



Roj: **STSJ M 12228/2015** - ECLI: **ES:TSJM:2015:12228**

Id Cendoj: **28079340052015100784**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **578/2015**

Nº de Resolución: **726/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12228/2015,**
STS 5734/2016

DSC **578/2015** Y ACUMULADOS 595/2015 y 630/2015- IS

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34011530

251658240

NIG : 28.079.00.4-2015/0033225

Procedimiento Despidos colectivos 578/2015 y acum. 595/2015 y 630/2015

Materia : Despido Colectivo

Ilmos. Sres

D. /Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNÁNDEZ

D. /Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D. /Dña. ALICIA CATALÁ PELLÓN

En Madrid a diecinueve de octubre de dos mil quince.

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la Sección de Sala de lo Social nº 5, D. /Dña. ALICIA CATALÁ PELLÓN los presentes autos nº **578/2015** y acumulados 595/2015 y 630/2015, seguidos a instancia de SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID (STS- Madrid), SINDICATO UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE U.G.T.- MADRID (FES-UGT), FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, UNIÓN SINDICAL OBRERA DE MADRID, ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL contra SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA SA, UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE EMPRESAS DE SEGURIDAD (SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD) (ATES), SINDICATO INDEPENDIENTE DE VIGILANTES (SIV), ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL (EPS), SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD (STS), ALTERNATIVA SINDICAL y FONDO DE GARANTIA SALARIAL sobre Despido Colectivo.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N° 726****ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 10/07/2015 tuvo entrada demanda formulada por SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID (STS- Madrid), SINDICATO UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE U.G.T.- MADRID (FES- UGT), FEDERACIÓN DE COMISIONES OBRERAS DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, UNIÓN SINDICAL OBRERA DE MADRID, ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL contra SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA S.A, UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES, ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE EMPRESAS DE SEGURIDAD (SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD ATES), SINDICATO INDEPENDIENTE DE VIGILANTES (SIV), ESPACIO DE PARTICIPACIÓN SINDICAL (EPS), SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD (STS), ALTERNATIVA SINDICAL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes.

En el acto del juicio, la representación Letrada de la parte actora, que formuló todas sus alegaciones eligiendo como portavoz para todos los demandantes, al Letrado de UGT, se desistió respecto del Sindicato Independiente de Vigilantes.

ATES y Alternativa Sindical, se adhirieron a la demanda de UGT, CCOO y USO.

Obra en autos diligencia extendida por la Sra. Secretaria de este Tribunal, teniendo por no personado en estas actuaciones al Sindicato Nacional de Trabajadores y abierto el acto de juicio, las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos, practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas, según queda constancia en el acta correspondiente y finalmente manifestaron, por su orden, sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso, se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Seguridad Integral Canaria SA, es una empresa de seguridad especializada en la vigilancia y la protección de bienes e instalaciones.

Constituida en el año 1995, el inicio de su actividad se circunscribió a la Comunidad Autónoma de Canarias, en la que es líder del sector, tanto en el ámbito privado como de entidades públicas. En la Comunidad de Madrid, cuenta en la actualidad, con una treintena de contratos y una plantilla de 1.314 personas (folio 482, Tomo II del expediente).

SEGUNDO.- En el año 2013, fue adjudicataria de los servicios de vigilancia y seguridad que licitó Metro de Madrid (lotes número 1, 2 y 5, el 22 de febrero de 2013), suscribiendo con ella, los tres contratos que obran a los folios 975 a 1003 (Tomo III del expediente administrativo), para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad (folio 482, Tomo II del expediente).

TERCERO .- Seguridad Integral Canaria, S.A., no sólo presta servicios de vigilancia en esos tres lotes de la Red de Metro que le fueron adjudicados en el año 2013, sino también en los siguientes lugares: Patrimonio Nacional-Madrid, Tesorería General de la Seguridad Social- Madrid, Ministerio de Defensa-INTA, Ministerio de Fomento, Ministerio de Defensa-IGESAN, Ministerio de Defensa, Delegación, Ministerio de Defensa-Ejército de Tierra, Ministerio de Defensa-INVIED, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medioambiente, DGT Madrid, Enaire (DR Navegación Aérea), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ISFAS en Madrid y San Sebastián, Confederación Hidrográfica del Tajo, Orange Espagne, Ministerio de Defensa- Servicio Militar Construcciones, Patronato sobre discapacidad y Ministerio de Sanidad (folio 8 del Tomo I del expediente).

CUARTO .- La base de licitación en el pliego, para el año 2013, por los lotes 1, 2 y 5, ascendió a 2.0246.807 euros.

Para los 8 lotes, fue de 48.000 euros.

La base de licitación para el año 2010, para los 11 lotes, fue de 55.315.836 euros.

La base de licitación en el pliego, para el año 2010, por los lotes 1, 2 y 5, ascendió a 18.962.676 euros (folio 484 del Tomo II del expediente administrativo).

El precio definitivo por el que la empresa licitó en 2013, esto es, el importe que fue contratado por la empresa tras la licitación pública, no fue, sin embargo, de 48.000 euros, sino de 42.604.151 euros (5.395849 euros menos) (folios 484 y 485 del Tomo II del expediente).



QUINTO.- El 8 de mayo de 2015, la Dirección de la empresa puso en conocimiento de la representación de los trabajadores, su decisión de iniciar el procedimiento de despido colectivo, que justificó <<...en la concurrencia de causas productivas y organizativas derivadas de la ejecución del contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad en el Metro de Madrid, los cuales se explicitarán y documentarán cuando se inicie el periodo de consultas...>>.

También se indicó que, si bien la afectación debería estar limitada a los trabajadores adscritos a dicho contrato, la empresa estaba abierta a que << ... en el periodo de negociación, se puedan acordar extinciones de contratos de trabajo de otros centros de la provincia de Madrid con el posterior traslado de excedentes del metro de Madrid a éstos, por lo que el ámbito de afectación de este procedimiento, será el de la totalidad de los centros de trabajo de Seguridad Integral Canaria SA en dicha provincia, ostentando la representación del conjunto de los trabajadores que prestan servicios en la misma ese comité de empresa y secciones sindicales. Por consiguiente, en el plazo de siete días contados a partir de la recepción del presente escrito, deberán designar una comisión negociadora cuya composición máxima no poder superar trece personas de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que en el supuesto de no constituirse en dicho plazo no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración. Si las secciones sindicales adoptaran la decisión de asumir la interlocución en el procedimiento de consultas, tal y como prevé el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, lo deberán notificar a esta empresa en igual plazo. Rogamos nos indiquen en la notificación de su constitución, además de las personas que la conforman, el portavoz o portavoces a los que habrá que entregar la documentación y notificaciones en relación al procedimiento de consultas... >> (folio 4, Tomo I del procedimiento y en el CD aportado por la empresa que obra al folio 626 del Tomo II del procedimiento).

SEXTO.- El comité de empresa, con fecha de 14 de mayo de 2015 y por decisión unánime, acordó la creación de la comisión negociadora, constituyéndose como órgano colegiado, formándose por representantes de la UIT, ATES, UGT, CCOO, EPS, USO, STS Madrid y Alternativa Sindical.

Como Presidente de la comisión negociadora se nombró a Don Marco Antonio (folio nº 682 del ramo de prueba de la parte actora).

Los miembros de la comisión negociadora designada por el Comité de empresa de Seguridad Integral Canaria SA de Madrid, en la sesión celebrada el 14 de mayo de 2015, para el desarrollo del periodo de consultas del despido colectivo anunciado el día 8 de ese mes y año, fueron las trece personas siguientes:

Por el sindicato UIT, como titulares, Don Alejo, Don Ángel y Don Apolonio. Como suplentes, Don Balbino, Don Benito y Don Braulio.

Por el sindicato ATES, como titulares, Don Marco Antonio y Don Cayetano (como suplentes, Don Claudio y Don Damaso).

Por SIV como titulares, Don Edemiro y Doña Enriqueta. Como suplente Don Ernesto.

Por UGT, como titular Doña Felicísima. Como suplente Don Fausto.

Por CCOO y como titular Don Fulgencio y Don Gervasio como suplente.

Por EPS, Don Horacio como titular y Don Isaac como suplente.

Por USO, Don Jon como titular y Don Justo como suplente.

Por STS, Madrid, Don Leopoldo como titular y Don Marcelino como suplente.

Y finalmente, por Alternativa Sindical, Don Mauricio como titular y Don Miguel, como suplente (folios 7 y 8 del Tomo I del expediente administrativo).

SÉPTIMO.- Por escrito remitido por la empresa al Presidente de la comisión negociadora de 18 de mayo, recibido al día siguiente, se dio inicio al periodo de consultas, adjuntándose documentación consistente en memoria explicativa (folios 480 a 497, del Tomo II del expediente administrativo), número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente por la empresa en el último año en Madrid, periodo previsto para la realización de los despidos (desde la conclusión del plazo previsto en el artículo 51.4 del ET, hasta el 30 de septiembre de 2015) y criterios tenidos en cuenta para asignar a los trabajadores afectados (exclusivamente, el de la antigüedad, sin afectarse con este despido a ningún trabajador con cincuenta o más años, folio 497, Tomo II del expediente).

