



Roj: **SAN 4133/2012 - ECLI:ES:AN:2012:4133**

Id Cendoj: **28079240012012100141**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2012**

Nº de Recurso: **162/2012**

Nº de Resolución: **112/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Núm de Procedimiento: 0000162/2012

Tipo de Procedimiento: DEMANDA

Índice de Sentencia:

Contenido Sentencia:

Demandante: FEDERACIÓN ESTATAL COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO (FECOHT-CC.OO)
Herminia ; Vicente ; Jose Antonio ; Luis María ; Milagrosa ; Pedro Francisco ;

Codemandante:

Demandado: PATRIC SPORT SL; MINISTERIO FISCAL;

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

SENTENCIA N° 0112/2012

Il^lmo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

Il^lmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL POVES ROJAS

D^a. MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

Madrid, a quince de octubre de dos mil doce.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 0000162/2012 seguido por demanda de FEDERACIÓN ESTATAL COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO (FECOHT-CCOO): Herminia ; Vicente ; Jose Antonio ; Luis María ; Milagrosa ; Pedro Francisco ; contra PATRIC SPORT SL; MINISTERIO FISCAL; sobre impugnación despido colectivo. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero.-Según consta en autos, el día 21 de Junio de 2012 se presentó demanda por FEDERACIÓN ESTATAL COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO (FECOHT-CC.OO) Herminia ; Vicente ; Jose Antonio ; Luis María ; Milagrosa ; Pedro Francisco ;contra PATRIC SPORT SL; MINISTERIO FISCAL; sobre impugnación despido colectivo

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 4 de Octubre de 2012 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosies de prueba

Tercero.-.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (en adelante CCOO) y los representantes de los trabajadores elegidos ad hoc para la tramitación del despido colectivo de los centros de trabajo de Asturias y Madrid, se ratificaron en el contenido de la demanda, en cuyo suplico se solicita "que se declare la nulidad de la decisión empresarial de despido colectivo, por la que se extingue los contratos de 34 trabajadores de plantilla en los centros de Madrid y Asturias con efectos del 31 de mayo de 2012. Que en consecuencia se declare la obligación de la empresa demandada de reponer a los trabajadores afectados por el despido colectivo, en sus derechos y condiciones laborales, previa reincorporación a sus puestos de trabajo". Manifestaron su voluntad de ampliar el suplico con una pretensión subsidiaria, consistente en que se declare el despido no ajustado a derecho.

La parte demandante explicó que el 26-4-12 se inició período de consultas, que finalizó sin acuerdo, para proceder al despido colectivo de 34 trabajadores (el 60% de la plantilla), en los centros de trabajo de Madrid, Oviedo y Aviles. Indicó que dicho período de consultas había estado viciado desde el inicio, porque la empresa no había suministrado al banco social la documentación que exigen los arts. 51.2 ET y 6 y concordantes del RD 801/2011 . En concreto, aludieron a los criterios de selección de los trabajadores afectados, al período previsto en el que se harían efectivas las extinciones y a la clasificación profesional de los trabajadores del último año. Alegaron igualmente que no había tenido lugar una verdadera negociación de buena fe, puesto que la empresa se había mantenido en una posición inamovible respecto del número de trabajadores afectados y la cuantía de la indemnización, rechazando las contrapropuestas formuladas por el banco social. Apuntaron a la existencia de un fraude de ley, dado que antes y durante el período de consultas la empresa había mantenido contactos individuales con los trabajadores afectados. Finalmente, señalaron que tras el período de consultas no se había comunicado formalmente a los representantes la decisión de despido.

