

¿LA BUENA FE NEGOCIADORA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS PUEDE LEGITIMAR EL USO DE LAS «CAJAS B» DE LAS EMPRESAS?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2014, rec. núm. 42/2013**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

1. EL MARCO LEGAL: ¿LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR VERSUS PLAN DE LA LEY?

Un aspecto de la gestión de los despidos colectivos en el que suelen enfrentarse de forma radical los puntos de vista empresarial y sindical es el de la documentación exigible para la tramitación del mismo, en particular del periodo de consultas con vista a llegar, como exige el artículo 51 del **ET**, a un acuerdo. Para el primero, la documentación prevista en la norma legal –y reglamentaria– es excesiva y burocratizaría en extremo el proceso, por lo que se convierte en un a barrera que desalienta una gestión flexible, eficaz y diligente del despido, como debería ser auspiciado por el legislador, más tras la reforma. Al segundo, en cambio, siempre le parece insuficiente la aportada por la empresa, de modo que suele pedir más y, de no obtenerla, se convierte en un instrumento recurrente de impugnación.

En esta tensión permanente, la voluntad del Gobierno, articulada a través de la norma reglamentaria que desarrolla el deber legal de documentar la decisión empresarial extintiva, ha sido la de asegurar que esa documentación es suficiente para que los representantes tengan una información útil y en tiempo a fin de cumplir con su papel en el periodo consultivo, que es una auténtica negociación. Por imperativos de la normativa comunitaria, la normativa ha dejado claro que no se trata de un deber de documentación formal, que ofrezca una simple apariencia de cumplimiento del deber de información útil, sino que precisa o detalla todo un cúmulo de documentos que permita a los representantes de los trabajadores hacerse una imagen real de la situación económico-organizativa y productiva de la empresa. Más que en el artículo 51.2 del **ET**, esta exigencia de documentación suficiente y efectiva se concreta en los artículos 4, 5 y 18 del **Real Decreto 1483/2012**.

En este aspecto, pues, existe una plena convergencia entre la voluntad del legislador y el plan de la ley, en cuanto que la teleología de la regulación responde de una manera clara a esta

exigencia de no reducir a mero formalismo el deber de documentación, sino que tiene una dimensión sustantiva. De ahí también, que el TS –**STS de 20 de marzo de 2013**– haya afirmado una comprensión crítica o contraria al formalismo documental, de manera que solo será invalidante la irregularidad que suponga un vaciamiento significativo del derecho a obtener una información veraz y suficiente de la situación alegada por la empresa para la decisión reguladora de empleo. Solo se anulará, pues, aquel procedimiento de regulación de empleo que incumpla con el deber de información real y efectiva. Ahora bien, en un tiempo en el que, lamentablemente, parece haber una extremada propensión a las llamadas, eufemísticamente, «contabilidades creativas», tras las cuales no hay sino desviaciones contables, a través de la técnica de la «caja B», ¿existe un deber del empresario de dar transparencia, en el periodo de consultas, a estas prácticas para que pueda considerarse legítima la decisión?

La doctrina judicial de suplicación, afirmada por la Sala Social del TSJ de Aragón, primero, y ahora la «doctrina legal», afirmada por el TS, en la sentencia que se comenta, parecen dar a entender que sí. Pero, entonces ¿una irregularidad contable y una, probable, infracción fiscal, pueden ser saneadas por la vía de la negociación colectiva reguladora de empleo? Conviene analizar detenidamente este tema, muy por encima de lo que se desprende de los titulares periodísticos dedicados a tan sugerente situación, hoy de «rabiosa actualidad social y política», ciertamente, a fin de evitar incurrir en falsas comprensiones de la «justicia social» respecto de estos típicos «lícticos contables» y «fraudes fiscales».

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Desde 1999, las empresas Curbimetal y Cubiperfil han venido atendiendo pedidos de diversos clientes, al término de cuyas operaciones comerciales no quedaba constancia en la contabilidad de las empresas. No se trataría, pues, de una irregularidad contable puntual sino de una práctica dilatada en el tiempo, y conocida por los trabajadores, especialmente del departamento de administración y expediciones, que participaban en la operativa de la empresa. Asimismo, entre tales empresas y sus accionistas existían diferentes vínculos en el plano mercantil, así como personal, constituyendo un grupo empresarial. En julio de 2011 Curbimetal planteó un ERE suspensivo que, en principio, debía afectar a 19 trabajadores durante 180 días naturales en un periodo de un año. El expediente fue informado desfavorablemente por la Inspección de Trabajo al no acreditarse los trámites de periodo de consultas e información previa al Comité de Empresa, si bien el expediente había sido firmado en acuerdo por los afectados a título individual. Con fecha 25 de junio de 2012 Curbimetal instó ante la autoridad laboral ERE. En la misma fecha hizo entrega al Comité de Empresa de la documentación legalmente prevista, naturalmente solo la que refleja la contabilidad oficial, de modo que se mantuvo oculta, a estos efectos, la contabilidad «B».