Como documentación anexa se adjuntó plan de recolocación externa (folios 498 a 551, del Tomo II del expediente administrativo) e informe técnico sobre la concurrencia de las causas productivas y organizativas.



La comisión negociadora expresó, al pie de esta comunicación, que entendía que la negociación comenzaba a partir de la primera reunión convocada para el día 26 de mayo (folios 683 y 684 del ramo de prueba de la parte actora).

OCTAVO.- El periodo de consultas se desarrolló a través de cuatro reuniones.

La primera, el 26 de mayo de 2015.

En su transcurso UIT, denunció que a su sección sindical no se le había notificado la apertura del periodo de consultas, ni entregado la documentación, a lo que la empresa contestó que las comunicaciones y entrega de tantos CD como secciones sindicales, se habían realizado a través del Presidente de la comisión designada por el comité de empresa.

El resto de sindicatos presentes en la primera reunión, se adhirieron a la postura de UIT, aduciendo que se les generaba indefensión, pero que <<... en aras a la buena fe...seguirá(n) con el periodo de consultas >>.

UGT y CCOO, denunciaron que la memoria aludía a circunstancias económicas y que por ello la documentación debió ser más extensa que la entregada, a lo que la representación de la empresa, se opuso, manifestado que se trataba de un despido colectivo por causas organizativas y productivas.

El sindicato Espacio de Participación Sindical, preguntó a la empresa si versando la memoria en la deficitaria situación del contrato de Metro, el despido afectaría a otros servicios de la empresa en la Comunidad de Madrid, contestando ésta, que la idea era extinguir contratos pertenecientes a otras áreas de trabajo para poder trasladar al excedente de Metro, pero que si la intención de los representantes de los trabajadores era la de aglutinar el despido colectivo en dicho servicio de metro, podría estudiarse la propuesta.

Por UGT, STS, USO y ATES, se solicitó documentación complementaria consistente en las nuevas contrataciones de la empresa desde 2014, medidas adoptadas desde esa fecha por la empresa para paliar la situación, evaluación de prevención de riesgos laborales en Metro de Madrid, plan de prevención y sanciones económicas impuestas por Metro y censo de trabajadores de la Comunidad de Madrid (folios 685 a 695 del ramo de la parte actora).

NOVENO.- La segunda reunión del periodo de consultas, se celebró el 3 de junio de 2015.

UIT adujo que a la vista de la escasa documentación aportada, no quedaba acreditada la existencia de un excedente en el servicio de vigilancia del Metro que no pudiera corregirse con un sistema de prejubilaciones, manifestando que no se le había hecho entrega de la documentación en papel.

UGT reiteró la necesidad de que se aportara por la empresa la documentación expresada en la primera reunión, a lo que la empresa se comprometió a aportar la acreditativa de los traslados de trabajadores a Metro y nuevas contrataciones, pero no así respecto a la evaluación de prevención de riesgos y sanciones impuestas a la empresa, por entender, que no era necesaria.

EPS instó a que se aportara un balance de horas extraordinarias a lo que accedió la empresa, servicios de asignación y facturaciones obtenidas en la Comunidad de Madrid, vacaciones de los años 2014 y 2015 y vacantes a la fecha actual.

STS insistió que no se habían aportado las cuantías anuales 2014/2015, interesando que las medidas extintivas debieran afectar a todos los trabajadores de la empresa de Madrid y no sólo a los asignados al servicio de metro.

La empresa indicó que, sólo actuaría de tal modo, en caso de acuerdo al respecto, que ya había remitido a los portavoces de la representación de los trabajadores nueve correos electrónicos con los descubiertos de la empresa y que en cuarenta y ocho horas, habría alternativas a la extinción de 109 contratos (696 a 698 del ramo de la parte actora).

DÉCIMO.- La tercera reunión del periodo de consultas, se celebró el día 8 de junio de 2015. La empresa cuantificó el excedente de plantilla en 106 puestos de vigilante y con el propósito de reducir el número de afectados y atenuar las consecuencias del despido, ofertó la siguiente alternativa para los trabajadores de la plantilla destinados en la vigilancia de Metro (damos por reproducida el acta de la tercera reunión, a los folios 699 a 707 del ramo de prueba de la parte actora), rechazada por todos los sindicatos (UIT, ATES, EPS, USO, SIV, STS), consistente en:

La transformación del contrato a tiempo parcial (estableciéndose según la ley, las horas complementarias máximas), estando adscritos a retenes, esto es, personándose en las estaciones durante una hora durante la que la empresa les puede dar ocupación, un plus de disponibilidad de 15 euros, en todo caso, otras



modalidades de disponibilidad, integración de una bolsa de trabajo que la que será prioritario acudir, que podrán rechazarse y percibiendo por la conversión del contrato la cantidad de 4.500 euros.

Como opción para los vigilantes con antigüedad posterior al 1 de julio de 2007 y que sean menores de cincuenta años de edad, la extinción de sus contratos e integración de una bolsa, dándose prioridad, dentro de ella, por orden de antigüedad, permitiéndose el rechazo de hasta diez ofrecimientos de ocupación (como máximo), 25 días por año trabajado, como indemnización por despido y finalmente como opción para los vigilantes con antigüedad posterior al 1 de julio de 2007 y que sean menores de cincuenta años de edad, la extinción de sus contratos y desvinculación definitiva con la empresa y percibo de una indemnización de 22,5 días por año trabajado, como indemnización por despido.

También se ofertaron en el acto, 10 puestos de trabajo de cobertura inmediata (6, en Palacio Real, 1 en Ronda de Campamentos, 2 en Palacio de Aranjuez, 1 Puesto Armado en la Residencia Militar Alcázar), que, por unanimidad de los representantes de los trabajadores, no se aceptó.

CCOO realizó una propuesta que la empresa admitió que estudiaría, consistente en la creación de un calendario vacacional de los trabajadores de Metro para su distribución regular a lo largo del año, la recolocación de los mismos en vacantes detectadas en otras áreas, posibilidad de completar la jornada dejada de realizar en algunos servicios de Metro en otros centros de la empresa, aplicación del Convenio colectivo en materia del cuadrante anual, jubilaciones parciales, elaboración de un plan de formación anual y creación de una Comisión Paritaria, con dos reuniones mensuales como mínimo.

La empresa propuso la posibilidad de afectar a los trabajadores contratados para atender a otros servicios de la Comunidad de Madrid y cubrir esos huecos con el personal de Metro, posibilidad que se rechazó por el banco social.

UNDÉCIMO.- La cuarta reunión del periodo de consultas, se celebró el 3 de junio de 2015 (folios 708 a 725 de ramo de prueba de la parte actora) y en ella se dio respuesta a la oferta planteada por CCOO, lo que no fue aceptado por la parte social, concluyendo la negociación sin alcanzarse un acuerdo.

DUODÉCIMO.- Como documentación complementaria se aportó por la empresa y consta en el CD que obra al folio 626 del Tomo II del procedimiento, los siguientes documentos: Relación de descubiertos en el año 2014, incidencias en el servicio (resumen de días de ausencias del personal en Metro en los cinco primeros meses de enero a mayo de 2015, absentismo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, asuntos propios, maternidad, paternidad) y horas extraordinarias realizadas por el personal de Seguridad Integral Canaria SA en Madrid, en el periodo comprendido entre enero a mayo de 2015.

El presidente del comité de empresa, solicitó un listado de todos los puestos que han generado descubiertos en las tres zonas de metro de Madrid y de intervención, desde el 1 de agosto de 2013 al 22 de mayo de 2015, especificándose claramente en cada una de las zonas (zona 1, zona 2, zona 5 e intervención) cada puesto que no se hubiera podido cubrir por cuadrante o por cualquier otro motivo e interesando que se entregara antes del día 26 de mayo de 2015 (fecha de inicio de la primera reunión del periodo de consultas), para poder preparar la reunión de forma concisa, clara y diligente.

Dicha petición, que tuvo fecha de entrada en la empresa el 22 de mayo de 2015, no fue atendida por ésta (testifical del Presidente del Comité de empresa en Madrid de Seguridad Integral Canaria SA y folio 979 del ramo de prueba de la parte actora).

DECIMOTERCERO.- El número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha sido de sesenta y siete, de los que sólo nueve, prestan servicios en Metro de Madrid (folios 1174 y 1175, Bloque III del ramo de prueba aportado por la empresa).

Inicialmente el número de trabajadores despedidos fue de 94.

Obran en autos las notificaciones del despido colectivo a los trabajadores afectados por el expediente (CD nº 1, folio 981 del ramo de prueba de la parte demandada), con las fechas de efectos que en esos archivos informáticos se citan, no coincidentes.

También obra en ese CD el listado de despidos disciplinarios, extinciones voluntarias de trabajadores de Metro, excedencias y traslados de trabajadores de Metro a otros centros.

Información toda ella, que, por su extensión, damos por reproducida.