La empresa demandada se declaró conforme con la ampliación del suplico instada por los demandantes, y pasó seguidamente a exponer las razones de su oposición a la demanda. Comenzó negando tener conocimiento de la implantación de CCOO en la empresa. Manifestó conformidad con lo recogido en el hecho tercero de la demanda, respecto del número de centros y trabajadores afectados por el despido. A continuación contestó a afirmaciones contenidas en la demanda y algunas de ellas expresadas en el juicio: Mantuvo a) que el representante de CCOO no estuvo en la primera reunión del período de consultas; b) que no se comunicó a los trabajadores su despido antes de que finalizara el período de consultas, sino que se les informó de que debían nombrar una comisión ad hoc al carecer los centros de representantes sindicales o unitarios; c) que la documentación entregada fue la que exige el art. 51.2 ET ; d) que no concurrió a la negociación con una decisión inamovible sino que accedió a varias contrapropuestas y en las que no lo hizo se debió a que se lo impedía su falta absoluta de liquidez (afirmó que solicitaría la declaración de concurso en una o dos semanas); e) que el rechazo a la propuesta de suspensión rotativa de los contratos se debió a que esa posibilidad ya se había estudiado y que se había procedido a una reducción salarial previa sin que ello fuera suficiente; f) que sí se notificó formalmente el despido a los representantes de los trabajadores tras la conclusión del período de consultas; g) que no había habido discriminación por razón de sexo en el centro de Oviedo, puesto que el despido había afectado a 6 de los 12 trabajadores y a 8 de las 13 trabajadoras.

El Ministerio Fiscal mantuvo, en relación con la alegada discriminación por razón de sexo, que su apreciación dependería de la valoración de la prueba.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

-CCOO no tiene presencia en la empresa.

-A la reunión de 26-4-12 no se presentaron representantes de CCOO.



- Antes del inicio del período de consultas no se anticipó su resultado.
- La empresa no admitió la reducción del número de trabajadores afectados ni el incremento de las indemnizaciones, por falta de liquidez.
- El 28-5-12 se notificó a los representantes de los trabajadores la decisión extintiva.
- El número de trabajadores de Oviedo es: 12 varones, siendo afectados 6, y 13 mujeres, siendo afectadas 8.
- No hubo negociación paralela con trabajadores individualmente.

Las partes admitieron como hechos pacíficos los siguientes:

- El 24-4-12 se comunicó a los trabajadores que la empresa iba a iniciar un procedimiento de despido colectivo y que debían nombrar representantes ad hoc.
- Se entregó la documentación relacionada en el hecho cuarto de la demanda y es la misma que se remitió a la autoridad laboral.
- En la reunión de 8-5-12 los representantes de los trabajadores plantearon 9 propuestas, de las que 5 fueron aceptadas por la empresa. Es pacífico lo que a este respecto conste en las actas.
- La empresa hizo gestiones con los bancos que no llegaron a buen fin, y habiéndose propuesto por el banco social la suspensión rotativa de contratos, no se aceptó porque ya se había intentado evitar el despido con una reducción salarial y no funcionó.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La presente controversia se extiende a los siete centros de trabajo con los que cuenta la empresa demandada, que están radicados en las Comunidades Autónomas de Madrid y Asturias, y afecta directamente a 34 trabajadores -19 de los centros de Madrid, 14 de los de Oviedo y 1 de Aviles- que son los que han visto extinguidos sus contratos de trabajo. Ello implica que la plantilla de la empresa ha pasado de 56 trabajadores a 22.

SEGUNDO.- El objeto social de la empresa es el comercio al por mayor y menor de prendas textiles, deportivas, calzados, tejidos, complementos y accesorios. La actividad de la empresa se diversifica en dos divisiones de negocio: venta al por mayor, por un lado, y venta directa en tiendas asociadas y propias por otro. Cuenta con siete centros de trabajo, estando afectados por la medida extintiva la totalidad de los mismos.

TERCERO.- No existe representación legal de los trabajadores. Ante esta circunstancia, y a efectos de la tramitación del despido, se atribuyó la representación de los trabajadores a una Comisión Negociadora de tres miembros, por parte de los trabajadores de los centros de trabajo afectados de la Comunidad de Madrid y a una Comisión Negociadora de tres miembros, por parte de los trabajadores de los centros de trabajo afectados de Asturias. La elección de los representantes ad hoc de los trabajadores tuvo lugar en fecha 24-4-12.

CUARTO.- El período de consultas se inició el 26-4-12. Las negociaciones, pese a la existencia de dos Comisiones Negociadoras, se llevaron a efecto con carácter global y no separadamente por centros de trabajo.

