



Roj: **SAN 4080/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4080**

Id Cendoj: **28079240012013100185**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2013**

Nº de Recurso: **234/2012**

Nº de Resolución: **176/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4080/2013,**
STS 2631/2015

SENTENCIA

Madrid, a nueve de octubre de dos mil trece.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y ha dictado la siguiente sentencia

EN NOMBRE DEL REY

SENTENCIA

En el procedimiento nº 234/12 seguido por demanda de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) (letrado D. Jacinto Morano) contra DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO-Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Abogado del Estado D. Javier Oriente), GAM CENTRO Y SUR, S.L.U, GAM NOROESTE, SA y GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIAS, SA (letrado d. Juan Suárez Sánchez), COMISIONES OBRERAS (CCOO) (letrado D. Ángel Martín Aguado) y UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) (no comparece) sobre impugnación de actos administrativos, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 16-08-2012 se presentó demanda por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) contra DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, GAM CENTRO Y SUR, S.L., COMISIONES OBRERAS (CCOO) y UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) de impugnación de actos administrativos.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 08-10-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otro sí 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 CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de impugnación de actos administrativos, mediante la cual pretende dictemos sentencia que anule la resolución de la DGE de 3-02-2012, recaída en su procedimiento 434/2011 y confirmada por resolución de la Secretaria de Empleo de 11-06-2012 y declaremos que las extinciones producidas no se ajustaron a derecho, así como el derecho de los



trabajadores afectados a reincorporarse a sus puestos de trabajo en las condiciones previstas en el Art. 151.1 LRJS, condenando a la empresa a optar entre la readmisión de los trabajadores o al abono de la indemnización prevista para los supuestos de despido improcedente.

Ampliaron su demanda frente a GAM NOROESTE, SA y GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIAS, SA, por cuanto la primera absorbió a la empresa demandada inicialmente y la segunda absorbió a GAM NOROESTE, SA.

Denunció, en primer lugar, que la comisión negociadora del período de consultas no se ajustó a derecho, por cuanto los representantes de los centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores no fueron elegidos debidamente por sus compañeros.

Denunció, en segundo lugar, que no se aportó la documentación, requerida por el Art. 51 ET, al punto que hubo varias subsanaciones, promovidas por la DGE, que se atendieron por la empresa, quien las remitió a la Autoridad Laboral, pero no a la Comisión negociadora, lo cual impidió que la negociación alcanzara sus objetivos.

Señaló, por otra parte, que la empresa no precisó, en ningún momento, los criterios de selección y despidió a trabajadores durante el período de consultas, desplazando injustificadamente a quienes estaban negociando el expediente de regulación de empleo.

CCOO se adhirió a la demanda.

GAM CENTRO Y SUR, SL; GAM NOROESTE, SA Y GAM ESPAÑA SERVICIOS DE MAQUINARIAS, SA, quienes asumieron pacíficamente su legitimación, se opusieron a la demanda, por cuanto el expediente se ajustó escrupulosamente a lo exigido por el art. 51.2 ET, en relación con el RD 801/2011, como prueba que su solicitud fuera autorizada por la DGE y confirmada por la Secretaria de Estado de Empleo.

Destacó, a estos efectos, que la empresa convocó a los representantes legales de los trabajadores (comité de empresa de Sevilla y delegada del centro de Córdoba) el 16-12-2011, proponiéndoles la constitución de la comisión negociadora junto con los representantes ad hoc elegidos en los centros de trabajo que no tenían representantes legales de los trabajadores. - En la misma fecha les entregó toda la documentación exigida legalmente.

En la reunión de 22-12-2011 se constituyó formalmente la comisión, compuesta por representantes de los trabajadores y representantes ad hoc de los centros de Jaén y Madrid, sin que se produjera queja alguna por la citada composición, que acredita conformidad con la misma, puesto que los representantes de los trabajadores estuvieron siempre asesorados por CCOO, UGT y CGT.