DECIMOCUARTO.- En el pliego de 2013, Metro de Madrid, exigió para los lotes 1,2 y 5, 817.137 horas/año.



La empresa calcula el excedente de personal en el servicio de Metro de Madrid, en un número total de horas al año de 762.248 (54.889 horas menos que las 817.137 exigidas por Metro) (folios 484, 485 y 495 del Tomo II del expediente administrativo).

DECIMOQUINTO.- La red de Metro de Madrid, en el periodo comprendido entre 2008 y 2013, perdió cien millones de usuarios.

En el año 2013, sus ingresos se redujeron en 105 millones de euros respecto al año anterior, lo que ha supuesto unas pérdidas por valor de 218 millones de euros en ese ejercicio.

Con el objetivo de reducir costes, Metro de Madrid acometió un proceso de reestructuración que ha determinado que, para la prestación de los servicios de seguridad, convocara sendos concursos de vigilancia para la adjudicación de este servicio, mediante un sistema novedoso que se aleja del tradicional y del que venía siendo característico en las licitaciones públicas (facturación por horas realizadas) pasando a ser por objetivos (eliminándose gran parte de los servicios fijos de estación, creando rutas móviles y marcando unos criterios de calidad en su prestación basado en indicadores, donde se medirá el resultado del trabajo), dejando libertad a las empresas adjudicatarias sobre cómo prestar el servicio y obligándoles, exclusivamente, por lo que respecta a la consecución de una serie de objetivos cuya fijación compete a Metro (informe técnico sobre la concurrencia de causas productivas y organizativas en la ejecución de los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad adjudicados por Metro de Madrid, SA a Seguridad Integral Canaria, SA, ratificado en juicio por su autor Don Luis Carlos).

DECIMOSEXTO.- Para el traslado del modelo antiguo de gestión por horas al nuevo por objetivos, Metro concedió un tiempo mínimo de 12 meses y máximo de 24 meses, trasladando a las empresas la decisión de hacerlo de una forma o de otra a fin de que las adjudicatarias buscaran salidas escalonadas de los excedentes que se irían produciendo como consecuencia de esa adaptación (informe técnico sobre la concurrencia de causas productivas y organizativas en la ejecución de los contratos de prestación de servicios de vigilancia y seguridad adjudicados por Metro de Madrid, SA a Seguridad Integral Canaria, SA, ratificado en juicio por su autor Don Luis Carlos).

DECIMOSÉPTIMO.- Según el pliego de cláusulas administrativas, las empresas de seguridad deben modular la composición del servicio de vigilancia para cumplir los objetivos, atendiendo a las características particulares de cada estación o grupo de estaciones, instalaciones, día de la semana, hora, mes, viajeros/usuarios en la red y cualquier otra circunstancia que pueda influir para el dimensionamiento del servicio.

En caso de incidencias sobrevenidas e imprevistas, Metro de Madrid establece los mínimos que estima necesarios (Anexo I del pliego de prescripciones técnicas) para cubrir las necesidades urgentes, siendo las empresas las que determinarán, en cada momento, el servicio final, atendiendo al día de la semana, hora, temporada y cualquier otra circunstancia que pudiera incidir en el servicio (informe técnico ratificado por el Sr. Luis Carlos).

DECIMOCTAVO.- Para la transición del modelo tradicional al modelo por objetivos, Metro establece como requisito que las empresas que obtengan los contratos de las diferentes zonas, subroguen a todo el personal de seguridad que preste servicio en las dependencias que hayan quedado incluidas en las nuevas zonas geográficas.

El pliego de prescripciones técnicas, exige a las empresas adjudicatarias que definan la programación de los servicios que se van a realizar y el despliegue de medios humanos necesarios, tanto a nivel de mandos intermedios, administración y vigilantes, debiendo cada una de las licitadoras detallar tales extremos en sus ofertas. Y en ellas, se han de determinar, lo que el pliego denomina como "cronogramas", que la empresa debe presentar para explicar cómo adaptará el modelo antiguo al nuevo.

DECIMONOVENO.- En la actualidad, los vigilantes de seguridad adscritos por Seguridad Integral Canaria SA a los servicios de Metro, hacen horas extras y llevan haciéndolas desde antiguo.

La reducción de personal ha supuesto en estos servicios, numerosos descubiertos, porque los vigilantes de seguridad que quedan en esos servicios, ahora, están prácticamente solos.

En espectáculos deportivos calificados como de <<alto riesgo>> en los que la dotación de vigilantes antes se cuantificaba en diez o doce por estación, ahora se ha reducido a dos vigilantes, que, además, están separados (testifical del Presidente del Comité de empresa en Madrid de Seguridad Integral Canaria SA).

La profesión de vigilancia se caracteriza por un importante nivel de conflictividad por las circunstancias que rodean las estaciones (la cantidad de desalojos, presencia de grafiteros o de músicos, robos, hurtos, actos vandálicos, agresiones, venta ambulante o accidentes de viajeros (folio 558 del Tomo II del expediente administrativo)).



VIGÉSIMO.- En los meses de ejecución del ERE, se ha producido un incremento, en porcentaje muy alto, del número de descubiertos, de modo que, a día de hoy, son imposibles de cubrir (testifical de Don Constancio , responsable técnico de la ejecución del proyecto).

Esta circunstancia ha justificado la imposición de sanciones por parte de Metro de Madrid (testifical de Don Constancio , responsable técnico de la ejecución del proyecto).

VIGÉSIMO PRIMERO.- En la empresa se realizaron 2282,4 horas extras, de enero a mayo de 2015, en los siguientes servicios: PN El Escorial, TGSS, Defensa CAP. Arteaga, Defensa San Cristóbal, Defensa Arturo Soria, INTA Torrejón. En 2014, se realizaron 3234.88 horas extras en los siguientes servicios: en AENA, Bretón de los Herreros, Castellana, 233, Confederación Hidrográfica del Tajo, Corretornos, Defensa Madrid, Delegación de Gobierno, DGT, Edificio Bretón de los Herreros, Madrid Salud, Ministerio Agricultura, Ministerio de Empleo, Ministerio Fomento, Ministerio Medioambiente, OA 112, OA Parques Nacionales, Patronato sobre Discapacidad, PN ARANJUEZ, PN El Escorial, PN El Pardo y TGSS (CD folio 626 del Tomo II del procedimiento).

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El dictamen pericial emitido por Don Florentino , obrante en autos a los folios 1004 a 1012 del III Tomo del expediente administrativo, se limita al resultado económico de los tres lotes de Metro adjudicados a Seguridad Integral Canaria SA, no incluyendo ninguna otra actividad de la citada empresa.

El perito declaró en juicio que aun cuando en el resto de sus actividades, la empresa ha tenido beneficios, incrementándose sus ingresos desde el año 2013 al año 2014 y sin objetivar pérdidas en ninguno de esos dos años, en el servicio de vigilancia del Metro, éstas ascienden a las que se indican en el folio 1012 (1.746.419,09 euros).

VIGÉSIMO TERCERO.- Entre el 1 de noviembre de 2014 al 17 de septiembre de 2015, Seguridad Integral Canaria SA ha contratado a 104 trabajadores (contratos que figuran a los folios 778 a 978 del ramo de la prueba de la parte actora).

VIGÉSIMO CUARTO.- Obra en autos informe de la Inspección de Trabajo (folios 1345 a 1350, 4º Tomo del expediente administrativo) que damos expresamente por reproducido.

También obran dos informes de absentismo emitidos por la entidad Asepeyo Mutua de Accidentes y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 151 (CD, folio 626, Tomo II del procedimiento).

Según el primero de ellos, durante el año 2014, el índice de absentismo de los trabajadores de la empresa Seguridad Integral Canaria SA, fue superior a los datos de mercado, tanto por contingencias profesionales como comunes (página 6).

Durante los primeros cinco meses de este año, el índice de absentismo de los trabajadores de la empresa Seguridad Integral Canaria SA, también ha sido superior a los datos de mercado, tanto por contingencias profesionales como comunes, superando incluso, los índices obtenidos en los primeros cinco meses del año anterior (página 6 del segundo informe).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La convicción de la Sala sobre el anterior relato fáctico se ha obtenido de la prueba documental que hemos ido mencionando al término de cada uno de los ordinales que lo integran, reconocida la de la parte actora, de manera íntegra por la representación Letrada de la empresa y reconocida también, no en su totalidad, pero sí en la que hemos hecho referencia en el relato de hechos probados que precede, por la representación Letrada de la parte actora que, recordemos, se integra por UGT, CCOO, USO, ATES y Alternativa Sindical.

Hemos tenido en cuenta, pese a que, en principio, no resulta excesivamente útil a los fines del expediente, la declaración pericial prestada por el economista Sr. Florentino , porque a pesar del alegato constante formulado en la vista por el Letrado que asumió la defensa de la empresa, en el sentido de que no nos encontramos ante un despido colectivo de tipo económico, sí resulta interesante conocer el hecho de que la empresa siempre ha tenido beneficios, como de forma rotunda (aunque sin constancia en el informe), declaró el citado perito, incrementándose sus ingresos desde el año 2013 al año 2014 y sin objetivar pérdidas en ninguno de esos dos años (motivo por el que, en justicia, hayamos reflejado también las pérdidas de 1.746.419,09 euros, que se consignan en su informe, a los fines que después diremos).