QUINTO.- En la primera reunión la empresa entregó a los representantes de los trabajadores la siguiente documentación:

- Solicitud ante la Dirección General de Empleo instando la instrucción del expediente.
- Relación de trabajadores de la empresa y de afectados por el despido colectivo.
- Memoria justificativa de las causas alegadas por la empresa.
- Documentación económica: cuentas anuales auditadas correspondientes a los ejercicios 2010 y 2011.

La documentación aportada a los representantes de los trabajadores es la misma que se remitió a la autoridad laboral.

El 30-5-12, a requerimiento de la Dirección General de Empleo, la empresa aportó las cuentas provisionales del ejercicio 2012 a la fecha de inicio del procedimiento, e indicó que estaba previsto realizar los despidos el 31-5-12.

SEXTO.- Tras la primera reunión se celebraron tres más, en fechas 8-5-12, 17-5-12 y 23-5-12. A estas tres reuniones -no así a la de 26-4-12- asistió una asesora de CCOO.



En la reunión de 8-5-12 los representantes de los trabajadores plantearon nueve contrapropuestas, de las que cuatro fueron aceptadas por la empresa. En concreto, se aceptó la posibilidad de cambio de trabajadores afectados dentro del mismo grupo profesional; la actualización de los salarios teniendo en cuenta el que tenían antes de la reducción de jornada que se había aplicado en la empresa; la consideración de las vacaciones "obligatorias" como permiso retribuido; la creación de una bolsa de recolocación.

Consta que "Los devengos, liquidación e indemnización se acuerda dejarlo para una próxima reunión, a fin de que la empresa pueda negociar su financiación"; sin embargo, finalmente estas gestiones con los bancos no llegaron a buen fin.

En la reunión de 17-5-12 la empresa dejó claro que no era posible reducir el número de trabajadores afectados ni aumentar la cuantía de las indemnizaciones. Propuso que, produciéndose las extinciones el 31 de mayo de 2012, abonaría las indemnizaciones en siete plazos hasta completar su pago el 31 de diciembre del mismo año. Los representantes de los trabajadores pusieron sobre la mesa dos alternativas para evitar este abono aplazado, consistentes en proceder a suspensiones rotativas de 60 días en dos años, o bien realizar un número inferior de despidos. La empresa rechazó estas propuestas alegando que la única viable era la ofertada, con el fin de evitar entrar en concurso de acreedores, y que el abono aplazado era lo único que podía cumplir debido a "su falta de tesorería".

La empresa había intentado ya evitar el despido con una reducción del 20% de salario y jornada.

En el acta de la reunión de 23-5-12 consta lo siguiente:

"La parte social, comunica a la empresa su intención de no firmar con acuerdo este expediente, porque entiende que la empresa ha incumplido su deber de negociar con buena fe, primero por realizar un periodo de consultas sin ninguna concesión, sin observar otras medidas menos traumáticas como suspensiones o rebajas salariales, por otra parte porque pretende abonar las indemnizaciones en 7 plazos, y finalmente por haber mandado las cartas con el preaviso del despido para el 31 de mayo, durante el periodo de consultas. Además la parte social entiende que las tiendas, oficinas y especialmente el almacén, con la merma del 61% de personal, no va a ser viable de cara al futuro. También comunica a la empresa la intención de CCOO, de impugnar este expediente de regulación de empleo.

La empresa, lamenta muy sinceramente no poder hacer ningún otro tipo de oferta, por lo que ambas partes y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, manifiestan expresamente dar por finalizado el periodo de consultas "Sin Acuerdo"

SÉPTIMO.- El 16-5-12 la empresa notificó a los trabajadores afectados su despido, con efectos el 31-5-12. El 28-5-12 remitió la comunicación de su decisión extintiva a los representantes de los trabajadores.