Destacó, por otra parte, que hubo reuniones los días 16 y 22-12-2011; 4; 9 y 13-01-2011, pudiendo constatarse de la simple lectura de las actas que hubo negociación efectiva, que no alcanzó lamentablemente el éxito esperado.

Negó que se produjeran despidos de trabajadores afectados por el ERE durante su negociación, aunque admitió que se produjeron ceses de mutuo acuerdo y despidos, cuya improcedencia se reconoció por la empresa, posteriores al cese del período de consultas.

Sostuvo finalmente que la situación económica de la empresa GAM CENTRO Y SUR, SL, al igual que su empresa matriz, era claramente negativa, acreditando pérdidas significativas, que justificaban sobradamente las extinciones autorizadas administrativamente.

El ABOGADO DEL ESTADO se opuso a la demanda, por cuanto las resoluciones administrativas se ajustaron claramente a derecho.

Quinto . - Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, se significa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- 1.- Se fusionaron Gam Centro y Sur en consecuencia ante las duplicidades de departamentos dan origen al ERE.
- 2.- La comisión negociadora se constituye con acuerdo con el comité de Sevilla con el único trabajador de Jaén y el Delegado de Córdoba y un trabajador de Ajalvir único afectado.
- 3.- El 13 de enero ya se concretan los trabajadores afectados.
- 4.- Desde el primer día, y a mayor abundamiento el 9-01-12 había una identificación personalizada de los afectados.
- 5.- La Autoridad Laboral pidió aclarar las elecciones en otros centro de trabajo no afectados.
- 6.- Cerrado el período de consultas la autoridad Laboral pidió las cuentas definitivas, se le entregaron y también la comisión negociadora.



- 7.- La reducción de ventas provoca que una compañía ha vendido 70 millones de euros en 2008 y todas 90 millones de euros.
 - 8.- En 2011 se producen pérdidas de 28 millones de euros y en 2012 412 millones de euros.
 - 9.- Con la desaparición del departamento de informática sale de la empresa D. Remigio .
 - 10.- La caída de ventas provoca la necesidad de amortizar el departamento comercial.
 - 11.- La venta de maquinaria provoca la amortización de almaceneras.
 - 12.- Durante la tramitación del despido colectivo hubo otros despidos.
 - 13.- En periodo de consultas hubo acuerdo de salidas con trabajadores a nivel individual que alcanzaron a terceros,
 - 14.- El comité de empresa tenía conocimiento de esas salidas.
- Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - GAM CENTRO Y SUR, S.L. se constituyó por tiempo indefinido el 22 de enero de 1982, bajo la denominación T. CABRERA ALQUILER DE MAQUINARIA, S.A. mediante escritura otorgada ante el Notario de Sevilla Don Rafael García Hernández, adaptados sus estatutos a la anterior Legislación por escritura otorgada en Sevilla, el 9 de Junio de 1992, ante el Notario D. Antonio Carrasco García. Inscrita en el Registro Mercantil de Sevilla, al tomo 1581, folio 31, hoja SE-8860, inscripción 43, y CIF B/41098591.

La sociedad GAM SUR ALQUILER DE MAQUINARIA, S.L.U., hoy GAM CENTRO Y SUR, S.L.U. en virtud de escritura de fusión por absorción autorizada el 23 de noviembre de 2010 por el Notario de Oviedo, D. Luis Alfonso Tejuca Pendás, nº 3021 de protocolo, absorbió a las sociedades GAM SURESTE, S.L. y GAM CENTRO ALQUILER DE MAQUINARIA, S.L.U., por lo tanto, GAM CENTRO Y SUR, S.L.U, antes GAM SUR ALQUILER DE MAQUINARIA, S.L.U. adquirió en bloque, a título de sucesión universal todo el patrimonio de las citadas sociedades absorbidas, las cuales quedaron extinguidas sin liquidación; inscrita en el Registro Mercantil de Sevilla, al tomo 4029, folio 202, secc. 8ª, hoja, SE-8860, inscripción 233.