Especial relevancia nos ha parecido que tiene la declaración del Presidente del Comité de empresa, porque se ofrece por quien tiene una indudable relación con la demandada y ocupa una posición trascendente dentro de la misma, sobre todo cuando, sin género de dudas, explicó que en la actualidad, en los servicios de metro de Madrid adjudicados a la demandada, se realizan horas extraordinarias y que se está produciendo un vacío en la asignación de efectivos de vigilancia para cubrir eventos calificados como de alto riesgo.



A ello no obsta que, espontáneamente y sin que la representación Letrada de la demandada se lo preguntara, reconociera que tiene una demanda contra la empresa en reclamación de horas, porque el alegato fue muy natural y tratando de reforzar lo que, a juicio del testigo, era una realidad: la realización de horas extras, tanto en la actualidad, como desde siempre).

Finalmente, queremos advertir, que nos ha resultado ciertamente paradójico, que la empresa no haya propuesto una sólo prueba que despeje dos aspectos cruciales para la calificación del despido:

1.- El excedente de personal destinado a la vigilancia de las estaciones de Metro, no cumplimentando la información solicitada al respecto por el presidente del comité de empresa.

2.- Y en segundo lugar, la justificación del motivo por el que en los meses inmediatamente anteriores al despido e incluso durante la tramitación del ERE, realizó 104 contrataciones (sin que valgan a este respecto, las insuficientes argumentaciones del Letrado de la empresa en el sentido de que sólo pretendían cubrir las necesidades de personal en los servicios de vigilancia del Patrimonio Nacional y del Ministerio de Defensa).

Como decimos, estos dos interrogantes, que han quedado sin explicar debidamente por quien tiene obligación de hacerlo, según las reglas generales en materia de carga de la prueba, han sido concluyentes para la calificación del expediente que enjuiciamos.

SEGUNDO .- El siguiente paso radica en conocer el alcance de las tres demandas y de las tres, que se han reducido a dos, excepciones procesales opuestas en el acto del juicio.

En la primera de las demandas, interpuesta por el Sindicato de Trabajadores de Seguridad de Madrid (STS de Madrid), se alegó que el 8 de mayo de 2015 , la empresa notificó a la representación de los trabajadores, la iniciación del ERE, sin facilitar durante su tramitación, la documentación fiscal y contable, ni los informes técnicos perceptivos, infringiéndose el artículo 5 del RD 1483/2012 y que concluida la etapa de negociación previa, la demandada comunicó el despido de 94 trabajadores y el traslado forzoso del mismo número de empleados (como se ha visto antes, el número final de trabajadores cuyo contrato ha sido extinguido en este despido, se ha reducido a sesenta y siete), razonando, en definitiva, que cuando la empresa asumió la contrata de metro, ya sabía que debía acometer reducciones de plantilla, por lo que la causa finalmente invocada, era conocida desde el año 2013.

La segunda de las demandas acumulada a la anterior, interpuesta por el Presidente del Sindicato Unión Independiente de trabajadores, Don Porfirio , se centra en denunciar que la documentación ofrecida por la empresa sólo fue entregada a una parte de la representación de los trabajadores, quedando al menos los miembros de la citada sección sindical Don Alejo , Don Apolonio y Don Porfirio , sin conocimiento del calendario, sin haber sido liberados de sus obligaciones y sin que se les hiciera entrega de la documentación preceptiva.

En dicha demanda, también se ha denunciado la existencia de errores en la determinación de las causas, pues, según su parecer, la memoria alude a causas económicas, cuando formalmente alega la existencia de causas de tipo organizativo y de producción, apreciándose también equivocaciones en la conformación de los listados de personal, ausencia de un plan de recolocación con medidas efectivas que garanticen la continuidad laboral de los afectados, escaso tiempo para analizar la incompleta documentación que se le entregó por la empresa, falta de aportación de las altas y bajas en la Seguridad Social en los años 2013 a 2015, de las sanciones por absentismo laboral por parte del cliente metro de Madrid, contratos actuales y previsión de licitaciones futuras, insistiendo, al igual que la primera de las demandas, que cuando la empresa pujó por la adjudicación de los servicios de Metro de Madrid en el año 2013, lo hacía con pleno conocimiento de la reestructuración de plantilla que tenía que producirse.

Finalmente, la última demanda formulada por la Federación Regional de la UGT- FES Comision Obreras y Unión Sindical Obrera de Madrid, después de detallar que todos los afectados pertenecen al centro de trabajo sito en la calle Londres 38 de Las Rozas, razonan que ni durante la tramitación del expediente, ni a su conclusión, la empresa justificó el excedente que afirmó existir en los servicios de vigilancia del Metro, pues, ente otras cosas, tuvieron tiempo más que suficiente para adaptarse a la nueva situación, de modo que el excedente, de haberlo, sólo tendría justificación en la mala organización empresarial, rechazando los criterios de selección que primen a trabajadores de cincuenta años o más e insistiendo en que se ha afectado a más trabajadores de los necesarios, sobre todo porque no se encontraban en su mayoría, destinados a la vigilancia del Metro (84 de los 94 afectados, no pertenecen a dicho colectivo).

TERCERO .- La representación Letrada de la empresa, comenzó su intervención oponiendo tres excepciones:



1.- Que el Sindicato Nacional de Trabajadores y Espacio de Participación Sindical, carecen de legitimación activa, dado que no han acreditado, porque no la tienen, la representatividad en el ámbito de la empresa, que exige el artículo 17 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Ningún pronunciamiento procede hacer al respecto, en tanto a preguntas de este Tribunal, el Letrado de la empresa manifestó que se trataba de un error.

En segundo lugar y en relación a la demanda formulada por UGT, CCOO y USO, aduce la empresa, de manera algo insegura, que el litisconsorcio que se conforma en los Sindicatos de ATEs, SIV, EPS , STS y Alternativa Sindical carece de soporte legal, porque la ampliación de la demanda en relación a tales organizaciones, sólo tendría sentido si el expediente hubiera concluido con acuerdo, como preceptúa el artículo 124 de la LRJS , pero no en un caso como el presente, en el que dichos sindicatos carecen de legitimación pasiva, al darse la paradójica situación de que alguno de ellos también ostenta la posición procesal de demandante.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015, Recurso nº 35/2014 <<... El artículo 124 de la LRJS no puede ser interpretado al margen de otras normas procesales cuya integración sistemática es ineludible.

La primera de ellas es el art. 17.2 LRJS que dice: "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios", precepto que establece una regla general procesal que no es sino una traslación del art. 7 CE (LA LEY 2500/1978) , utilizando incluso hasta sus mismas palabras. Dando un paso más, el mismo precepto añade: "Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal actuación haga detener o retroceder el curso de las actuaciones". Y, en tercer lugar, el art. 155 LRJS , denominado "Intervención de sindicatos, asociaciones empresariales y órganos de representación", aún situado dentro del Capítulo destinado a la regulación del proceso de conflictos colectivos, dice así: "En todo caso, los sindicatos representativos (...) podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto". Todo lo cual coincide, además, con lo previsto en el artículo 13 de la LEC , sobre "Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados", supletoriamente aplicable para los aspectos concretos que no estén contemplados en las normas laborales citadas, cuando dispone que "mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito". Éstos serían, por tanto, el interviniente litisconsorcial y el adhesivo que, sin haber iniciado el pleito, pueden luego entrar en él siempre que no haya concluido y que su intervención no incurra, como sin duda es el caso pues nadie alega cualquiera de estas circunstancias, en manifiesto abuso de derecho o entrafie fraude de ley o procesal (art. 11.1 LOPJ).

Parece claro, pues, que el legislador tiene una actitud "proactiva" respecto a la intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional.

Por su parte, el art. 124 LRJS se limita a aludir al "empresario demandado" (art. 124.9) y a precisar que, cuando el período de consultas terminase con acuerdo, "también deberá demandarse a los firmantes del mismo" (art. 124.4)...>>, circunstancia alegada por la empresa pero <<... Esto no puede significar una prohibición de que otros sindicatos no firmantes del acuerdo pero con implantación en el ámbito del conflicto colectivo pueden personarse, bien como demandantes bien como demandados, por aplicación analógica del art. 155 LRJS , pese a que, por razones obvias, el proceso de conflicto sea más amplio y abierto, o menos limitado en sus contenidos, que el de despido colectivo. Al fin y a la postre, el proceso especial de despidos colectivos es una variante de un proceso -también especial pero de mucho mayor alcance- como es el de conflictos colectivos...>>.

Doctrina ésta que determina el fracaso de la excepción, sobre todo cuando se esboza sin apoyo en ninguna otra alegación, a excepción del mandato contenido en el citado artículo 124 de la Ley que regula esta jurisdicción.

