubilaciones, manteniendo su posición de cese de la actividad productiva de porcelana sanitaria en los dos centros de trabajo afectados en los términos que se recogen en la comunicación del ERE. Se solicita documentación a la empresa por parte de la representación de los trabajadores.

-En la reunión celebrada el 13 de febrero, se debatió sobre las causas motivadoras del expediente, y la empresa mejoró el ofrecimiento relativo a las consecuencias del ERE respecto a la reunión anterior, con una indemnización de 30 días por año con un límite de 16 mensualidades, recolocación de 50 trabajadores y prejubilaciones. Los representantes de los trabajadores consideraron insuficiente el ofrecimiento, especialmente por no contener ninguna medida de mantenimiento del empleo en los centros de trabajo afectados. Se presentan por la empresa documentos que incluyen sus

manifestaciones relativas a la reunión celebrada el día 31/01/13 (en correspondencia a las manifestaciones escritas realizadas por la representación social respecto de la reunión celebrada en dicha fecha, la empresa desea dejar constancia escrita de las manifestaciones que realizó en el referido así como completar la información solicitada en el escrito de la representación social de forma añadida a la información proporcionada el pasado día 6 de febrero.

-En la reunión de 14 de febrero se formularon diversas propuestas por parte de la representación de los trabajadores, tendentes al mantenimiento de la producción y empleo en los dos centros de trabajo afectados. Por parte de la representación empresarial, se manifestaron los motivos que hacen que no sea posible mantener la actividad en las plantas afectadas.

-El 20 de febrero se reproduce el debate relativo al mantenimiento del empleo en los dos centros de trabajo, manteniéndose las partes en sus respectivas posiciones. La empresa ofreció unas condiciones relativas a la indemnización (31 días por año y recolocación de 60 trabajadores), que fueron rechazadas nuevamente por la representación social por la misma razón que en reuniones anteriores. En dicha reunión la representación social presenta diversos documentos, incluyéndose las manifestaciones relativas a las actas de las reuniones anteriores, contradicciones del Informe de KPMG y contrainforme flexibilidad producción-Roca Alcalá de Guadaira, documentos en los que los representantes de los trabajadores rebaten los datos proporcionados por la empresa para invocar las causas económicas y productivas, defendiendo nuevamente la viabilidad del mantenimiento del empleo en los dos centros de trabajo.

-El 22 de febrero se realiza propuesta por el mediador, que es aceptada por la empresa y considerada insuficiente por los representantes de los trabajadores.

La empresa aporta dos documentos titulados "manifestaciones de la parte empresarial en fecha 22 de febrero sobre comentarios al informe de CCOO de febrero de 2013" y "manifestaciones de la representación empresarial relativas a las realizadas por la representación social anexas al acta del día de 20 de febrero de 2013. La representación social presenta diversa documentación relativa al tiempo de trabajo en la que se pretende demostrar que el exceso de horas extraordinarias en los tres centros de trabajo en el año 2012, a pesar de haber estado sometido el personal a un ERE de suspensión temporal.

En un momento dado, que no se ha precisado, se preguntó a la empresa si los miembros del comité de empresa de Alcalá de Guadaira mantendrían dicha condición, de aceptarse la propuesta del mediador de mantener treinta puestos de trabajo en dicho centro, respondiéndose por la empresa, que perderían dicha condición, puesto que la Disposición Final del convenio dispone que la representación de los trabajadores debe ajustarse al volumen de la plantilla en el centro antes dicho.

-El 24 de febrero finalizó el periodo de consultas sin acuerdo entre las partes, comunicándose dicho resultado a la autoridad laboral al día siguiente, señalando la empresa que de conformidad a lo establecido en el art 12 del Real Decreto 1483/2012, en el plazo señalado en dicho artículo, la empresa comunicaría a la autoridad laboral y a la representación social de los trabajadores su decisión final sobre el despido colectivo.

-Con fecha de 4 de marzo de 2013 tuvo entrada en esta Dirección especial el escrito registrado en la autoridad laboral con fecha de 1 de marzo, que incluye el Informe final al acta de 24-03-2013 realizado por los representantes de los trabajadores pertenecientes al sindicato "Coordinadora Sindical de Madrid".

Séptimo.- La empresa demandada notificó a los representantes de los trabajadores el 7-02-2013 su decisión final, que sintetizamos del modo siguiente: En cuanto a los trabajadores afectados; La empresa ofrece a los trabajadores de ambos centros pertenecientes al grupo profesional de especialistas y hasta un número máximo de 60 su recolocación en otra empresa del grupo empresarial Roca, concretamente en Cerámicas Gala, S.A. Por lo que se refiere al criterio de prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, se señala que el número de trabajadores afectados del centro de trabajo de Alcalá de Henares puede verse incrementado en 15 personas adscritas a la fábrica de bañeras por ser éste el número de representantes legales de los trabajadores del centro de Alcalá de Guadaira que podrían hacer efectivo el derecho que tienen reconocido en los artículos 51,5 y 68.b del Estatuto de los Trabajadores, Asimismo, en el supuesto de que los representantes legales de los trabajadores del centro de trabajo de Alcalá de Henares afectos a la fábrica de porcelana (9) ejerzan el referido derecho de prioridad de permanencia, ello comportará asimismo la afectación del mismo número de puestos de trabajo de la fábrica de bañeras de Alcalá de Henares, En tales casos, los trabajadores afectados pertenecerán al

mismo grupo profesional al que pertenezcan los representantes que ejerzan su derecho de prioridad y el criterio de designación será el que se señala en el referido apartado.