La sociedad absorbente antes mencionada cambió su denominación social por la que actualmente ostenta de GAM CENTRO Y SUR S.L.U y trasladó su domicilio a Oviedo en escritura autorizada, el 3 de diciembre de 2010 ante el Notario Sr. Tejuca Pendás bajo el número 3155 de su protocolo; inscrita en el Registro Mercantil de Asturias, al tomo 3874, folio 110, hoja AS- 41960, inscripción 29.

GAM CENTRO Y SUR, SL fue adquirida por GAM NOROESTE, SA, quien fue absorbida, a su vez, por GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIAS, SA con posterioridad a las resoluciones recurridas.

SEGUNDO . - CGT acredita implantación en las empresas demandadas, al igual que CCOO, quien ostenta, además, la condición de sindicato más representativo a nivel estatal.

TERCERO . - El 16-11-2011 GAM CENTRO Y SUR, SL, cuya plantilla ascendía entonces a 282 trabajadores, solicitó a la DGE la extinción de 50 contratos de trabajo de centros de trabajo de Andalucía y Madrid, fundada en causas económicas. - Aportó la documentación siguiente:

- Escrito de solicitud de expediente de regulación de empleo.
- Escritura de poderes de representación legal de la empresa a favor de D. Juan Suárez Sánchez.
- Memoria Explicativa de las causas que motivan el expediente.
- Plan de viabilidad 2012-2015.
- Relación de trabajadores afectados.
- Relación total de trabajadores de la empresa.
- Datos económicos de la mercantil: Cuentas Anuales consolidadas del grupo de los ejercicios 2008. 2009 y 2010, Impuesto de sociedades de 2010 de Gam Centro y Sur, S.L., Impuesto de Sociedades de 2009 y 2008 de Gam Suroeste. S.L.

La Dirección General de Trabajo, mediante el correspondiente oficio, requirió a la empresa solicitante la subsanación de los defectos de procedimiento observados en la presentación del expediente. Concretamente se solicitó:



- *Actas de elección de los representantes legales de los trabajadores, miembros del comité de empresa, delegados de personal o delegación de representación de cada centro de trabajo: Ajalvir (/Madrid), Almería, Córdoba, Jaén, y Sevilla (conforme al art. 4 del RD 801/2011 de 10 de junio).*

- *Cuentas Anuales de los ejercicios 2009 y 2010 de las sociedades Gam Sureste, SL; Gam Centro Alquiler de Maquinaria, SLU; Gam Centro y Sur, SLU (art. 6 del RD 801/2011 de 10 de junio).*

- *Documentación económica del ejercicio en curso 2011 (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias,...) de la sociedad GAM CENTRO Y SUR, SLU firmada por los administradores o representantes de la empresa, conforme el ad. 6.2 del RD 801/2001 de 10 de junio.*

- *Comunicación del inicio de período de consultas a la representación de los trabajadores.*

El 20 y 30-12-2011 la empresa aportó la documentación siguiente:

- *Actas de elección de los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo: Almería, Córdoba y Sevilla.*

- *Cuentas Anuales del ejercicio 2009 de Gam Sureste, SL y de Gam Centro Alquiler de Maquinaria SLU (Gam Sureste, SL y Gam Centro Alquiler de Maquinaria SLU no presentaron cuentas en el año 2010 al haber quedado disueltas por absorción). Cuentas Anuales del ejercicio 2010 de Gam Centro y Sur SLU.*

- *Documentación económica del ejercicio en curso 2011 de la sociedad GAM CENTRO Y SUR, SLU firmada por su Administradora única.*

- *Comunicación del inicio de periodo de consultas a la representación de los trabajadores.*

CUARTO . - El 16-11-2011 la empresa antes dicha se reunió con el comité de empresa de Sevilla para comunicarles la presentación de un expediente de regulación de empleo para la extinción de 50 contratos de trabajo afectando a los centro de trabajo de Sevilla, Jaén. Ajalvir, Córdoba, informando de las razones del mismo a los efectos de la apertura del expediente. - En el mismo acto les entregó a los trabajadores copia de la documentación presentada con la solicitud, relación total de plantilla y trabajadores afectados y CD en que se incluye documentación contable, fiscal, económica, financiera, laboral, plan de viabilidad, plan de acompañamiento y memoria aportada ante el Ministerio de Trabajo.