CUARTO.- La tercera de las excepciones planteadas por la empresa, se centra en que la representación Letrada de la parte actora, incurrió en una inadmisibles variación sustancial de la demanda, que le provoca indefensión desde el momento en el que parte de sus alegaciones carecían de un antecedente en las previas demandas, sobre todo en lo que respecta a las comparaciones entre los lotes adjudicados a la empresa en el año 2010, con respecto a los que lo fueron tres años más tarde, la medida en la que no resultaban bloques homogéneos, porque los del año 2010 contemplaban once lotes y los del año 2013, sólo ocho y en todos los alegatos atinentes a la seguridad laboral.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, Recurso número 70/2014 : <<... a).- Tanto la jurisprudencia contencioso- administrativo como la social mantienen al presente una evidente flexibilidad al



exigir el requisito de correspondencia entre la vía administrativa y el proceso judicial, que refiere el art. 72 LRJS afirmando que «... no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de ... conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo...». Flexibilidad que responde al propósito del legislador -así, el Preámbulo de la Ley 29/1998- de superar el carácter estrictamente revisor de la actuación de los Tribunales [así, la STS 15/02/12 -rcud 4262/10 -], lo que justifica que -como el recurso argumenta- se distinga entre el rechazable «cambio en la pretensión» [desviación procesal inaceptable, para las SSTC 98/1992 , 160/2001 , 133/2005 y 158/2005, de 20/Junio que reiteran] y el admisible «cambio en la fundamentación de la pretensión» [en tal sentido, la STS 3ª 15/06/02 -rec. 2465/97 -]; pero -destaquemos- ello en el ámbito de la relación entre la vía administrativa y el proceso judicial. Y a los concretos efectos de que tratamos no cabe olvidar que el art. 151 LRJS mantiene - respecto del procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral- que «el procedimiento... se regirá por los principios y reglas del proceso ordinario» y que «[e]n lo no expresamente previsto serán de aplicación las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa...».

En este sentido conviene destacar que incluso la doctrina constitucional sigue en este punto la jurisprudencia ordinaria contencioso- administrativa, manifestando que «[l]a distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que, mientras aquéllos no puedan ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercitada. De nuevo, pues, para determinar «si esta negativa del órgano judicial a resolver la referida cuestión de fondo es o no conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva debe previamente determinarse cuál ha sido la petición formulada ante la Administración y, una vez establecido esto, examinar si la pretensión procesal ejercitada ante la jurisdicción alteró sustancialmente los términos de aquella petición de manera tal que esa cuestión deba calificarse de "nueva", por no haberse planteado previamente ante la Administración, impidiendo que ésta tuviera posibilidad real de pronunciarse sobre ella" [STC 98/1992, de 22 de junio , FJ 3]» (SSTC 160/2001, de 5/Julio, FJ 4 ; y 158/2005, de 20/Junio , FJ 5).

b).- Pero esa relativa permisibilidad se troca en rigor cuando de lo que se trata es de la invariabilidad de la demanda en el acto de juicio, al prescribirse en el art. 85.1 LRJS que en el mismo «... el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial». Y al efecto ha manifestado esta Sala que la legislación laboral «cuida con esmero las alegaciones sorpresa que, en un proceso oral como el regulado en dicha norma, impiden la adecuada defensa de la parte» (SSTS 22/03/05 -rec. 32/04 -; y 15/11/12 -rcud 3839/11 -), pues la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el «derecho a no sufrir indefensión» en el desarrollo del proceso, el cual está dirigido a «garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca» [entre otras, SSTS 18/07/05 -rcud 1393/04 -; 15/11/12 -rcud 3839/11 -; y 30/04/14 -rco 213/13 -].

A tales efectos, la doctrina de la Sala -tradicional y actual- ha entendido que por variación sustancial de la demanda debe entenderse la que «...afecta de forma decisiva a la configuración de la pretensión recitada o a los hechos en los que ella se funda" introduciendo con ello "un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a la vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión"...» (así, la STS 10/04/14 -rco 154/13 - y todas las que en ella se citan)...>>.

Y en aplicación de esta doctrina jurisprudencial, esta Sala entiende, que, en modo alguno, concurre la excepción invocada.

Es cierto que el Letrado que intervino en la vista en representación de toda la parte actora, realizó una serie de alegaciones, sobre los cuadros incluidos en la memoria. Pero este tipo de explicaciones en juicio, en modo alguno, puede tacharse de extemporánea o que se desarrolle pretensiones que la empresa ignore, no sólo porque se realizaron precisamente en atención a la memoria elaborada por la propia demandada, sino porque es ella quien tiene que prever la repercusión que la extinción de sesenta y siete contratos puede tener en la forma en la que, realmente, se presta el servicio.

No nos encontramos ante variaciones sustanciales de la demanda, sino ante reflexiones que desarrollan, de forma más amplia, las normalmente escuetas demandas laborales, sin introducir en el debate aspectos relevantes que dejen indefensa a la demandada, por alterarse con ellas, el fundamento de ninguna de las pretensiones.

El carácter no sobrevenido de la causa de despido, fue alegado hasta la saciedad en las tres demandas (y de ahí, que para explicarlo en su debida extensión en el acto del juicio, se trajeran a colación las bases de licitación) y la indicación de qué consecuencias produce la reducción de personal en el día a día del servicio, es un aspecto relacionado con el debate planteado en las demandas y por ello, el siguiente paso, radica en el examen de la cuestión de fondo planteada.



QUINTO .- En lo que respecta a los defectos achacados en la demanda formulada por el Presidente del Sindicato Unión Independiente de trabajadores, Don Porfirio , ningún género de incumplimiento puede achacarse a la empresa.

Efectivamente, según el artículo 41 del ET , la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida antes del inicio del periodo de consultas, disponiendo el artículo 51.2 del ET que *<< ... se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.*

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo. La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días. Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración...>>.

Resulta de interés la cita de dos sentencias de la Audiencia Nacional, que expresamente analizan cómo debe componerse el banco social y la intervención de la empresa en este sentido: La Sentencia de 22 de octubre de 2014 , Proc. nº 213/2014 (asunto Unipost) y la de 16 de mayo de 2014, Proc. nº 500/2013, en el asunto Panrico.

En la primera de ellas, la empresa Unipost remitió a las secciones sindicales de cuatro sindicatos y al comité intercentros en determinada fecha, una comunicación, manifestando su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo, convocando a los citados representantes para dicha reunión inicial e instando a los mismos para que, con anterioridad a dicha fecha, constituyesen la comisión representativa de los trabajadores. En el periodo de consultas, se discutió constantemente por la representación de los trabajadores, sobre qué sindicato tenía la mayoría y sobre la composición de la comisión negociadora, llegando incluso la empresa a instar a dos de ellos, para que dieran los nombres de sus titulares, para evitar que la comisión se tuviera por no constituida, pese a lo cual, el periodo de consultas siguió corriendo. En las diferentes reuniones de la comisión negociadora se produjeron variaciones en la identidad de las diferentes personas que representaban a cada sindicato, no siendo siempre todos coincidentes.

Y en ese escenario, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el fundamento de derecho quinto, razonó (frente a la alegación de CCOO y CGT, en el sentido de que la negativa de la empresa a aceptar como válida la composición de la comisión por ellos defendida y su no reconocimiento suponían *<<una injerencia en la negociación e ... infracción equivalente a la omisión del periodo de consultas>>*), en sintonía con lo que ya había declarado en sentencia de 16 de mayo de 2014, Proc. nº 500/2013 (asunto Panrico) que: *<<... El desarrollo de un periodo de consultas efectivo y de buena fe, es esencialmente una exigencia procedimental que se impone al empresario para legitimar el ejercicio de su potestad para despedir colectivamente (art. 2.1 directiva comunitaria y 51.2 ET) cuyo incumplimiento dará lugar a la nulidad de la decisión adoptada y así lo indica el art. 124.11 LRJS : La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas....*

En palabras del TJUE, caso Mono Car Styling SA contra Dervis Odemis y otros, Sentencia de 16 julio 2009 , el derecho de información y de consulta previsto en la Directiva 98/59, en particular en su artículo 2, está concebido en beneficio de los trabajadores como colectivo y tiene pues una naturaleza colectiva, lo que permitió a este Tribunal, SAN 25-7-12 , sentar el criterio de que el período de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, criterio que ahora se reitera.

De este modo, alcanzado acuerdo en el periodo consultivo, el empresario adquiere el compromiso de que la decisión que adopte se corresponda con lo negociado con la representación de los trabajadores. De no actuar así estaría incurriendo en fraude de ley dando lugar a una decisión nula por esta causa (STS 17-2-2014 rec. 142/2013).

Por otra parte es cierto que, si se alcanza acuerdo, éste puede tener contenidos muy diversos, que traten contenidos propios de la negociación colectiva laboral más allá del estricto despido colectivo objeto de las consultas. La legalidad de esos pactos, es cierto, pueden verse afectados por los defectos en la constitución de la



comisión negociadora, con criterios análogos a los aplicables a cualquier otro proceso de negociación colectiva. Pero la decisión empresarial de despido colectivo no está condicionada a la existencia de pacto, sino solamente a la existencia de negociación, por lo que la eventual nulidad del pacto no determina automáticamente la nulidad de la decisión de despido colectivo en todos los casos....