OCTAVO.- Las cifras reflejadas en las cuentas auditadas ponen de relieve que en 2011 la empresa entró en pérdidas. Así, de un resultado de explotación positivo en 2010 de 563.969,13 €, se pasó a unas pérdidas de explotación de 3.297.610,24 €, y de unos beneficios del ejercicio 2010 valorados en 68.658,05 € se pasó a unas pérdidas en el ejercicio 2011 de 3.948.923,08 €. Y la cifra de negocio descendió notablemente, pasando de 17.459.038,16 € en 2010 a 13.038.755,37 € en 2011.

NOVENO.- En la Memoria explicativa se contienen los criterios de designación de los trabajadores afectados. Son los siguientes:

"En el centro de trabajo sito en Alcobendas que cuenta con 26 trabajadores (oficinas), se han seleccionado a 16 trabajadores con las categorías profesionales de administrativos (la caída de las ventas ha ocasionado un descenso en las tareas administrativas, por lo que se necesitan muchos menos trabajadores en este departamento); comerciales (debido a la reducción de mercado se necesitan menos comerciales); diseñadores (el importante descenso del negocio determina que se reduzcan las prendas que se venden por lo que, también sobra personal que diseñe); contables e informáticos (el descenso de negocio lleva aparejado, como es lógico, un descenso de trabajo en estos dos departamentos).

En los centros de Aranjuez y Valdemoro (tiendas) se extinguen los contratos de todos los trabajadores, 3 en Aranjuez y 2 en Valdemoro por cuanto que el descenso de las ventas ha determinado el cierre de las tiendas.

En el centro de Oviedo, Meres-Siero (centro logístico y tienda), de los veintiún trabajadores se ha decidido extinguir los contratos de prácticamente todos ellos, en concreto catorce, quedando únicamente en alta siete trabajadores que son los únicos necesarios para hacerse cargo de las tareas del logística y almacenaje.

En los centros de Gijón y Avilés (tiendas) se extinguen los contratos de los siguientes trabajadores, 2 en el centro de Gijón y uno en el centro de Avilés, por cuanto que el descenso de las ventas ha determinado el cierre de las tiendas, si bien el trabajador que quedaría en Avilés es trasladado al centro de Trabajo de Meres-Siero."



Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 124.1 a 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

-El primero no resultó controvertido y se deduce del Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-El segundo, el tercero y el octavo constan en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que, tal como expusimos en nuestra Sentencia de 28-9-12 (proc. 152/2012), goza de presunción de certeza, sin que la misma se haya visto destruida mediante prueba en contrario.

-El cuarto no fue controvertido en cuando a la fecha de inicio del período de consultas, y el restante contenido consta en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-El quinto resultó pacífico en relación con el listado de documentos entregados tanto a los representantes de los trabajadores como a la autoridad laboral. La precisión sobre la documentación económica consta en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y la entrega de la documentación complementaria se desprende del documento núm. 7 que figura en el expediente incorporado a los autos.

-El sexto se deduce de las actas que figuran como documentos 1, 2, 3 y 4 del ramo de prueba de la parte demandante (descripciones 2, 3, 4 y 5 de autos, respectivamente), reconocidos de contrario.

No resultó controvertido lo relativo a la reducción de salario y jornada, que consta en la memoria explicativa de las causas.

-El séptimo se extrae de los documentos núm. 13 y 14 aportados como prueba anticipada por la empresa (descripciones 46 y 47 de autos), que, aunque no fueron reconocidos por la demandante tienen valor para esta Sala, en la medida en que el no reconocimiento se fundamentó tan solo en no haber podido examinarlos a pesar de que estaban incorporados a los autos desde el 27 de septiembre pasado. Por otra parte, el documento núm. 13 consiste en cartas que cuentan con la firma del receptor, y el testimonio de Doña Flor corrobora el contenido del documento núm. 14 que, insistimos, fue aportado por la propia demandada.

-El noveno consta en el documento número 1 del expediente administrativo que obra en autos.

TERCERO.- Si bien la demandada no alegó formalmente la falta de implantación de CCOO en la empresa a modo de excepción procesal, la alusión que en tal sentido vertió en el juicio merece que comencemos por manifestar que, sin duda, la presencia de un asesor de dicho sindicato en las reuniones durante el período de consultas apunta a su efectiva implantación en tal ámbito. Por otro lado, los efectos prácticos de semejante afirmación quedan absolutamente diluidos en la medida en que la demanda se interpone también por los representantes de los trabajadores elegidos ad hoc.