En cuanto a las "medidas sociales de acompañamiento", la empresa distingue:

-Medidas sociales dirigidas a reducir el número de trabajadores despedidos; se prevé la recolocación de 60 trabajadores en Cerámicas Gala, S.A. en los términos señalados "ut supra".

-Medidas Sociales dirigidas a atenuar las consecuencias sobre los trabajadores afectados por el despido colectivo: se incluye: La exclusión del ERE de los trabajadores con 50 o más años de la empresa que pertenezcan al departamento de "estructura" de Alcalá de Henares El ofrecimiento de la empresa de mantener su oferta de mejorar sustancialmente la indemnización legal derivada de la extinción de contratos de trabajo como consecuencia del despido colectivo siempre que desde la comunicación de la decisión final a la representación legal de los trabajadores hasta el momento del intento de conciliación judicial previa a la celebración del juicio que se derivase de la posible impugnación de la decisión final, se alcanzase un acuerdo con la empresa sobre el importe indemnizatorio mejorado, evitando de esta forma la resolución judicial del conflicto. Así, si tal acuerdo tuviera lugar, la empresa abonaría una indemnización de 40 días de salario por año de antigüedad con un máximo de 24 mensualidades, siendo la indemnización de 20 días por año con un tope de 12 mensualidades en caso de no suscribirse el acuerdo.

-Plan de Recolocación; la empresa presenta un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo a través de la empresa LEE HECHT HARRISON, cuyo contenido y suficiencia se ajusta a la normativa a juicio de la actuante. En la comparecencia la mercantil clarifica que existe un acuerdo con la mencionada empresa autorizada en orden a que todos los trabajadores que se adhieran al Plan, lo serán en las condiciones señaladas en el mismo.

En las cartas de despido, remitidas a los representantes de los trabajadores de Alcalá de Guadaira se les concede un plazo de diez días, para que opten entre

someterse al despido o su conservación, en cuyo caso se les advierte que serán trasladados a Alcalá de Henares (sección de bañeras).

Octavo.- Las ventas netas en miles de euros de Sanitarios en los tres últimos trimestres de 2011 en relación con los tres últimos trimestres de 2010 han sido las siguientes:

103.148 (2º trimestre de 2011).

88.809 (2012): disminución porcentual:

- 83.194 (14%).

93.247 (3º trimestre de 2011); 83.194 (2012):

- 11%.

85.367 (4º trimestre de 2011); 78.279 (2012):

- 8%.

Las ventas reales de productos en miles de euros han sido 1.990 (2009); 1.439 (2010); 1.625 (2011) y 1.289 (2012), lo que supone una diferencia porcentual de -9%; - 18%; - 7% y - 30% con respecto a las previsiones de venta.

Noveno.- El importe neto de la cifra de negocios en miles euros de Corporación ha sido el siguiente: 1.419.769 (2009); 1.498.213 (2010); 1.551.547 (2011) y 1.600.465 (2012).

El resultado de explotación miles de euros ha sido el siguiente: 60.733 (2009); 59.961 (2010); 64.147 (2011) y 2.690 (2012).

Sus resultados consolidados en miles de euros han sido los siguientes: 63.765 (2009); 19.317 (2010); 19.789 (2011) y 31.061 (2012).

Las cuentas provisionales del primer trimestre de 2013 arrojan un importe neto de cifra de negocios de 380.263; un resultado de explotación de 785 y unos resultados consolidados de 7.668.

Décimo.- El importe neto de la cifra de negocios de Sanitario ha sido el siguiente: 485.481 (2009); 421.919 (2010); 396.175 (2011) y 351.705 (2012).

Sus resultados de explotación en miles de euros han sido los siguientes: 16.573 (2009); 16.219 (2010); 3.039 (2011) y 47.293 (2012).

El resultado del ejercicio en miles de euros ha sido el siguiente: 40.224 (2009); 43.423 (2010); 5267 (2011) y 56.915 (2012).

Sus cuentas provisionales para el primer trimestre de 2013 arrojan en miles de euros los resultados siguientes: 81.960 de importe neto de cifra de negocios; 6.056 de resultados de explotación unas pérdidas de 7.242.

Undécimo.- La producción de porcelana ha tenido la evolución siguiente: 1.756.590 (2009); 1.488.419 (2010); 1.625.632 (2011) y 1.430.662 (2012).

Décimo Segundo.- Las ventas a las empresas del grupo han pasado de 164 a 127 millones de euros en el período 2007-2012, reduciéndose un 27%, mientras que las compras a las sociedades del grupo.- El detalle de compra y venta entre las empresas del grupo, que son manifiestamente descendentes, obran en autos y se tiene por reproducido.