La empresa manifestó que, dada la afectación del expediente a cinco centros de trabajo de todo el territorio nacional, a los que se les dará información correspondiente al efecto, en especial en reunión de ese mismo día con el centro de Ajalvir, requirió a la representación de los trabajadores a fin de que procedan al nombramiento, junto con los responsables del resto de los centro afectados, de una COMISIÓN NEGOCIADORA [RD 801/2011) que incluya un numero impar de trabajadores representativo de los centros y trabajadores afectados, sugiriéndose por la empresa el numero de cinco miembros, dos del centro de Sevilla, dos de Madrid y un tercero del resto de las provincias afectadas.

El 22-12-2011 se reúne la empresa con los representantes de los trabajadores de Sevilla y Córdoba, proponiéndose por estos que la comisión negociadora quedaría compuesta por ellos mismos, el trabajador afectado del centro de Jaén y don Lorenzo Santos Moyano en representación del centro de Ajalvir. - Los representantes de los trabajadores solicitaron determinada documentación (relación de trabajadores que han causado baja en Madrid; informe por departamentos afectados; estudios de costos de transporte en Sevilla y evolución de la plantilla), que obra en autos y se tiene por reproducida, entre la que no se solicitaron las cuentas provisionales de 2011, planteando finalmente que, sin dejar de reconocer la situación del sector proponían un ERE mixto, que redujera extinciones junto con un ERE suspensivo.

El 29-12-2011 se reúne la comisión, quejándose los trabajadores, que no se aportó la documentación requerida en la reunión anterior.

El 4-01-2012 se reúne nuevamente la comisión, proponiéndose por la empresa reducir en 11 los trabajadores afectados por el expediente, ofertando una indemnización de 24 días por año con un tope de 12 mensualidades.

- Los representantes de los trabajadores solicitaron 35 días por año con un tope de 24 mensualidades, la creación de una bolsa de trabajo y la exclusión de determinados trabajadores, lo que no se aceptó por la empresa.

El 9-01-2012 se reúne la comisión, ofreciéndose por la empresa reducir en 14 el número de despedidos, ofertando una indemnización de 28 días por año con 12 mensualidades de tope. - Los representantes de los trabajadores no aceptan la propuesta, insisten en dejar fuera a don Remigio , miembro del comité de empresa de Sevilla y se comprometen a llevar la propuesta empresarial a la asamblea de trabajadores



El 13-01-2013 se reúne nuevamente la comisión, informándose por los trabajadores, que no pueden aceptar la propuesta anterior y solicitando que se haga una nueva asamblea, lo que no se acepta por la empresa, cerrándose las negociaciones sin acuerdo.

El 16-01-2012 un buen número de trabajadores de la empresa reprocharon por escrito a sus representantes que no se hubieran aceptado las propuestas empresariales.

QUINTO . - El 20-01-2012 la empresa notificó a la DGE la conclusión sin acuerdo del período de consultas, solicitando finalmente la extinción de 25 puestos de trabajo.

La empresa entregó posteriormente a la DGE el borrador de sus cuentas de 2011, así como las de su sociedad matriz.

SEXTO . - Obran en autos y se tienen por reproducidos los informes de la Comunidad de Madrid y de la Junta de Andalucía, así como el informe de la Inspección de Trabajo.

SÉPTIMO . - El 3-02-2012 la DGE dictó resolución, en su procedimiento 434/2011, en el que autorizó las extinciones solicitadas por la empresa demandada. - Dicha resolución fue confirmada por resolución de la Secretaría de Estado de Empleo de 11-06- 2012.

OCTAVO . - El 16-01-2012 la empresa demandada despidió disciplinariamente a varios trabajadores, reconociéndoles la improcedencia de sus despidos.

NOVENO . - Se han producido doce extinciones de mutuo acuerdo entre la empresa demandada y algunos de sus trabajadores durante la tramitación del período de consultas. - Uno de los trabajadores, afectados por la extinción, fue trasladado al área internacional de la empresa y dos trabajadores del centro de Huelva fueron recolocados.