Para que la negociación tenga efecto, obvio es que el empresario necesita de un interlocutor representativo del colectivo afectado por la medida que pretende imponer. A su identificación dedica el legislador el art. 51.2 y 41.4 ET .

Sea cual sea la ruta elegida, sindicatos o representantes unitarios, o en su defecto los llamados "representantes ad hoc", es evidente que para que la comisión a tal efecto elegida pueda concluir válidamente acuerdos debe conformarse siguiendo las reglas legalmente establecidas que la cualifican como "representativa" y que se asientan en el principio de proporcionalidad. Así se dice expresamente en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores : "En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen".

Ahora bien que la comisión alcance la cualidad de representativa del colectivo representado y pueda alcanzar acuerdos que les afecten, presupuesto básico del ejercicio del derecho de negociación colectiva, es obligación y responsabilidad de quienes están facultados para la designación de dicha comisión. En este proceso electivo el empresario no está presente y no puede estarlo pues si incidiera en su elección lo perjudicaría de plano. Su actividad se concreta en, correspondiéndole la iniciativa del proceso, dar cuenta del mismo a los representantes de los trabajadores para que en los plazos y aplicando las reglas legales, elijan dicha comisión. Así lo establece en el artículo 41.4 ET : "La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas" y "a estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo", siendo "el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa ... de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días". La formación de la comisión representativa es de plena competencia y responsabilidad de los representantes de los trabajadores, hasta el punto de que el art. 41.1 prevé que "la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas (...)".

Si la comisión no se constituyera de forma debida no alcanzando por tanto su cualidad de "representativa" del colectivo afectado por la medida empresarial se estaría perjudicando el derecho de ese colectivo a que se alcanzasen acuerdos que paliaran o limitaran los efectos de la medida empresarial, perjuicio que ha de imputarse a sus representantes al no haber actuado respetando el principio de proporcionalidad en la elección de la comisión. Ahora bien, lo que no podría verse afectado por este proceder es la decisión posterior adoptada por el empresario en orden a llevar a cabo la medida adoptada en los términos expresados por él tras la finalización del periodo consultivo y que gozaría de plena eficacia. La indebida conformación de la comisión representativa equivaldría así a su falta de constitución , supuesto que como se acaba de indicar ni impide el inicio ni el transcurso del periodo de consultas que debe entenderse a estos efectos como celebrado.

Cabe pensar en supuestos de mala fe empresarial en los cuales el empresario fomente la falta de constitución regular de la comisión representativa alentando o acogiendo las pretensiones manifiestamente infundadas de determinados sindicatos para obviar la constitución de la misma y evitar ilegítimamente la preceptiva negociación colectiva, lo que daría lugar a la declaración de nulidad del despido. Pero, excluidos aquellos casos en los que la conducta empresarial incide directa o indirectamente en la inadecuada determinación de la comisión representativa o en la falta de constitución de la misma, la inadecuada conformación de la representación de los trabajadores, tal como reconoce la STS de 17- 2-2014 Rec. 142/13 , no es causa de nulidad de la decisión empresarial de despido. Lo contrario sería tanto como trasladar al interlocutor empresarial en el periodo consultivo las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de la contraparte dando con ello incluso a una situación de manifiesta injusticia y fomento de conductas fraudulentas que propiciarían el establecimiento de comisiones "no representativas" o al fracaso en el acuerdo en la constitución de la comisión con el objetivo final de lograr la nulidad de las decisiones empresariales sobre medidas de flexibilidad interna o externa, haciendo en definitiva inoperativa la institución...>>.

Del asunto enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2014, Proc. nº 500/2013, en el asunto Panrico , que sirvió de base a la que acabamos de citar, merece la pena destacar, en síntesis, sus hechos probados primero y segundo, según los cuales la empresa hizo entrega a los representantes unitarios de los trabajadores de los distintos centros de trabajo, la comunicación de inicio de un proceso de despido, instándoles a la constitución de una comisión representativa para el inicio del periodo de consultas.



La plantilla al inicio del proceso ascendía a 1.785 trabajadores desplegados por todo el territorio nacional. Los centros de trabajo más numerosos eran: Puente Genil 228 trabajadores, Sevilla 82, Zaragoza 139, Valladolid 202, Santa Perpetua de Mogoda 307, Esplugues de Llobregat 160, Alcorcón 28, Paracuellos del Jarama 196, y Murcia 155.

El 10 de octubre de 2013, en la sede de UGT, se celebró una reunión de los 104 representantes unitarios electos de los trabajadores pertenecientes a los comités de empresa de Santa Perpetua, Murcia, Paracuellos, Puente Genil, Valladolid y Zaragoza y delegados de personal de otros centros de trabajo, así como representantes "ad hoc" de centros sin representación, que habían designado de entre ellos a 11 personas, conviniéndose en atribuir su representación y legitimación a la comisión representativa en ese momento elegida y compuesta por las siguientes 13 personas (...), indicándose además que dicha comisión era representativa de todos los trabajadores de la totalidad de los centros a los efectos de negociar procedimientos de despido colectivo, modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos de centro y que los acuerdos se alcanzarían y serían válidos y legítimos en derecho, siempre que existiera el voto mayoritario (mitad más uno) y la conformidad mediante rúbrica de la mayoría de los miembros de la comisión, vinculando los acuerdos en su integridad y en los términos que se dedujeran de su propio texto, a todos y cada uno de los trabajadores de la empresa.

La Audiencia Nacional, añade, en esta línea antiformalista que <<... El artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, no prevé que la sentencia anule la decisión empresarial por una <<inadecuada conformación de la misma>>... pues <<... lo contrario sería tanto como trasladar al interlocutor empresarial en el periodo consultivo las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de la contraparte dando con ello incluso a una situación de manifiesta injusticia y fomento de conductas fraudulentas que propiciarían el establecimiento de comisiones "no representativas" con el objetivo final de lograr la nulidad de las decisiones empresariales sobre medidas de flexibilidad interna o externa, haciendo en definitiva inoperativa la institución.... El empresario actuó correctamente tal como revelan los hechos 1º y 2º probados y si la comisión presentaba algún defecto de representatividad sólo es imputable a quienes la eligieron. No es admisible en este caso trasladar las consecuencias de su incorrecta decisión al empresario y con ello pretender que todo el proceso quede por esta razón anulado, máxime cuando las posibles dificultades para constituir la comisión bien pudieron solventarse asumiéndola directamente los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito su conformación...>>.

Pues bien. En el asunto sometido ahora a nuestra consideración, la empresa se limitó a cumplir la exigencia legal de instar la constitución de una comisión negociadora, para poder actuar como interlocutora del proceso, a la que comunicó debidamente el inicio del periodo de consultas, haciéndole entrega de la documentación indicada en el ordinal séptimo del relato fáctico.

Es más. La comisión citada, expresó de manera clara, que entendía que la negociación empezaba a partir de la primera reunión convocada para el 26 de mayo de 2015, desarrollándose de forma correcta el periodo de consultas en las cuatro reuniones, cuyo contenido hemos tratado de sintetizar en los ordinales octavo a décimo, recibiendo todos los comparecientes la información aludida en tales ordinales, sobre cuya suficiencia nos pronunciaremos después, escuchando la oferta de la empresa y pudiendo haber alcanzado un acuerdo.

Por todo ello, no cabe declarar la nulidad del despido por negar a la comisión, que se constituyó de forma legal, su carácter de interlocutor válido, siendo en consecuencia, correcto, lícito y absolutamente conforme a derecho, que la empresa hiciese entrega a dicha comisión, de la documentación más arriba referida.

SEXO.- Analicemos ahora la reiteradísima insuficiencia de la documentación, planteada en todas las reuniones del periodo de consultas y también en el acto del juicio.

El artículo 5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, cuando regula la documentación en los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción dispone que <<1. En los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción que justifican el despido colectivo, que acredite, en la forma señalada en el siguiente apartado, la concurrencia de alguna de las causas señaladas.