Décimo Tercero.- El 24-05-2013 la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos dictó resolución mediante en la que estimando parcialmente la solicitud de SANITARIO y CORPORACIÓN acordó inaplicar la Disposición Adicional Tercera del Convenio colectivo Intersocietario respecto de todos los conceptos salariales y mejora de la acción protectora de la Seguridad Social con efectos desde la fecha de la propia resolución al 31-12-2013.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 124. 1 a 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a.- El primero no fue controvertido, reputándose conforme, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.

b.- El segundo es pacífico, en lo que se refiere a la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal de UGT y CCOO.- Los resultados en las elecciones sindicales se han deducido de las actas electorales, remitidas por la Junta de Andalucía, que obran como documentos 1.1.5.23 a 26 (descripciones 171 a 174 de autos) y del acta de constitución del comité de empresa de Alcalá de Henares, que obra como documento 1.1.5.27 del ramo de las demandadas (descripción 177 de autos).- Es pacífico que CGT no acredita representación en los citados centros, sin que podamos tener por probado que tiene afiliados en el centro de Alcalá de Henares, aunque aportó un “certificado”, expedido por el Sindicato del Metal de Madrid, porque dicho documento no se ratificó en el acto del juicio y no se reconoció por los demandados.

c.- El tercero de los expedientes citados, que fueron aportados a los autos por la Autoridad Laboral, del informe de la Inspección de Trabajo, que obra como documento 24 de UGT y CCOO (descripción 120 de autos). - Las vicisitudes del expediente 315/2009 se han deducido del Plan de viabilidad y del escrito de SANITARIOS a la Autoridad Laboral, que obran como documentos 2 y de CCOO (descripciones 101 y 103 de autos), así como de su memoria, actas del período de consultas y resoluciones administrativas citadas, que obran como documentos 1.1 a 10 de ROCA (descripciones 123 a 133 de autos).

d.- El cuarto del expediente administrativo citado, del informe de la Inspección y de las actas del período negociador que obran como documentos de las demandas 1.1.9.1.61 a 1.1.9.1.78 de autos (descripciones 209 a 224 de autos).

- La Sala no puede pronunciarse sobre quien promovió la negociación por centros, aunque ambas partes se acusaron mutuamente de dicha medida, porque ninguna de ellas lo acreditó de ningún modo.

e.- Los hechos quinto a séptimo de las notificaciones a la DGE al inicio y final del procedimiento, así como a sus actas y documentos anexos, que obran como documentos 1.1.1 a 1.1.6.5.49 y 1.1.6.53 a 1.1.8.59 (descripciones 149 a 208 de autos), así como del informe de la Inspección de Trabajo, que sintetiza perfectamente el contenido de las actas, así como la entrega de los documentos solicitados por los representantes de los trabajadores en el transcurso de las negociaciones.

f.- El octavo de los informes de KPMJ, que obran como documentos 1.1.2.12 (descripción 160 de autos), así como del informe pericial sobre ventas, que obra como documento 1.1.3.20 (descripción 167 de autos), que fue ratificado por su autora en el acto del juicio, tratándose de una prueba aceptable, puesto que la alternativa, sugerida por la Inspección de Trabajo, que comportaría la aportación de millones de apuntes contables, cuya comprobación resultaría imposible, no nos parece realista, tratándose, en todo caso, de unos datos que se compadecen plenamente con las cuentas auditadas.- La comunicación a los representantes de los trabajadores obra como documento 23 de los demandantes (descripción 119 de autos), que fue reconocida de contrario.- Sanitario admitió, en contestación a la demanda, que nunca exigió la dimisión del comité de Alcalá de Guadaíra, para mantener 30 puestos de trabajo en dicho centro, limitándose a comunicar las consecuencias convencionales de la reducción de plantilla, admitiéndose dicha versión, porque los demandantes,

quienes cargaban con la prueba, conforme a lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, no probaron el más mínimo indicio de que la empresa exigiera propiamente su dimisión, que es lo que denuncian en sus demandas.

g.- El noveno y décimo de las cuentas auditadas y provisionales de ambas mercantiles del período 2009-2012, que se aportaron al inicio del período de consultas, que obran como documentos 1.1.3.13 a 1.1.3.18 de las demandadas (descripciones 163 a 166 de autos), así como de las cuentas consolidadas de 2012 y las provisionales del primer trimestre de 2013, que obran como documentos 2.80 a 2.82 de los demandados (descripciones 228 a 232 de autos).

h.- El undécimo del informe de KPMJ ya citado.

i.- El duodécimo del documento que obra con el número 5.6.1 de las demandadas (descripción 265 de autos), que está suscrito por los representantes de los trabajadores.

j.- El décimo tercero de la resolución citada, que obra en la descripción 348 de los autos.

TERCERO.- La empresa demandada excepcionó falta de legitimación activa de CGT, puesto que dicho sindicato no tiene implantación en el ámbito del despido colectivo, que afecta a los centros de Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaíra.- CGT se opuso a dicha excepción, adhiriéndose llamativamente UGT y CCOO a la tesis de CGT, porque según dicho sindicato el despido es un despido de empresa, que debería haberse negociado por las secciones sindicales y manifestamos nuestra sorpresa, porque si fuera válida la tesis de CGT, no se entiende por qué UGT y CCOO, quienes ostentan la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa, no hicieron valer dicho privilegio, asegurado por el art. 51.2 ET, en relación con el art. 26.1 RD 1483/2012.

El art. 124.1 LRJS dispone que el despido colectivo podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes, disponiendo, a continuación, que si la impugnación se

formula por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo.- Parece claro, por tanto, que es presupuesto constitutivo, para poder impugnar un despido colectivo, que el sindicato tenga implantación en el ámbito del despido.