CUARTO.- Los demandantes solicitan que se declare la nulidad del despido colectivo por haberse incumplido requisitos formales en la tramitación del período de consultas.

Aclarado en el relato táctico que, contrariamente a lo alegado en la demanda y en el juicio, la empresa cumplió con la comunicación formal de su decisión extintiva a los representantes de los trabajadores, debemos valorar a continuación si su conducta impidió la negociación de buena fe. A estos efectos, en primer lugar, los demandantes señalan que la documentación económica y la memoria justificativa resultaron insuficientes. Sin embargo, en el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se concluye que la citada documentación, aportada tanto en el período de consultas como a la autoridad laboral, se deduce la presencia no sólo de causa económica sino también de causa productiva, sin que estos extremos se hayan intentado rebatir por los demandantes, más que con la mencionada alegación genérica de insuficiencia, que en tal sentido ha de decaer.

QUINTO.- Por otro lado, los demandantes señalan que la empresa no identificó el período previsto para ejecutar las extinciones.

Siendo cierto que no se hizo una alusión formal en la documentación inicial sobre el período previsto para llevar a cabo los despidos, sí que consta que durante las consultas quedó clara la voluntad de la empresa de hacer efectivas las extinciones exactamente el 31 de mayo de 2012, tal como se refleja de modo expreso en el acta de la reunión de 17 de mayo de 2012.



SEXTO.- Se aduce también que la empresa no entregó documentación sobre la clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.

Sin embargo, consta entregada la relación total de trabajadores de la empresa con su categoría profesional y su fecha de ingreso, de modo que, si bien habría sido deseable que se hubiera suministrado estrictamente un documento en el que figurara el número y clasificación profesional de los trabajadores habitualmente empleados en el último año, tal como pide el art. 51.2 ET y el art. 8 del RD 801/2011, no puede decirse que los representantes carecieran de información al respecto. Ello se corrobora cuando se observa que la Dirección General de Empleo requirió a la empresa para que entregara documentación complementaria y sin embargo no mencionó semejante listado, que el Informe de la Inspección de Trabajo tampoco lo echa en falta, y que el banco social no lo solicitó en ningún momento durante el período de consultas ni hizo constar su ausencia entre las causas por las que se opuso a alcanzar un acuerdo.

SÉPTIMO.- Los demandantes señalan que la empresa no suministró los criterios de designación de los trabajadores afectados.

A juicio de la Sala, esta información es absolutamente capital, pues la identificación de los criterios de selección en el período de consultas no es sólo una exigencia formal destinada a garantizar la negociación de buena fe (STSJ Cataluña núm. 13/2012, de 23-5-12 ; STSJ Madrid núm. 601/2012, de 25-6-12) y permitir el cumplimiento en sus propios términos de las previsiones del art. 51.9 ET (STSJ Madrid núm. 601/2012, de 25-6-12), sino un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva. Lo explicamos a continuación:

El art. 51 ET habilita el despido colectivo justificado por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, ofreciendo seguidamente criterios para apreciar su concurrencia. En lo que respecta a las causas económicas, se ofrecen dos ejemplos concretos de situación económica negativa: las pérdidas actuales o previstas, y la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas. Y en cuanto a las restantes causas, se señala el tipo de innovación que, nuevamente a modo de ejemplo, cabe entender cubierto por las mismas. Básicamente, pues, el legislador identifica la concurrencia de la causa con la comprobación de unos hechos, lo que viene a corroborarse en las Exposiciones de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: "ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración de la concurrencia de unos hechos: las causas". Sin embargo, no debe confundirse esta pretensión de objetivar en alguna medida los criterios de apreciación, con su automaticidad; extremo que la propia regulación del art. 51.1 ET impide cuando renuncia a definir claramente las causas, valiéndose en cambio de ejemplos de concurrencia ("entre otros...").