Celebrado el periodo de consultas, el 27 de julio de 2012, la empresa comunicó al Comité que, habiendo concluido sin acuerdo el periodo consultivo, adopta la decisión final de proceder

con efectos de la misma fecha al despido de los 38 trabajadores afectados, que fue comunicada individualmente a los mismos. Impugnado el despido, la STSJ de Aragón de 18 de diciembre de 2012 (rec. núm. 526/2012), siendo parte actora el Comité de Empresa y parte demanda las empresas Curbimetal, SA, Curbiperfil, SA y Carlos Bayo, SL, así como varias personas físicas unidas por relaciones familiares y socios, y/o apoderados o administradores societarios, la Administración Concursal de Curbimetal, SA y el Fondo de Garantía Salarial, declaró la nulidad del despido por inexistencia del deber de buena fe negociadora. En la sentencia se condena solidariamente a las sociedades codemandadas Curbimetal, SA, y Curbiperfil, SL, pues constituyen una «unidad empresarial», a estar y pasar por tal declaración, absolviendo, en cambio, a las personas físicas.

3. DOCTRINA SENTADA: EL DEBER DE INFORMAR DE LA CONTABILIDAD REAL DE LA EMPRESA

Muchos son los puntos de interés jurídico de la sentencia que se comenta, tanto en el plano sustantivo como también en el procesal, pues se despliegan diversos razonamientos en torno a algunas de las principales novedades introducidas, respecto a la legitimación procesal, por la [LRJS](#). La oportunidad para esa reflexión la ofrece el Comité de Empresa, que en su demanda pedía la incorporación de un «hecho nuevo» respecto de la sentencia de instancia para ampliar la base subjetiva de responsabilidad, incorporando una persona física al grupo a efectos laborales. La sala rechaza esa pretensión, por exigencias de efectividad de la tutela judicial, pero se explayará en la interpretación del artículo 197 de la [LRJS](#), trayendo lo sustancial de su pronunciamiento en la [STS de 15 de octubre de 2013](#), que resolvió un recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal. En apretada síntesis, el centro del análisis se sitúa en el contenido admisible en un escrito de impugnación de un recurso. La sala, siguiendo una técnica de «corta y pega» tan recurrente hoy como poco correcta, reproduce de una forma extensa lo que ya dijo, para concluir que en el escrito «únicamente se puede interesar la confirmación de la sentencia recurrida. En modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada».

Pero con ser este tema de gran interés, y que probablemente merezca un análisis específico, no es dudoso que la mayor trascendencia práctica de la sentencia analizada está en el razonamiento realizado en el apartado d), apartado 1, del fundamento jurídico quinto. En él se rechaza de plano la argumentación empresarial, que postula «con uñas y dientes» su derecho a instar un procedimiento de despido colectivo con independencia de que una parte de su facturación fuera no oficial, ya que en cualquier caso, se alega, el despido se produciría porque «las ventas o ingresos se reducen significativamente». En consecuencia, una cosa sería el sistema contable de la empresa, y otra bien diferente su situación económica, claramente expresiva de una gran bajada de ventas e ingresos. Curiosamente, la Sala Social del TS acepta en parte este modo de argumentar de la empresa, pero le pone una condición más: todos los datos económicos que sean relevantes deben salir en el periodo de negociación con la representación laboral. Razona lo siguiente:

«[...] lógicamente, el mero hecho de haber logrado la empresa ocultar datos trascendentes de su realidad contable al acreedor tributario no comporta que los restantes acreedores, y menos los trabajadores, tengan que someterse a la ficción de unas cuentas cuya certeza y realidad ha quedado desvirtuada».