Como anticipamos más arriba, CGT no tiene representantes en ninguno de los centros de trabajo de la empresa de Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaíra, donde no ha acreditado, siquiera, que tenga afiliados, aunque si consta acreditado que tiene presencia en órganos unitarios de otros centros, si bien no probó en cuales, ni cuál es el porcentaje de representatividad de CGT en los mismos.

Parece claro, por tanto, que CGT carece de implantación en el ámbito del despido, que no es un despido de empresa, como se empeñó en defender, porque no afecta a la empresa en su conjunto, sino que afecta a dos centros de trabajo concretos, en los que el sindicato demandante carece de la más mínima implantación, por lo que nos vemos obligados a estimar la excepción propuesta por las demandadas, aplicando, a estos efectos, la doctrina de nuestra sentencia de 27-03-2013, proced. 74/2013.

CUARTO.- Sanitario y Corporación excepcionaron, así mismo, falta de legitimación activa de la COP, por cuanto solo acredita representantes en uno de los centros de trabajo, careciendo, por consiguiente, de implantación en todo el ámbito del despido.

La Sala no comparte dicho criterio, por cuanto la implantación, exigida por el art. 124.1 LRJS a los sindicatos, no puede interpretarse rígidamente, exigiendo necesariamente que estén implantados en todos los centros de trabajo afectados por el despido colectivo, porque si se hiciera así, la impugnación del despido quedaría limitada a los sindicatos mayoritarios, quienes podrían, en determinados supuestos, no acreditar tampoco presencia en todos los centros afectados, lo que sucederá en múltiples ocasiones, cuando se trate de empresas complejas, en las que coexistan centros con representantes y sin representantes de los trabajadores.

Consideramos, por el contrario y así lo hemos defendido en SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 22-04-2013, proced. 82/2013, que lo relevante es si el

sindicato participó en la negociación del período de consultas, porque resultaría incongruente que quien negoció el despido colectivo, estuviera incapacitado para impugnarlo posteriormente, ya que la propia participación en la negociación acredita por sí sola el requisito de implantación, no pudiendo olvidarse, que el despido, aquí impugnado, afecta a dos centros de trabajo y se negoció globalmente, de manera que, el voto del representante de la COP hubiera influido para ambos centros de trabajo.

Por consiguiente, probado que COP acredita tres representantes en el centro de Madrid y que participó en la comisión negociadora, está plenamente legitimado para impugnar el despido colectivo, por lo que desestimamos la excepción propuesta.

QUINTO.- Corporación excepcionó falta de legitimación pasiva, por cuanto no fue nunca empleadora de los trabajadores despedidos, ni promovió la medida de despido colectivo, ni participó en el período de consultas, ni despidió a ninguno de los trabajadores. - Los demandantes se opusieron a dicha excepción, porque la decisión impugnada se decidió en el grupo empresarial, quien debe responder consecuentemente de dicha medida.

La juridificación y normalización de la empresa, especialmente las empresas de estructura compleja, como son los grupos de empresa, es una de las tareas más arduas para la ciencia jurídica, como viene defendiendo la mejor doctrina (Monereo Pérez). - En efecto, el grupo de empresas se configura como un agrupamiento de empresas jurídicamente distintas, pero sujetas a una dirección unitaria, que permite identificar un fenómeno de centralización efectiva de las decisiones en la empresa dominante, que se ejecutan de modo descentralizado y flexible por las demás empresas del grupo.

El grupo de empresas, llamado también empresa de grupo, porque realiza el fenómeno de una unidad empresarial con pluralidad de empresarios, no ha sido integrado de modo unitario en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que no le ha otorgado un régimen jurídico mínimamente homogéneo.- Es así, aunque el art. 42 del Código de Comercio defina la concurrencia de grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, de modo similar a la definición, contenida en el art. 2.1.b de la Directiva 2009/1992, de 30 de junio, que describe funcionalmente al grupo de empresas como aquel complejo empresarial grupal o asociativo formado por una “empresa que ejerce control y las empresas controladas”, por

cuanto no existe hasta el presente un régimen jurídico capaz de institucionalizar de modo unitario a la empresa con estructura de grupo.

De hecho, la jurisprudencia laboral, al estudiar los grupos de empresa en las relaciones laborales, se ha centrado esencialmente en deslindar las fronteras entre los grupos de empresa mercantiles no patológicos, en cuyo caso cada empresa del grupo responde diferenciadamente de sus responsabilidades y los grupos de empresa laborales o patológicos, relacionados con la concurrencia de fraude de ley, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas, al entenderse que el empresario real es el grupo en su conjunto.- Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 22-10- 2012, rec. 351/2012, ha sintetizado las diferencias entre una y otra modalidad de grupos de empresa, del modo siguiente: "La cuestión ha sido abordada por esta Sala en numerosas sentencias en las que viene manteniendo una constante doctrina. Así, en la sentencia de 8 de junio de 2005, recurso 150/04 EDJ2005/108948, establece: " En el marco de la responsabilidad compartida por los integrantes del grupo, en la aludida sentencia, en la de 21 de diciembre de 2000 (recurso 4383/99) EDJ2000/55084 y otras posteriores, hemos declarado que para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son.

En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo".

Por su parte la sentencia de 3 de noviembre de 2005, recurso 3400/04 EDJ2005/230448 señala: "Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la

presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 EDJ1990/4657 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995 EDJ1995/3429, la de 26 de enero de 1998 EDJ1998/680 y la de 26 de diciembre de 2001 EDJ2001/80499, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades.

En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales.