Por otro lado, esos "hechos" con los que se identifican las causas, de ningún modo pueden valorarse aisladamente. En virtud de lo dispuesto en el art. 4 del Convenio 158 OIT, de 22-6-82, ratificado por España mediante Instrumento de 26-4-85, "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada (...) basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio", de modo que si el despido ha de encontrar su justificación en una necesidad de la empresa, parece evidente que su finalidad tiene que ser atenderla.

En relación con esto, según doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 14-6-96 -RCUD 3099/1995 - y de 29-9-08 -RCUD 1659/2007 -) que consideramos que sigue siendo aplicable, la justificación del despido pone tres elementos sobre la mesa:

a) el supuesto de hecho que determina el despido: la situación económica negativa, los cambios productivos, técnicos u organizativos. "En todo caso es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, lo que supone -de un lado- la identificación precisa de dichos factores, y - de otro- la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador (en este sentido, la STS 14/06/96 -rcud 3099/95 -)" (STS 29-11-10 -rcud 3876/09).

b) la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada: atender a la necesidad de amortizar puestos de trabajo con el fin de afrontar la situación económica negativa o los cambios técnicos, organizativos o productivos.

c) la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna. Según ha dicho el Tribunal Supremo refiriéndose a la causa económica, no se puede presumir "que la empresa, por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados, pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores". (...) Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de



la conexión que debe existir entre la situación [económica negativa] y la medida de despido" (SSTS 29/09/08 -rcud 1659/07 -; 27-4-10 -rcud 1234/09 -).

Evidentemente, con la redacción actual del art. 51.1 ET , ya no se trata de adoptar medidas que contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí que sigue siendo necesario, en virtud de esa conexión de funcionalidad que deriva en última instancia del Convenio 158 OIT, que tales medidas extintivas permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa. Así, como dijimos en nuestra sentencia de 28-9-12 , citando a A. Desdentado Bonete, "el legislador "ha desvinculado la causalidad del mantenimiento de la empresa y del empleo. Ya "no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa"; "la justificación del despido ahora es actual".

El despido estará justificado si, existiendo una situación económica negativa o una innovación técnica, organizativa o productiva, esto tiene un efecto actual sobre los contratos de trabajo, haciéndolos innecesarios por haber perdido su función económico-social, porque "el trabajo que pudiera continuar prestándose carece ya de utilidad patrimonial para la empresa" (A. Desdentado Bonete).

Por tanto, la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción.

Y aquí es donde cobran especial protagonismo los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada.

OCTAVO.- Dicho lo anterior, en este caso comprobamos que los criterios de designación de los trabajadores afectados figuran en la Memoria presentada por la empresa en la primera reunión, en la que se explica que las extinciones responden bien a categorías profesionales -se señalan cuáles- directamente afectadas por el descenso de la actividad, bien a tiendas que cierran por la falta de ventas, bien a centros en los que la merma del negocio determina que permanezcan solo ciertas actividades, viéndose afectados los trabajadores adscritos a las restantes. A juicio de la Sala, la empresa procura relacionar la concurrencia de la causa alegada -que los demandantes no han cuestionado- con la extinción de los contratos identificados en virtud de que sus tareas han dejado de ser necesarias. Prueba de ello es que en un principio estuvo abierta, al menos formalmente, a la sustitución de unos trabajadores por otros siempre que pertenecieran al mismo grupo profesional, lo que pone el acento en la pérdida de virtualidad económica de las funciones desarrolladas.

Siendo lo que acaba de exponerse determinante por sí mismo para rechazar las alegaciones de los demandantes, adicionalmente ha de valorarse que en ningún momento a lo largo del período de consultas los representantes de los trabajadores manifestaron que los criterios de designación les parecieran insuficientes, poco claros o incorrectos. Al contrario: en el acta de la última reunión del período de consultas el banco social deja expresa constancia de las razones de su oposición al despido -que son varias, de fondo y de forma-, sin que se haga la más mínima referencia a no haber podido negociar por un conocimiento insuficiente de los criterios de selección. Recuérdese que el deber de negociar de buena fe compete a las dos partes en el período de consultas, y no sólo a la representación de la empresa, de modo que, habiéndose suministrado los criterios de selección por la demandada, si el banco social, asesorado como estaba por CCOO, los consideraba insuficientes, debería haber solicitado más datos, sin que en este caso su pasividad en el momento de la negociación pueda jugar a su favor.