Consecuentemente, la falta de entrega en el periodo de consultas de la contabilidad real de las empresas integrantes del indiscutido grupo laboral llevaría a la nulidad del despido, por falta de buena fe en el proceso negociador. Es decir, la Sala Social vuelve a poner el acento en la dimensión sustantiva del periodo de consultas, que no es un mero trámite formal, por lo que debe ser absolutamente fiable, y ello requiere, entre otras cosas, que la información de la que disponga la representación de los trabajadores esté ordenada, sea veraz y, además, sea la completa, la real, toda la que existe con trascendencia para la decisión. Solo así ambas partes estarán en igualdad de condiciones para alcanzar, o no, un acuerdo respecto de las medidas que se proponen. En suma, siendo el deber de información real un derecho esencial que integra el principio de buena fe negocial, de conformidad a lo previsto en el artículo 51.2 del ET en relación con el artículo 124.11 de la LRJS, la falta de entrega de información adecuada conlleva la sanción de nulidad del ERE.

Una información que, claro está, debe también estar disponible para el órgano judicial, en el supuesto de impugnación de la decisión empresarial, pues ha de decidir «sobre la idoneidad, adecuación y proporcionalidad de la medida propuesta». Se insiste de nuevo, y hay que recalcarlo, dicho sea de paso, en la continuidad, pese a la reforma laboral y su ansiada reducción del control judicial a la mera legalidad formal, del juicio de proporcionalidad, en la línea de la STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2014 –también comentada en esta sección por la doctora MiñarroYanini.

4. LA TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA: PREVISIBILIDAD E IMPACTO SOCIAL

Aunque no lo dice expresamente la Sala de lo Social del TS, queda claro que hay otros sujetos que se «enterarán» de esa información ocultada al fisco, como son la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Una idea que, dicho sea también incidentalmente, viene a revelar una utilidad muy significativa de que se mantenga todavía una cierta presencia público-administrativa en el proceso, pese al sector de opinión doctrinal que comienza a criticar con intensidad que se siga hablando de ERE cuando ya no habría procedimiento autorizador. Y es que ya se sabe, todo «secreto» que es «comunicado» a otro deja de ser secreto y más si se hace en un espacio tan «social» y «colectivo» como es el periodo de consultas-negociación sindical de una regulación de empleo, sea extintiva sea suspensiva, o mixta. Por tanto, la autoridad laboral tendrá, hay que sobreentender, la oportunidad, en tales casos, de comunicar a la autoridad fiscal todo este tipo de «creatividades contables».

No obstante, en el actual contexto social, en el que hay una especial crítica ciudadana a prácticas de doble contabilidad, sean institucionales sean privadas o empresariales, sorprende que el TS no sea «sensible» a esto y no lance un mensaje mucho más contundente en contra de tales prácticas. Quizás por eso, y sin deslizarse por un terreno de la reflexión moralina o ética, la Sala Social no ha querido dejar pasar la oportunidad para mandar un mensaje –aviso a navegantes– a quienes así proceden: la indiferencia laboral frente a estas prácticas, por muy antisociales y anti-jurídicas que sean en otros planos colindantes de ese todo que es el Derecho, siempre y cuando se cuente a la representación laboral –y al juez–, debe entenderse, recuerda, cierto que casi de pasada, «sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales procedentes». Otra cosa será que esas autoridades se den realmente por enteradas y procedan a actuarlas, «caiga quien caiga».

Ahora bien, no creo que el principal problema sea esta desidia institucional. La STS que se ha comentado abre un interrogante mayor, si las empresas entienden «adecuadamente el mensaje» que les lanza subliminarmente el TS y que en estas páginas ya ha tenido eco, porque son muchas y muy diversas manifestaciones. Me refiero al mantra que el empresario todavía no parece asumir en toda su extensión, pero que sus consultores-asesores deberían hacerle ver cada vez más: «más vale negociar, que resistirse o blindarse». Y es que, de nuevo, el TS, no el legislador, parece abrirle una «economía de opción» al empresario: si usted no informa, viene a decirle, se arriesga a la nulidad, con los elevados costes que ello tiene, porque tiene que abonar salarios de tramitación y cotizaciones. Pero si usted lo hace y llega a un acuerdo, aunque le cueste algo más –en indemnizaciones y/o concesiones a los trabajadores–, se va a ahorrar usted tener que «sacar a la luz pública» su «contabilidad B», con lo que saldrá ganando. Moraleja probable de la sentencia: «a veces merece la pena pagar algo más y llegar a acuerdos, que resistirse y arriesgar la impugnación judicial y, cómo no, la sanción de nulidad».

Confío en que la moraleja real o practicada sea otra, pues no creo que la justicia social haya querido dar ese «consejo práctico», sino más bien el contrario: evite cualquier riesgo de ser sancionado dando información veraz a todos los acreedores, no ya solo a los trabajadores, también al fisco. ¿No creen?