DÉCIMO . - La actividad principal de la empresa, que es el alquiler de maquinaria para la construcción y las obras públicas, se ha visto disminuida de forma drástica en los últimos años. La caída de las ventas desde el año 2008 ha sido muy importante:

- 2008 70,2 millones de €uros
- 2009 65,8 millones de €uros
- 2010 62,4 millones de €uros
- 2011 53,1 millones de €uros (hasta 31 de octubre).

De esta forma, la actividad de GAM CENTRO Y SUR, S.L. se ha visto reducida en un 24,4% en el período enero-octubre de 2011 respecto del mismo período de 2008. Al mismo tiempo han ido disminuyendo los márgenes del negocio, de manera que la empresa ha entrado en pérdidas económicas en los ejercicios 2009, 2010 y 2011, habiéndose acumulado en este último ejercicio 19,0 millones de €uros de pérdidas en los diez primeros meses.

La caída de la actividad en los distintos sectores de actividad de GAM CENTRO Y SUR. S.L. ha supuesto paralelamente una disminución de las cifras de ocupación efectiva de la maquinaria propia, que alcanzó una ocupación media en torno al 61%-62% en el ejercicio de 2011.

La evolución de los gastos de la empresa, aprovisionamientos, gastos de explotación, gastos de personal y otros gastos, en los ejercicios de 2010 y 2011, y concretamente a la evolución de los gastos de personal sobre ventas, que supusieron un 19,34% sobre las ventas en el 2010 y se han mantenido en un 20,06% sobre las ventas en el ejercicio de 2011, con lo que la importante disminución de las ventas ha provocado que los gastos se encuentren sobredimensionados respecto de las mismas. Existe, en consecuencia, un grave problema de sobredimensionamiento de la plantilla, teniendo en cuenta la actividad real de la empresa, a la vista de la disminución de la cifra de ventas que ha ocasionado una disminución de la ocupación efectiva de las máquinas para alquilar.

Con todo ello, la evolución de los resultados económicos de GAM CENTRO Y SUR. S.L. en los últimos ejercicios ha sido de pérdidas, de -2,8 millones de €uros en el 2009, de -12,0 millones de euros en el ejercicio de 2010, habiendo terminado el accionista único de la empresa GENERAL DE ALQUILER DE MAQUINARIA, S.A. también está atravesando una situación económica crítica, habiendo cerrado el ejercicio de 2010 con unas pérdidas de 26.9 millones de €uros, manteniendo esta tendencia negativa en el ejercicio de 2011, cuyos estados financieros consolidados a 30 de junio de 2011 arrojan pérdidas por un importe de 42,0 millones de €uros.

La compañía ha puesto en marcha toda una serie de medidas para paliar la actual situación, como el abandono de instalaciones para reducir costes, reducción de gastos de viaje y vehículos de empresa, renegociación de las



tarifas de transporte externo, de las pólizas de seguros, de las pólizas de crédito con las entidades bancarias, así como intensificar los esfuerzos comerciales con la mayor presencia en el sector de la construcción.

Asimismo, ha desarrollado un Plan de Viabilidad con actuaciones de distinto orden, para aprovechar el fondo de comercio de la empresa, consolidar GAM como referente del alquiler de máquinas para obras públicas y construcción en las zonas en las que opera, fijándose un objetivo de ventas de 51 millones de €uros anuales para el período 2012-2014, ajustando el parque de vehículos a la nueva realidad de mercado y reduciendo la plantilla, principalmente operarios, personal de administración y personal de taller.

UNDÉCIMO . - La empresa presentó un Plan de Acompañamiento Social junto con la solicitud inicial de extinción de los 50 contratos de trabajo. Una vez realizada la solicitud final de extinción de los 25 contratos, la empresa aporta un nuevo Plan Social en relación con ésta, con medidas de formación interna y externa, promoción de empleos por cuenta propia y posible recolocación en empresas del Grupo. Asimismo, se ha recibido comunicación de la empresa a la Dirección General de Empleo del 2 de febrero, por la que ratifica la oferta realizada en su momento en la negociación, de indemnizar a los trabajadores afectados por la extinción de contratos con 28 días por año de servicio con el tope de 12 mensualidades.