NOVENO.- Seguidamente, debemos analizar si, como indican los demandantes, la empresa mantuvo en todo momento una posición rígida e inamovible, que impidió que tuviera lugar una efectiva negociación durante el período de consultas.

Esta Sala ha defendido ya en otras ocasiones que no cabe entender existente una verdadera negociación si no se aprecia el juego de propuestas y contrapropuestas, puesto que negociar implica estar dispuesto a ceder, y que no puede alegar la inamovilidad del contrario quien no ofrezca alternativas razonables y viables.

Así, mantuvimos en SAN núm. 61/2012, de 28-5-12 (pudiendo citarse, en similar sentido SSAN núm. 59/2012, de 28-5-12 ; núm. 90/2012, de 25-7-12 , y núm. 106/2012, de 28-9-12), que "El período de consultas se constituye, de este modo, en una clara manifestación de la negociación colectiva, garantizada por los arts. 28.1 y 37.1 CE , que tiene unas finalidades concretas, tales como examinar la concurrencia de las causas alegadas por la empresa y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias y efectos, habiéndose entendido por la jurisprudencia, por todas STS 30-06-2011, rec. 173/2010 y 18-01-2012, rec. 139/2011 , que es requisito constitutivo para que la negociación en el período de consultas pueda alcanzar sus fines, que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos,



siendo exigible, del mismo modo, que la negociación sea efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin, como hemos mantenido en SAN 25-11-2009, ROJ 5105/2009 . (...) Se ha demostrado finalmente, que la RLT, enrocada desde el inicio en una supuesta falta de documentación, se negó a proponer ningún tipo de contrapropuesta, que pudiera considerarse por la dirección de [la empresa], bloqueando, de este modo, que el período de consultas alcanzase buen fin, pese a lo cual la empresa mejoró e incrementó su propuesta inicial, como se desprende de la simple lectura de su propuesta inicial y del acta que puso fin al período de consulta."

Este mismo criterio se observa en STSJ Madrid núm. 415/12, de 30-5-12 "la empresa se limitó a exponer su posición, inamovible, de proceder a la tramitación del ere con fijación de la indemnización mínima legal y aun cuando en el curso de las conversaciones pudieran realizarse comentarios sobre la constitución de una cooperativa, nunca se planteó como una posibilidad formal y seria, sujeta a estudio o debate de cara a continuar la vida del proyecto empresarial. El "acuerdo" solo era posible si los trabajadores aceptaban los términos ofrecidos por la empresa, admitiendo su posición. Obviamente, tal postura no constituye una negociación proceso caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del período de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe (...)"

En el mismo sentido, en STSJ Cantabria núm. 708/2012, de 26-9-12 , se indica que "resulta clara la existencia de una auténtica negociación de buena fe. La empresa no se ha limitado a exponer una posición inamovible, de proceder a la tramitación del despido colectivo, sino que hubo un intercambio de propuestas entre las partes, alcanzando finalmente, un acuerdo. Debe destacarse en este sentido, que la empresa modificó su última postura, en la que proponía la extinción de 24 contratos de trabajo, por la extinción de 19 (...), lo que evidencia que entre las partes, hubo un verdadero proceso negociador, en el que se produjo un intercambio de concesiones recíprocas y no un mero cumplimiento formal del trámite establecido legalmente."

La misma línea sigue el TSJ Cataluña, en sentencia núm. 15/2012, de 13-6-12 , cuando precisa que el deber de negociar de buena fe en el período de consultas implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, y desde luego no se cumple manteniendo una única oferta definitiva e irrevocable.