2. El empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado>>.



Desde que la primera sentencia que se dictó por el Tribunal Supremo en materia de despido colectivo, de 20 de marzo de 2013, Recurso nº 81/2012, desestimando un recurso formalizado contra una sentencia dictada por la Sección Segunda de este mismo Tribunal, razonara que *<<...la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos...>>*, el Tribunal Supremo ha elaborado un sólido cuerpo de doctrina que, en síntesis, se caracteriza por:

a) Un acusado antiformalismo, desde el momento en el que las exigencias legales en torno a qué documentación debe aportarse, no deben interpretarse como requisitos ad solemnitatem, sino de un modo más flexible y amplio. Sólo es preciso aportar la documentación que verdaderamente sea necesaria para el buen fin del periodo de consultas, esto es, para que la representación de los trabajadores sea capaz de elaborar propuestas constructivas en tiempo hábil. Documentación que puede venir exigida en la ley o no.

b) La representación de los trabajadores debe denunciar, si ese es su deseo, la falta de aportación de documentación relevante, durante el desarrollo del periodo de consultas, pues sólo así puede conseguir una calificación judicial de nulidad en el despido (Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2014, Recurso nº: 303/2013, Grupo Caser: sobre la importancia de qué actitud toma la parte social durante el proceso negociador), en el sentido de que *<<... El objetivo de la aportación empresarial de la documentación más completa y precisa sobre los extremos indicados tiende a garantizar que el periodo de consultas pueda cumplir con su finalidad de posibilitar la negociación entre empresa y los representantes de los trabajadores, la mera circunstancia de que no se aporte completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad; lo que no se ha acreditado en el presente caso al no alegarse ni justificarse siquiera indiciariamente por el sindicato recurrente los posibles perjuicios que en la negociación hubiere podido tener la conducta empresarial...>>*.

Doctrina que se mantiene inalterada, como lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, Recurso nº 295/2014 cuando recuerda que *<<... Conforme a la doctrina de la Sala sobre la documentación a aportar: SSTS 20/03/13, rco. 81/12, 27/05/13, rco. 78/12, 19/11/13, rco. 78/13, 18/02/14, rco. 74/13, 23/05/14, rco. 179/13, 25/06/14, rco. 273/13, 17/07/14, rco. 32/14, 26/06/14, rco. 219/13, 17/07/14, rco. 32/14 : «... la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente»; y también es expresiva dicha doctrina de que «... no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada» (SSTS 27/05/13, rco. 78/12, 26/03/14, rco. 158/13, 21/05/14, rco. 182/13, 25/06/14, rco. 273/13, 17/07/14, rco. 32/14)...>>*.

Y en este caso, entendemos que hubo información suficiente, pues además de la exigida por la Ley (memoria explicativa e informe técnico), la empresa hizo entrega de una nada desdeñable documentación complementaria que le fue requerida por la comisión (como la relación de contratos, traslados forzados acordados, descubiertos durante el año 2014 e informe de absentismo) y aunque es verdad que se negó a entregar el informe de prevención de riesgos laborales o el demostrativo de las sanciones impuestas por Metro de Madrid ante la existencia de descubiertos en alguna estación y la propia relación de éstos durante 2015, esas omisiones, a nuestro juicio, no vician de nulidad al proceso negociador.

SÉPTIMO .- En lo que respecta a la buena fe durante el periodo de consultas, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2015 (Recurso número 273/2014) con cita de la de 25 de marzo 2015 (Recurso nº 295/2014) que *<<... " es doctrina de la Sala la de que la existencia o no de buena fe negociadora debe afirmarse en relación con la existencia o no de propuestas concretas y la celebración de reuniones, ya que, constando la existencia de unas y otras, no puede apreciarse la inexistencia de negociación (SS de la Sala de 25/09/2013, rec. 3/2013 y de 26/03/2014, rec.158/2013); y que «... para apreciar la mala fe en el caso de existir un nulo grado de flexibilidad... semejante deficiencia deberá ir acompañada de un elemento de propósito vulnerador de la confianza, alterando u ocultando datos así como proponiendo medidas de acompañamiento cuyo incumplimiento se procurará a posteriori» (STS 20/05/14, recurso 276/2013). La posterior sentencia de*



esta Sala de 18 de julio de 2014 (recurso 303/2013), insiste en que, "2.- Sobre la exigencia de negociar de buena fe en el marco del periodo de consultas previo, existe una consolidada doctrina jurisprudencial - como ha recordado la STS/IV 26-marzo-2014 (rco 158/2013, Pleno, votos particulares) -, habiéndose interpretado, en esencia, que: a) la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato: art. 1258 CC] y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»]; b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial (STS/IV 27-mayo-2013 -rco 78/2012, Pleno); y b) aun referido a un supuesto de periodo de consultas en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se afirma que "se evidencia la trascendencia que el Legislador quiere dar al período de consultas ... configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe" (STS/IV 16-noviembre-2012 -rco 236/2011)".

Y en el caso, no concurren datos para afirmar ese añadido que exige el Tribunal Supremo para poder apreciar la concurrencia de mala fe durante la negociación, por cuanto el hecho de que la empresa <<mantuviera una foto fija>> como insistió la representación Letrada de los demandantes, no comporta sólo por ello la existencia de mala fe.

Entendemos que la negociación tuvo lugar (prueba de ello es el resumen del contenido de las cuatro reuniones celebradas al efecto), proponiéndose por la empresa un acuerdo (HP 10º), inasumible por la onerosidad que comporta la adscripción a un retén, ante la ausencia de planificación de la jornada de trabajo a lo largo del año y la constante disponibilidad, a cambio de una retribución, a todas luces, escasa, pero que no deja de ser una propuesta sobre la que no hubo conformidad (y nos parece lógico), aunque sí dialogo.

Por ello y como dice la sentencia que acabamos de citar <<...la actuación empresarial pasó por la defensa de sus criterios, lo que no convierte inicialmente sus posturas en contrarias a la exigible buena fe negociadora...>> y ello determina que el alegato no pueda prosperar .

OCTAVO .- Tampoco puede hacerlo, el constante fraude de ley que la actora imputa a la parte empresarial.

Resulta colacionable aquí, la recopilación que sobre la doctrina judicial en materia de fraude de Ley, se contiene en la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2013, Procedimiento nº 284/2013, confirmada recientemente por el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de febrero de 2015, Recurso número 145/2014, cuando recuerda lo siguiente: <<... El art. 6.4 CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. Dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia, por todas STS 12-052009, EDJ 2009/128291, donde se señaló lo siguiente:

"1.-Como recuerda y analiza detalladamente la STS/IV 14-mayo-2008 (recurso 884/2007) EDJ2008/73358, -recaída en un supuesto análogo al ahora enjuiciado-, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, las SSTS/Social 16-febrero-1993 -recurso 2655/1991, 18-julio-1994 -recurso 137/1994 EDJ1994/6078, 21-junio-2004 -recurso 3143/2003 EDJ1994/6078 y 14-marzo-2005 -recurso 6/2004 EDJ2005/37544), pues su existencia -como la del abuso de derecho sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS/IV 25- mayo2000 -recurso 2947/1999 EDJ2000/13865).

2.-Pero rectificando criterio aislado anterior en el que se había indicado que" esta Sala ha declarado reiteradamente el fraude de Ley no puede derivarse de meras presunciones" (STS/Social 21-junio-1990 EDJ1990/6639), de forma unánime se proclama en la actualidad que sí podrá acreditarse su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiéndose entre estas últimas a las presunciones en el art. 1.253 CC EDL1889/1 (derogado por Disposición Derogatoria Única 2-1 LEC/2000 EDL2000/77463) (SSTS 4-febrero-1999 -recurso 896/1998 EDJ1999/583, 24-febrero-2003 -recurso 4369/2001 EDJ2003/7206 y 21-junio-2004 -recurso 3143/2003 EDJ2004/160235).



En este sentido se afirma, como recuerda la citada STS/IV 14-mayo-2008 EDJ2008/73358 , que " la expresión no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (la "praesumptio hominis" del art. 1253 CC EDL1889/1 cuando entre los hechos demostrados... y el que se trata de deducir... hay "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (STS 29 marzo 1993 -rec. 795/92- EDJ1993/3099 , reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01 - EDJ2003/7206 y 30/03/06 -rcud 53/05 -EDJ2006/59647 ; esta última en obiter dicta)".

3.-Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental que desde siempre ha sido debatida es la afectante a la exigencia de " animus fraudandi" como requisito del fraude de ley.

La jurisprudencia -de esta Sala IV y de la I -no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva (atiende al resultado prohibido) y la subjetiva (contempla la intención defraudatoria), sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS/I 22-diciembre-1997 (recurso 1667/1993) EDJ1997/10474 , al caracterizar la figura" como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello (SS. 14 febrero 1986 EDJ1986/1263 y 12 noviembre 1988 EDJ1988/8937), llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal (S. de 26 mayo 1989 EDJ1989/5406)".

4.-Oscilación entre las teorías -objetiva y subjetiva-que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala, como sigue analizando la citada STS/IV 14-mayo- 2008 EDJ2008/73358.

Ciertamente que no faltan resoluciones que atienden -para apreciar el fraude -a la mera constatación objetiva de la producción del resultado prohibido por la norma (al margen de la intención o propósito del autor), como cuando se afirma que aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (STS/IV 19-junio-1995 - recurso 2371/1994 ; citada por la de 31-mayo-2007 recurso 401/2006 EDJ2007/68267).

Pero mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS/IV 11-octubre-1991 -recurso 195/1991 EDJ1991/9640 y 5- diciembre-1991 -recurso 626/1991 EDJ1991/11595), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento (STS/IV 6-febrero-2003 -recurso 1207/2002 EDJ2003/7186); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991 EDJ1991/11595).