DUODÉCIMO . - Los criterios, utilizados para la designación de los trabajadores afectados por la extinción de contratos, se han relacionado con cada uno de los departamentos, mantenimiento de maquinaria, almacén/administración, informática, comercial, administración Córdoba, campas, conductores y taller técnico, entendiéndose por la Inspección de Trabajo que se trata de criterios objetivos, sin que se haya apreciado que la selección se realice por móviles discriminatorios. En concreto, respecto de la afectación en el expediente del trabajador D. Remigio , representante legal de los trabajadores de Sevilla, se hace constar que el trabajador mencionado pertenece al departamento de informática en Sevilla, siendo el único integrante del mismo, dado que la compañía está centralizando la actividad informática en Oviedo. A tal efecto, la empresa le ha ofrecido el traslado al centro de Oviedo, lo que no ha sido aceptado por el mencionado trabajador.

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 8.2 y 2.s de la Ley 36/2011, de 14 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO . - En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

- a. - Los hechos primero, segundo, sexto y séptimo no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .
- b. - El tercero de la solicitud citada, junto con los documentos que la acompañan, así como las solicitudes de subsanación mencionadas y su cumplimiento por parte de la empresa demandada, que obran en el expediente administrativo, que fueron reconocidas por todos los litigantes.
- c. - El cuarto de las actas citadas, que obran como documento 5 de CGT (descripción 6 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- d. - El quinto de la notificación citada, así como de la aportación de los borradores citados, que obran como documentos 14 a 16 del expediente administrativo, que fueron reconocidos por todos los litigantes. - No podemos tener por probado que los demandantes no dispusieran de las cuentas provisionales de 2011, por cuanto se les entregó la documentación económica en la reunión de 16-12-11, sin que reclamaran en ningún momento dicha documentación, aunque sí reclamaron otros documentos, tal y como se desprende de las actas precitadas.
- e. - El octavo de las cartas de despido citadas, que obran como documento 7 de las demandadas (descripción 86 de autos) que fueron reconocidas de contrario.
- f. - El noveno se admitió por la empresa y se deduce, en todo caso, del informe de la Inspección de Trabajo, que fue reconocido por todos los litigantes.
- g. - El décimo de las cuentas auditadas de los ejercicios 2010 y 2011, que obran como documentos 1 a 6 de las demandadas (descripciones 80 a 85) y de los documentos 15 y 16 del expediente administrativo, que fueron reconocidos por los demandantes, así como del informe de la Inspección de Trabajo, que fue reconocido también por todos los litigantes.



h. - Los hechos undécimo y duodécimo del informe de la Inspección de Trabajo, que fue reconocido de contrario.

TERCERO . - Los demandantes denuncian, en primer término, que la empresa demandada negoció el período de consultas con una comisión no ajustada a derecho, por cuanto los representantes ad hoc no fueron elegidos debidamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.4 ET , oponiéndose el Abogado del Estado y las empresas codemandadas, quienes mantuvieron que participaron en la comisión todos los que estaban legitimados para ello, subrayando, en particular, que fueron los propios representantes de los trabajadores, quienes propusieron la composición de la comisión en la reunión de 22-12-2012.

El período de consultas en los procedimientos de despido colectivo en la regulación vigente el 16-12-2011, al igual que en la actual, constituyen el instrumento capital para alcanzar los objetivos, previstos en el art. 2.2 de la Directiva 1998/59/CE , transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 51ET , tratándose propiamente de una manifestación de la negociación colectiva, que deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Se trata por tanto de una negociación de contenido finalista, que exige, como requisito constitutivo para alcanzar sus fines, que el interlocutor del empresario ostente la legitimación necesaria para comprometer a sus representados en una negociación tan delicada. - Como es sabido, la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal, a tenor con lo dispuesto en el art. 51.2 ET , que prevé, en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el periodo de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET .

El art. 41.4 ET contempla dos alternativas: que haya representantes de los trabajadores en la empresa, en cuyo caso la legitimación para negociar les corresponderá a estos, o que no haya representantes de los trabajadores en la empresa, en cuyo caso los trabajadores podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. - Obsérvese que la norma se refiere en todo momento a la empresa y no a los centros de trabajo afectados, como sucede desde la entrada en vigor del art. 9 RDL 11/2013 , que regula una comisión negociadora, cuya composición pivotará sobre los centros de trabajo afectados.

Como anticipamos más arriba, en GAM CENTRO Y SUR, SL tenía un comité de empresa y una delegada de los trabajadores en los centros de trabajo de Sevilla y Córdoba respectivamente. - Por el contrario, los centros de Ajalvir (Madrid) y Jaén no tenían representación alguna. - Consiguientemente, la comisión negociadora pudo constituirse válidamente con los representantes legales de los trabajadores de los centros de Sevilla y Córdoba, por cuanto la elección de comisiones ad hoc se predicaba únicamente de aquellas empresas, que no tuvieran representantes de los trabajadores, lo que no sucedía en el supuesto debatido, como hemos defendido en SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 .

Es cierto, que el RD 801/2011, de 10 de junio, posibilitaba la negociación por centros de trabajo en sus arts. 8.d y 12.2 , en cuyo caso debería haberse negociado con los representantes legales de los centros, que los tuvieran y con las comisiones ad hoc en los demás, pero dicha alternativa no se contempló en el supuesto debatido, donde la negociación fue global. - La Sala ha admitido en múltiples sentencias, por todas SAN 22-04-2013, proced. 73/2013 la constitución de comisiones híbridas, compuestas por representantes legales y representantes ad hoc, siempre que se hubiere pactado así y se asegurase que el voto se ponderaba en función de la representatividad de cada quien. - Dicha opción ha sido validada, por cierto, en la nueva regulación de las comisiones negociadoras por el art. 9 del RDL 11/2013 .

Por consiguiente, despejado que en la reunión de la comisión negociadora de 22-12-2011 fueron los propios representantes de los trabajadores, quienes apartándose de la propuesta empresarial realizada en la reunión de 16-12-2011, decidieron que la comisión negociadora estaría compuesta por todos los representantes legales de los trabajadores, más un trabajador de Jaén, que era el único trabajador de dicho centro y un trabajador de Ajalvir, sin que se cuestionara, en ningún momento, la presencia de dichos trabajadores, ni tampoco su representatividad, debemos concluir necesariamente que la composición de la comisión negociadora se ajustó



a derecho. - Si no se hiciera así y admitiéramos que quienes negociaron sin protesta alguna el período de consultas en una comisión con una composición determinada, pudieran anular lo actuado por vicios en la composición de la comisión, que podrían haberse subsanado en su momento, estaríamos autorizando y convalidando una actuación negociadora absolutamente alejada de la buena fe negociadora exigible a ambas partes.

CGT denuncia, además, que los representantes ad hoc no participaron en todas las reuniones, lo que no constituye, a nuestro juicio, razón para reprochar nada a la empresa, sino a los propios representantes ad hoc, quienes no cumplieron con su obligación, aunque queremos resaltar que la simple lectura de las actas revela nítidamente que se negoció efectivamente durante todo el proceso, dando participación, incluso, a los trabajadores afectados, quienes se manifestaron en procesos asamblearios paralelos, por lo que las ausencias puntuales de algunos representantes no incidieron sustancialmente sobre la negociación, que concluyó, en cualquier caso, sin acuerdo.

Reprocha finalmente, que la empresa despidió al representante ad hoc de Jaén, sin que dicha queja pueda tomarse en consideración, puesto que la carga de la prueba de dicha medida competía a los demandantes, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, sin que lo probaran de ningún modo.