En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes (STS 21-12-2000, rec. 4383/1999; STS 26-12-2001, rec. 139/2001), o de una dirección comercial común (STS 30-4-1999, rec. 4003/1998 EDJ1999/13962), o de sociedades participadas entre sí (STS 20-1-2003, rec. 1524/2002 EDJ2003/258244) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. Esta doctrina ha sido reiterada últimamente en la sentencia de 8 de junio de 2005 EDJ2005/108948".

Parece claro, por tanto, que los grupos de empresa mercantiles no responden de las obligaciones de sus empresas partícipes, aunque las mismas se originen completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante (TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012). - Por el contrario, los grupos de empresa a efectos laborales o patológicos responden solidariamente de las responsabilidades de cada una de las empresas del grupo, porque el empresario real es la empresa en su conjunto (STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012 y STS 20-03-2013, rec. 81/2012).

En el contexto económico actual, donde el paradigma empresarial se identifica con la empresa flexible y en permanente proceso de reestructuración, cuya finalidad principal es fomentar su máxima productividad y eficiencia, así como acomodarse a los requerimientos de la demanda, se plantea de qué modo

deben acometer los grupos de empresa los procesos de regulación de empleo y especialmente los despidos colectivos: directamente por el grupo como tal, o por cada una de las empresas del grupo de modo diferenciado.

La Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio utiliza en todo momento el término “empresario”, sin distinguir, de ningún modo a las empresas tradicionales de las empresas complejas, lo que parece no preocupar al legislador comunitario, por cuanto el art. 1 de la Directiva, referido a definiciones y a su ámbito de aplicación, no precisa el concepto de empresario, a diferencia del concepto de representantes de los trabajadores.- No obstante, el art. 2.4 de la Directiva 1999/58/CE prevé que las obligaciones de información y consulta, previstas en el art. 2, se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el empresario o por una empresa que ejerza control sobre él, lo que permite concluir, que la empresa dominante puede decidir el despido, aunque no forme parte del período de consultas, puesto que su papel es propio de un tercero, cuyas decisiones no eximen al empresario de cumplir las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores, sin imponer ninguna obligación a la empresa dominante, quien no está obligada, por tanto, a participar en el período de consultas.

El art. 51 ET, en concordancia con la Directiva antes citada, solo contempla los grupos de empresa en su apartado 8, donde precisa que las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza control sobre él, subrayando, a continuación, que cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración al efecto.- Se hace evidente, por consiguiente, que la empresa dominante, aunque haya tomado la decisión, como no podría ser de otro modo, puesto que controla a las demás empresas del grupo, es un tercero sin obligación de participar en el período de consultas.- De hecho, la empresa dominante no está obligada, siquiera, a aportar la documentación ya citada, puesto que tanto la norma comunitaria, como el art. 51.8 ET, endosan la responsabilidad al empresario, promotor de la medida, quien no puede eludir las obligaciones de información y documentación, porque no se las haya facilitado la empresa dominante.

El RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción

de jornada, abunda en la misma dirección, puesto que encomienda en su art. 4.2 a la empresa, promotora de la medida, la obligación de aportar 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 existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento o, si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento 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 o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.- Las obligaciones citadas, referidas siempre a las empresas promotoras de la medida, nos permite concluir razonablemente que ni la empresa dominante, en el primer supuesto, ni las demás empresas del grupo, en el segundo, forman parte del período de consultas, puesto que las obligaciones reiteradas se les exigen a ellas, sino a la empresa promotora de la medida, que es el interlocutor único de los representantes de los trabajadores.

El grupo de empresas, pese a todo, no queda oscurecido plenamente en el Reglamento, puesto que su apartado 8.a contempla, entre las medidas de acompañamiento, la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.- Las Disposiciones Adicionales Primera y Décimo Sexta del Reglamento contemplan también obligaciones, que afectan a las empresas del grupo, relacionadas con garantías de Seguridad Social para los trabajadores despedidos, cuando tengan cincuenta o más años, así como con la aportación al Tesoro, cuando se despida trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios, lo que acredita que no existe una impermeabilización absoluta entre la empresa promotora de la medida y el grupo al que pertenece.

Parece claro, no obstante, que la intervención en el período de consultas del despido colectivo de las empresas, integradas en grupos de empresa mercantiles, regulado en nuestro ordenamiento jurídico, está referida en todo momento a cada empresa, puesto que en ninguna de las normas aplicables se contempla la participación del grupo como tal, aunque la jurisprudencia y doctrina contencioso administrativa vino admitiendo con naturalidad la promoción de expedientes de regulación de empleo por grupos de empresa, como se subrayó en SAN 28-09-2012, proced. 154/2012, a cuyos fundamentos jurídicos me remito, si bien en las sentencias, allí resumidas, no se consideró

propriadamente si el grupo mercantil estaba legitimado como tal para promover despidos colectivos, admitiéndose tácitamente o, en su defecto, por considerar que el grupo era propriadamente una unidad económica.

A nuestro juicio, no es posible que el grupo de empresas mercantil promueva como tal un procedimiento de despido colectivo, aunque afecte globalmente a las empresas del grupo, porque dicha alternativa no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo exigible, por consiguiente, que se tramite empresa por empresa, aunque la decisión se haya tomado, como es natural, por la empresa dominante.- Por consiguiente, probado que el despido colectivo aquí impugnado fue promovido por sanitarios, quien protagonizó el período de consultas y decidió finalmente la extinción de los contratos de trabajo, debemos concluir que corporación no está legitimada pasivamente en el presente procedimiento, por cuanto no fue nunca empleadora de los actores.