O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC EDL1889/1 es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial (así, con cita de diversos precedentes, las SSTS/IV 16-enero-1996 - recurso 693/1995 EDJ1996/13183 en contratación temporal ; y 31-mayo-2007 -recurso 401/2006 EDJ2007/68267 en contrato de aprendizaje)".

Como vemos, el fraude de ley se manifiesta de dos maneras: cuando el acto cuestionado persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o cuando es contrario al mismo. - La jurisprudencia exige, además, una conducta maliciosa por parte de quien realizó la actuación controvertida, entendiéndose como tal la que persiga un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico...>>.

En el caso, no apreciamos el fraude de Ley porque desde el momento en el que no se presume y ha de ser acreditado por quien lo invoca cuando existan indicios suficientes, mediante pruebas directas o indirectas, en este supuesto, el hecho de que con el despido colectivo se haya afectado a trabajadores no adscritos a los servicios de vigilancia del Metro, cliente al que, como se insistió durante el juicio por los demandantes, se refiere toda la documental aportada por la empresa, no determina una intención maliciosa por la empresa o una utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico.

Sólo implica la existencia de un despido que, como se va a ver, debe necesariamente calificarse como no ajustado a derecho pero esa afectación a toda la plantilla o al menos, en proporción minoritaria, a los



trabajadores destinados en el cliente Metro, no puede tacharse de fraudulenta, sino sólo de inexplicable y no respetuosa con la relación de causalidad que debe concurrir entre la medida extintiva y la causa que la provoca.

Y no es fraudulenta, porque la empresa ya anunció a la comisión negociadora al inicio del expediente, que dejaba abierta la posibilidad de afectar a más trabajadores que los destinados en Metro, para así crear una suerte de vacíos que, después podría rellenar con el excedente de Metro (que, como veremos en el fundamento siguiente, no existe).

Lo reiteró en la primera reunión del periodo de consultas, se solicitó por STS en la segunda y se volvió a sugerir por la empresa en la tercera reunión del periodo de consultas, aunque se rechazó por la parte social.

Por ello, la pretensión tampoco puede acogerse, ni la concerniente a una eventual incorrección de los criterios de selección utilizados por la empresa para adscribir a los trabajadores al despido, cuestión meramente esbozada en la tercera de las demandas acumuladas y que aun cuando no se desarrolló argumentalmente en el acto de la vista, merece una respuesta negativa, acogiéndose aquí, la postura de la empresa en la contestación a la demanda, cuando invoca en su refuerzo, la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015, que analiza el criterio de la edad para adscribir al despido a los trabajadores del Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A..

En dicho asunto, se despidió a los trabajadores que tenían 55 o más años de edad, con el pretexto de ahorro de costes de formación, que la empresa habría de asumir una vez jubilados y reemplazados y con el del menor perjuicio que el despido suponía, según la tesis de la empresa, para los trabajadores de más edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años.

El Tribunal Constitucional rechaza el primero de los argumentos, porque el mayor coste de formación sería predicable respecto a cuatro trabajadores, siendo poco significativo, si se atiende a la magnitud del despido (que afectó a un total de 211 trabajadores), pero acoge el segundo razonando que *<<... la selección de trabajadores afectados por un despido colectivo en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.*

Así, la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral (art. 51.9 ET y art. 215.1.3 LGSS)...>>.

Por todo ello, rechazamos la concurrencia de fraude de ley o de falta de adecuación a derecho de los criterios de selección utilizados por la empresa para adscribir a los trabajadores al despido colectivo.

NOVENO.- Resta examinar la procedencia de la calificación interesada con carácter subsidiario.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015, Recurso nº 74/2014 *<<... En anteriores pronunciamientos de esta Sala IV hemos recordado que a los órganos jurisdiccionales les compete no solo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada. Así lo señalábamos en la STS/4ª/Pleno de 18 febrero 2014 (rec. 96/2013), en la que aplicábamos al despido colectivo la doctrina sentada al respecto para la modificación sustancial de condiciones de condiciones en la STS/4ª de 27 enero 2014 (rec. 100/2013). En ésta última, precisábamos que la razonabilidad no había de entenderse como exigencia de que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial), sino como adecuación idónea al fin.*

Abundando en ello, hemos señalado que el respeto al art. 4 del Convenio 158 OIT impide aceptar que el control judicial del despido se limite a comprobar si concurren las circunstancias definidoras de una situación económica negativa, sino que sirve para determinar si concurre el nexo de razonabilidad entre lo pretendido -un determinado número de extinciones contractuales- y la causa desencadenante -una circunstancia económica y productiva- (STS/4ª/Pleno de 25 junio 2014, rec. 165/2013). Por ello consideramos inadmisibles, tanto el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los tribunales en el Preámbulo de la Ley 3/2012, como la discrecionalidad absoluta que, en todo caso, solo corresponde al empresario cuando medie causa legalmente descrita (STS/4ª/Pleno de 17 julio 2014, rec. 32/2014)...>>.

Y la aplicación de esta doctrina que permite incluir dentro del control judicial, el análisis sobre la adecuación, razonabilidad y la proporcionalidad de la medida extintiva en términos de sacrificios de las partes, conduce a la estimación parcial de las demandas.



En primer lugar, porque como muy descriptivamente relató en juicio, la representación Letrada de la parte actora, tuvo que causar una inmensa extrañeza a 58 de los 67 trabajadores finalmente despedidos, la extinción de su contrato justificada en la deficitaria situación atravesada en los servicios de vigilancia de Metro de Madrid, cuando ellos no prestaban servicios para dicho cliente, no siendo, creemos, aventurado afirmar, que, además lo hacían en sectores de la empresa que atravesaban una buena situación, al menos, económica, aun cuando ésta, no haya sido la causa del despido (y de ahí la relevancia que adelantábamos al principio de la presente resolución, del informe ratificado en juicio por el perito Sr. Florentino).

En segundo lugar, porque tampoco tiene sentido el despido de los 9 trabajadores de Metro, si ha quedado acreditado que realizan con habitualidad horas extras y que se están produciendo, de manera frecuente, descubiertos en la prestación de servicios comprometidos por su peligrosidad, al haberse reducido de manera drástica el número de vigilantes.

Estas aseveraciones las hemos obtenido de las dos testificales practicadas en la vista (presidente del comité de empresa y Sr. Constancio , propuesto por la demandada) y si a cuanto en ellas se declara, se une la circunstancia, de que nuevamente, de modo absolutamente inexplicable, la empresa ha realizado 104 contrataciones en el periodo de tiempo que media entre el 1 de noviembre de 2014 y el 17 de septiembre de este año, es evidente que no concurre, ni por asomo, ninguna de las causas alegadas en las comunicaciones del despido colectivo, porque aun cuando se haya producido un cambio en el método de trabajo del personal o en la prestación del servicio de vigilancia, según las nuevas exigencias de Metro, esta situación que no es nueva, ni concurrente a la fecha de extinción de los contratos, al haber tenido lugar hace dos años, pudo paliarse, como recomendó la propia Metro de Madrid, a través del establecimiento de medidas que procuraran una salida escalonada del excedente que pudiera producirse por el cambio en la prestación del servicio.

Excedente que, como decíamos antes, no se aprecia tampoco (porque además de que ciertamente, de concurrir, nunca lo sería en la proporción numérica de trabajadores afectados por el despido colectivo, si la diferencia entre el excedente calculado por la empresa en el servicio y el número de horas necesarias para cubrirlo, según Metro, es de 54.889 horas, lo que supondría, en todo caso, un exceso de unos 31 vigilantes de seguridad y no de 67), si hemos declarado probado, no sólo por la rotundidad en la declaración testifical del Presidente del Comité de empresa al respecto, sino por la falta de cumplimentación de la exigencia documental por él requerida (HP 12º) que se realizan horas extras en tales servicios y que los descubiertos que aún tienen lugar en determinadas estaciones, son, a día de hoy, imposibles de asumir.

Por todo ello, procede la estimación parcial de las demandas y la calificación del despido colectivo como no ajustado a derecho.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente las demandas acumuladas de impugnación de despido colectivo promovidas por el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD DE MADRID (STS-MADRID), SINDICATO UNIÓN INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES y por la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS DE UGT Madrid (UGT-FES), COMISIONES OBRERAS (CCOO) y UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), a las que se adhirieron ATES y ALTERNATIVA SINDICAL, contra la empresa SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA SA, declarando que el despido colectivo no ha sido ajustado a derecho, condenando a SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA SA, a estar y pasar por esta declaración y a todas las consecuencias que de ella se derivan.

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

Notifíquese esta resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Cabe interponer recurso de casación que deberá prepararse en esta misma Sala dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, para lo que bastará la mera manifestación -de la partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante-, al hacerle la notificación. También podrá prepararse por comparecencia o por escrito de cualquiera de ellos. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-69-0578-15 que esta sección nº tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito(at.230.1 L.R.J.S).



Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-69-0578-15.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Sr.Magistrado-Ponente que la firma, estando celebrando audiencia pública en el día 30/10/2015. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