Pues bien, en el caso ahora examinado el relato táctico desvela la existencia de propuestas y contrapropuestas, habiéndose asumido la mayoría de estas por la empresa -a salvo de lo que se dirá en el siguiente fundamento de derecho-. Bien es cierto que, con toda seguridad, las reivindicaciones más importantes de los representantes de los trabajadores pasaban por la reducción del número de despidos y el incremento de las indemnizaciones, y que justamente ninguna de estas dos cuestiones fue atendida por la empresa, pero ello no resulta suficiente por sí mismo para hablar de ausencia de negociación en un contexto en el que una cifra importante de las exigencias del banco social sí fueron asumidas y, sobre todo, porque el rechazo a las peticiones y alternativas ofrecidas por el banco social fue razonado y justificado. En este sentido, consta probado que se intentó sin éxito conseguir financiación para atender las exigencias relativas a devengos, liquidaciones e indemnizaciones, y la negativa a sustituir las extinciones por suspensiones rotativas se fundó en el hecho reconocido de que ya se habían ensayado medidas de flexibilidad interna, y, como es evidente, no habían funcionado para evitar tener que llegar a los despidos.

DÉCIMO.- Ahora bien, consta probado igualmente que la empresa notificó a los trabajadores su despido cuando aún no había finalizado el período de consultas. En concreto, lo hizo cuando tan sólo habían tenido lugar dos de las cuatro reuniones de dicho período, y dado que en la primera únicamente se entregó la documentación a los representantes de los trabajadores pero no se sustanció negociación alguna, en realidad la empresa adoptó su decisión tras un único intento negociador. Esto desvela que los argumentos y alternativas ofrecidas por los representantes de los trabajadores a partir de entonces no fueron realmente escuchados, limitándose la empresa a buscar argumentos lógicos que justificaran adecuadamente su negativa a mover su posición.

El art. 51.2 ET no exige un número mínimo de reuniones, ni impide en todo caso que pueda entenderse válido un período de consultas consistente en una única reunión más allá de la de apertura del trámite, pero desde luego en este caso está claro que a partir de entonces la voluntad negociadora de la empresa quedó absolutamente entredicho. Una cosa es que la demandada supiera a ciencia cierta que no iba a poder ceder en número de trabajadores y en la cuantía indemnizatoria, y otra muy distinta que esa certeza fuera totalmente impermeable a la más mínima posibilidad de que algún argumento del banco social, alguna idea o propuesta alternativa, diera con la clave para evitar siquiera unos pocos despidos o incrementar siquiera simbólicamente las indemnizaciones. Es más, aunque la empresa aceptó admitir una suerte de adscripción voluntaria a los



despidos sustituyéndose unos trabajadores por otros, esta posibilidad quedó materialmente excluida a partir del momento en que comunicó las extinciones a los trabajadores inicialmente afectados.

En definitiva, pues, aunque hubo negociación durante el período de consultas, la hubo en una sola de las reuniones celebradas y además, en cuanto a la posibilidad acordada de cambiar unos trabajadores por otros, la empresa con su conducta la vació de contenido. Por tanto, no creemos que fuera en modo alguno suficiente para entender cumplida la exigencia de buena fe y la voluntad de llegar a un acuerdo.

En tal sentido, la empresa ha incumplido lo dispuesto en el art. 51.2 ET, lo que, poniendo en conexión lo actualmente establecido en los párrafos segundo y último del art. 124.11 LRJS (aplicable al caso en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 3/2012), determina la nulidad de la medida extintiva, debiendo declararse además el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 123 LRJS.

La calificación de nulidad del despido por los motivos expuestos, hace innecesario valorar las restantes alegaciones contenidas en la demanda.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo.

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

FALLAMOS

Que estimamos la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por FEDERACIÓN ESTATAL COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE CC.OO (FECOHT-CCOO) Herminia ; Vicente ; Jose Antonio ; Luis María ; Milagrosa ; Pedro Francisco ; contra PATRIC SPORT SL; MINISTERIO FISCAL; y en consecuencia declaramos nulo el despido colectivo por el que se extinguen los contratos de 34 trabajadores de plantilla de los centros de Madrid y Asturias con efectos del 31 de mayo de 2012. Declaramos igualmente el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en sus puestos de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir, debiendo reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000162 12.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.