Cuestión distinta sería, si se hubiera probado, como denunció COP, que ambas mercantiles constituyen un grupo de empresas a efectos laborales, pero ni se probó, ni se intentó probar, por ninguno de los demandantes, que concurrieran las notas exigidas jurisprudencialmente para ello, por lo que estimamos la excepción propuesta.

SEXTO.- Los demandantes denunciaron, que el despido colectivo, promovido por Sanitarios, vulneró el derecho de libertad sindical de los comités de empresa de Alcalá de Henares y Alcalá de Guadaira, cuya sindicalización es absoluta, porque se les conminó a activar el despido de trabajadores de la sección de bañeras de Alcalá de Henares, cuyos puestos de trabajo no estaban afectados por el despido colectivo, si los representantes de los trabajadores optaban por ejercer su derecho de preferencia.- Alegaron, a mayor abundamiento que se exigió al comité de Alcalá de Guadaira la dimisión, si es que querían mantener abierto el centro de trabajo antes dicho en los términos propuestos por el mediador.

El informe de la Inspección de Trabajo sostiene efectivamente que la actuación empresarial vulneró el derecho de libertad sindical de los comités de empresa, apoyándose, a dichos efectos, en STCo. 191/1996.- El Ministerio Fiscal apoyó, del mismo modo, la nulidad del despido y por las mismas razones que la Inspección de Trabajo.

Las empresas demandadas defendieron, que el informe de la Inspección de Trabajo se extralimitó en sus funciones, puesto que no le correspondía pronunciarse sobre la supuesta vulneración de derechos fundamentales.- Defendieron, por otra parte, que no solo no vulneraron el derecho de libertad sindical de los representantes de los trabajadores, sino que lo protegieron más allá de lo que sería exigible legalmente, puesto que los representantes de los trabajadores de Alcalá de Henares no han sido despedidos, mientras que se concedió a los representantes de los trabajadores de Alcalá de Guadaíra una prioridad de permanencia, dudosamente exigible, puesto que se cerró totalmente su centro de trabajo, mediante una interpretación generosa y extensiva del art. 51.5 ET, que predica la prioridad a nivel de empresa, siendo esta la razón por la que se les concedió un plazo de opción para el ejercicio de la prioridad de permanencia.

La Sala quiere subrayar, en primer lugar, que el informe de la Inspección de Trabajo tiene pleno acomodo en lo dispuesto en el art. 11.5 RD 1483/2012, de 29 de octubre, donde se requiere que la Inspección verifique si los criterios para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el art. 17.1 ET, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el art. 13 del propio Reglamento, que dispone a tenor con lo establecido en el art. 51.5 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo.- Dicho precepto ya nos revela, que la prioridad de permanencia, predicada en los preceptos citados, se refiere siempre a los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo y no a cualquier otro puesto de trabajo, del que se puede disponer, sea o no sea necesaria su amortización, para asegurar el derecho de prioridad de permanencia controvertido.

El derecho de prioridad controvertido ha sido estudiado por la doctrina judicial, por todas STSJ Cataluña de 22-01-2013, rec. 6055/2012, en la que vino a sostenerse lo siguiente: "La prioridad supone el reconocimiento de una preferencia de conservación del empleo en los supuestos de cese debido a las indicadas causas. Pero esas normas no determinan el ámbito al que esa garantía se extiende, pues las expresiones "en la empresa" o "en el centro de trabajo" no tienen esa significación.

La garantía es, desde luego, relativa y así lo ha señalado la doctrina científica, destacando que la misma no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección. Esta alternativa se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva.

La sentencia del TS (Sala IV) de 30 de noviembre de 2005 resuelve el problema indicando que "no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, los preceptos legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa -empresa, centro de trabajo- juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste. Es cierto que esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva -otra estación de servicio en el caso decidido-, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Pero ésta es una consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso. Por otra parte, si no fuera así las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía".

Por su parte la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 2009 señala que la prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores en el caso de despido objetivo que consagran los artículos 51.9, 52 c) y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores EDL1995/13475 tiene, por otra parte, como señala la de esta misma Sala de 22 de abril de 2008, "un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas, como manifestación del derecho fundamental de libertad sindical que reconoce el artículo 28 de la Constitución EDL1978/3879 pues es a través de los órganos de representación como fundamentalmente se ejerce aquel derecho. La garantía prevista en el Estatuto de los Trabajadores EDL1995/13475 supone un

medio de protección del representante de los trabajadores frente a decisiones empresariales adoptadas con ánimo discriminatorio, al tiempo que se evita que el órgano de representación sufra restricciones en su composición. Ahora bien (como se encarga de precisar el pronunciamiento citado) la garantía sindical que se traduce en la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores no exige para su efectividad que se considere como un derecho de permanencia en el puesto de trabajo esgrimible con carácter absoluto frente a todos los demás trabajadores de cualquier grupo o categoría"; por lo que "entenderla vinculada a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto de trabajo resulta una exigencia razonable de organización de la empresa que no restringe el núcleo esencial del derecho de prioridad, que es relativo por su propia esencia...".

De tal manera que "ese derecho de permanencia se produce cuando los puestos que subsisten son equivalentes (por lo que) el derecho de prioridad que tiende a su salvaguarda pueda ejercerse cuando es posible hacerlo efectivo acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes...". Se hace, así, preciso que "exista otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente al afectado y por tanto intercambiable" (STSJ de Valencia de 11 de febrero de 2009 (AS 2009, 1435)).

En la de 22 de abril de 2008 hemos sostenido que, "dicha preferencia no sólo puede estimarse concurrente, como sostiene la demandante, cuando concurren trabajadores de la misma categoría o grupo profesional. Antes bien, ese derecho de permanencia se produce cuando los puestos que subsisten son equivalentes, o entre trabajadores que cumplen la misma función sin que quepa descartar, dada la prevalencia como derecho fundamental de la libertad sindical, que el derecho de prioridad que tiende a su salvaguarda pueda ejercerse cuando es posible hacerlo efectivo acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes".

De todo ello se desprende que lo importante a efectos de examinar si se ha vulnerado el derecho de prioridad de permanencia del representante de los trabajadores, no es la pertenencia a la misma categoría profesional o al mismo grupo, sino que existan puestos de trabajo en los que por existir homogeneidad puedan ser desempeñados por los representante de los trabajadores o como

señala una de las sentencias mencionadas que "exista otro puesto de trabajo funcionalmente equivalente al afectado y por tanto intercambiable".

En el mismo sentido, se ha pronunciado STSJ Asturias 16-11-2012, rec. 2065/2012 y esta propia Sala en sentencia de 21-11-2012, proced. 167/2012, de manera que, el representante de los trabajadores tiene derecho de prioridad de permanencia sobre otros trabajadores afectados, salvo que se acredite objetivamente que es su puesto entre los afectados y no otro, sobre el que pueda ejercerse la preferencia, el que se necesita amortizar.

La doctrina constitucional, por todas STCo. 191/1996, estudiando un supuesto idéntico al debatido, ha considerado lesivo de la libertad sindical, que la empresa obligue a un comité sindicalizado, como sucede aquí, a ejercer expresamente su derecho de prioridad de permanencia, advirtiéndoles, caso de hacerlo, que se extenderá el despido a otros trabajadores, que no estaban afectados por el despido colectivo, del modo siguiente: "Las garantías se conservan en el Estatuto. El art. 51.7 (antes 51.9) ET establece que "los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo" (que son los de extinción de la relación laboral por causas económicas entre otras). Y el art. 68.b) ET relativo a las garantías afirma que "los miembros del Comité de empresa" tendrán "prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas".

Con apoyo en los preceptos transcritos, el Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la concesión del amparo, ya que -alega textualmente- "la interpretación dada por la empresa a los preceptos citados es [pues] la menos favorable al derecho fundamental a la actividad sindical integrado en el que protege el art. 28.1 CE y, las resoluciones judiciales impugnadas, al hacer suya esa interpretación han vulnerado [por tanto] el citado derecho por lo que deben ser anuladas así como la extinción de la relación laboral relativa a los contratos de los trabajadores que recurren en amparo (hoy despido colectivo).

Ha de compartirse la tesis del Fiscal, pues, en el presente caso, la protección de la libertad sindical se otorga a un Comité de empresa sindicalizado, siendo los recurrentes en amparo miembros de un sindicato, componentes de la Sección Sindical en la empresa, los cuales se verían privados de su libertad de acción al quedar fuera de la empresa por haberseles inaplicado los preceptos

del Estatuto de los Trabajadores que les tutelan específicamente [arts. 51.7 y 68, b)].

La libertad sindical exige el reconocimiento y la protección de varios derechos. El art. 175.1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, de 1995, se refiere expresamente a “los derechos de libertad sindical”, en plural. No hay libertad sindical si uno de esos derechos de capital importancia en el ordenamiento laboral resulta desconocido en las normas jurídicas o es conculcado al aplicar éstas. Dentro del sistema actual de protección y garantía de los derechos de los trabajadores, y en función del mismo, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores se integra, en determinados supuestos, en el derecho de libertad sindical. La STC 40/1985 consideró las garantías y facilidades que se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical (fundamento jurídico 2.º).

El art. 28.1 CE, al tutelar la libertad sindical, tiene en cuenta los riesgos que asumen, frente al empleador (y a los restantes posibles agentes de opresión), los representantes de los trabajadores en la defensa de los derechos e intereses colectivos. La STC 114/1989 habla de los trabajadores “más vulnerables” (fundamento jurídico 4.º). Y el citado Convenio 135 de la OIT, prescribe la misma tutela para todos los “representantes de los trabajadores”, con la intención clara de resguardar, en lo que sea posible, a todos los que en cumplimiento de su función, se ponen en peligro. La Recomendación 143 de la misma OIT desarrolla con más detalle la protección que debe darse a todos los representantes de los trabajadores, con disposiciones específicas para ellos (arts. 5 y siguientes).

La violación del derecho de libertad sindical se ha consumado, como expone el Fiscal, con una interpretación restrictiva del derecho fundamental, sin que sea aceptable, finalmente, colocar a los titulares del derecho en la situación límite de: o renunciar al mismo, para beneficiar a otros trabajadores sin representación alguna, o no renunciar, con perjuicio de ellos. Al conceder la garantía de “la prioridad de permanencia” [art. 68, b) ET] la ley no concede un privilegio, sino que se tutela con esa garantía la representación de los trabajadores. En definitiva, el Comité de Empresa actúa como titular de un patrimonio jurídico, es decir como destinatario de un conjunto de “utilidades” (sustanciales e instrumentales), aptas para satisfacer sus intereses, y que son garantizadas por el Derecho. Este patrimonio jurídico se compone de bienes distintos, según el carácter de las utilidades garantizadas. El concepto de interés de índole subjetiva, se complementa con la “utilidad”, de naturaleza

objetiva. No cabe renunciar a la utilidad (objetiva) que la representación de los trabajadores tiene en el sistema constitucional de relaciones laborales”.

La Sala considera que el derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores no es un privilegio.- Se trata, por el contrario, de una garantía de los representantes de los trabajadores, que les permite, por una parte, negociar el despido colectivo sin la presión añadida de estar afectados, salvo en los supuestos ya comentados y por otra, asegura que los trabajadores, que permanecen en la empresa después del despido colectivo, mantienen a sus representantes, quienes les garantizan consecuentemente su protección.

Debemos despejar, a continuación, si los demandantes han acreditado indicios razonables de que el derecho de opción, aplicado a los dos comités de empresa afectados, cuyo ejercicio comportaba el despido de otros trabajadores, cuyos puestos de trabajo no estaban afectados por el despido colectivo, supuso una vulneración del derecho de libertad sindical, a lo que anticipamos desde aquí una respuesta positiva.

Nuestra respuesta ha de ser positiva, aunque coincidamos con los demandados, en que no estaban obligados a conceder a los representantes de Alcalá de Guadaíra el derecho de opción ya reiterado, puesto que el cierre de dicho centro comportaba automáticamente que ya no tenían representados, vaciando de contenido la razón del derecho en cuestión.- La medida vulneró, sin embargo, su derecho a la libertad sindical, por cuanto el reconocimiento del derecho de opción a unos representantes que, de cerrarse su centro, quedaban sin representados, les colocaba en una situación peculiar en el período de consultas, que les restaba manifiestamente objetividad y les quitaba cualquier credibilidad ante sus compañeros, porque si optaban por la permanencia en un centro de trabajo que nunca les eligió como representantes, perjudicaban a trabajadores de dicho centro, cuyos puestos de trabajo jamás estuvieron en cuestión en el despido colectivo por razones económicas, productivas u organizativas.- De este modo, el derecho de prioridad de permanencia, cuya garantía es exigible a la empresa, se desplazó injustificadamente a los representantes de los trabajadores, a quienes se colocó ante una opción imposible: asegurar sus puestos de trabajo o asumir las consecuencias del despido de otros trabajadores, que nunca les habían elegido, tratándose de puestos de trabajo, cuya viabilidad objetiva no se cuestionó jamás en el período de consultas.

Consideramos, que se vulneró también el derecho a la libertad sindical de los representantes de los trabajadores de Alcalá de Henares, aunque sea cierto que ninguno de ellos fue despedido formalmente, porque se les colocó del mismo modo ante la disyuntiva de proteger sus puestos de trabajo o imponer el despido de otros trabajadores, cuyos puestos de trabajo no estaban afectados por el despido, en tanto en cuanto la viabilidad de los puestos de trabajo de la sección de bañeras de Alcalá de Henares no estuvo en cuestión en la memoria, salvo para el supuesto en que los representantes de los trabajadores ejercieran su derecho de preferencia.- Dicha disyuntiva, como subraya el Tribunal Constitucional en la sentencia antes dicha, vulnera el derecho de libertad sindical, porque es la empresa y no los representantes de los trabajadores quien tiene que tomar la decisión de despedir, de manera que, si Sanitarios era consciente de que los representantes de los trabajadores de Alcalá de Henares tenían un derecho de prioridad de permanencia, al tratarse de representantes de todos los trabajadores del centro, debió especificar en la memoria qué puestos de bañeras era necesario amortizar, apoyándolo, en su caso, en causas organizativas, para asegurar el derecho de prioridad reiterado, pero no estaba legitimada para desplazar dicha decisión a los representantes de los trabajadores, por cuanto su ejercicio legítimo les colocaba objetivamente como ejecutores de sus propios compañeros, lo que constituye, a nuestro juicio, en una manifiesta vulneración de su derecho a la libertad sindical, asegurado por el art. 28.1 CE.

Anulamos, por consiguiente, el despido colectivo impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS.

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

FALLAMOS

En las demandas acumuladas interpuestas por UGT y CC.OO, CGT y COP frente a las empresas Roca Corporación Empresarial SA, Roca Sanitario SA y los Comités de empresa de Roca Sanitario de Madrid; y Sevilla, debemos declarar y declaramos lo siguiente: Que estimamos la excepción de falta de legitimación activa del sindicato CGT, como asimismo estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de Roca Corporación Empresarial SA.

Que, rechazando la excepción de falta de legitimación activa del sindicato COP, y estimando las demandas origen de estos autos, debemos declarar y declaramos la nulidad del despido colectivo acordado por la empresa Roca Sanitario SA que dio lugar al ERE 55/2013, y en consecuencia condenamos a la empresa Roca Sanitario a estar y pasar por esta declaración y sus consecuencias.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000143 13.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Bodas Martín.- Manuel Poves Rojas.- Maria Carolina San Martín Mazzucconi.