CUARTO . - La negociación del período de consultas constituye una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. - Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263). - Dicha información no puede eludirse, siquiera, aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3-03-2011, EDJ 2011/8346). - Tampoco es eludible cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET), lo cual obligará efectivamente a acreditar que concurre una sociedad dominante, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo denuncie (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012).

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 4-04-2013, proced. 63/2013). - Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011 ; 18-01-2012 y 23-04-2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012). - La jurisprudencia más reciente, por todas STS 27-05-2013, rec. 72/2012 ha precisado que los representantes de los trabajadores tienen derecho a la documentación relevante, pero que no toda documentación es relevante, en cuyo caso la carga de la prueba de la relevancia corresponderá a quien la exija, por todas SAN 4-04-2013, proced. 63/2013 y 20-05-2013, proced. 108/2013 .

El art. 51.2 ET, en la versión vigente al inicio del período de consultas, preveía que la comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen. - Como la causa del despido colectivo, promovido por la empresa demandada, debió aportar la documentación contemplada en el art. 6 RD 801/2011, tanto a la Autoridad Laboral como a la comisión negociadora.

Ya hemos visto, que la empresa no aportó a la Autoridad Laboral las cuentas provisionales de 2011, aunque subsanó posteriormente dicho defecto. - CGT denuncia ahora, aunque no lo hizo durante el período de consultas, que dichas cuentas no le fueron entregadas jamás, lo que es sencillamente increíble, puesto que si hubiera sido así, su conducta, asesorada en todo momento por sus letrados y por los de CCOO y UGT, sería absolutamente ininteligible, dado que requirió la documentación reflejada en el acta de 22-12-2011: relación de trabajadores que han causado baja en Madrid; informe por departamentos afectados; estudios de costos de transporte en Sevilla y evolución de la plantilla. - Descartamos, por tanto, que CGT no dispusiera de las cuentas provisionales de 2011, siendo revelador que no denunciara dicha omisión, cuya relevancia para la negociación era absoluta, durante la reunión mantenida con la Inspección de Trabajo.

Resta por despejar, si el resto de documentos solicitados, alguno de los cuales le fueron aportados, como los costos del transporte de Sevilla, le impidieron negociar los objetivos del período de consultas, a lo que



anticipamos desde ahora una respuesta negativa, por cuanto la simple lectura de las actas revela que hubo negociación efectiva y que los representantes de los trabajadores no cuestionaron, en ningún momento, la concurrencia de causas, admitiéndolas expresamente en varias reuniones del período de consultas.

QUINTO . - La segunda fase del período de consultas es propiamente la negociación, que consiste, conforme dispone el art. 64.1 ET , en un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias.

La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe. - Habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas (STS 30-06- 2011; STSJ Asturias 2-07-2010 y SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012 , confirmada por STS 20-03-2013, rec. 81/2012 y STSJ País Vasco 11-12-2012, proced. 19/2012). - La negociación se produce efectivamente, si se acreditan propuestas y contrapropuestas, lo que sucederá normalmente cuando se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Así, se ha entendido conforme a derecho pactar un acuerdo marco de ejecución progresiva de la medida (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012); si concurre causa, la empresa no está vinculada a compromisos previos de no extinguir contratos (STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012); quiebra la buena fe, cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012); no vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de las cuentas anuales de otra empresa, cuando no forma parte del mismo grupo de empresas (STSJ Cataluña 15-10- 2012, proced. 32/2012); si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe comercial mantener dicha posición a lo largo de la negociación (SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios justifica la extinción por causas productivas (SAN 4- 04-2013, proced. 66/2013).

Como anticipamos más arriba, la lectura atenta de las actas del período de consultas acredita que hubo negociación efectiva, cruzándose propuestas y contrapropuestas, que permitieron, aunque el período de consultas concluyó sin acuerdo, alcanzar parcialmente sus objetivos, puesto que se redujo a la mitad el número de afectados y se incrementaron sustancialmente las indemnizaciones legales.

Es cierto y no escapa a la Sala, que la empresa extinguió durante el período de consultas 12 contratos de trabajo, pero no es menos cierto que dichas extinciones se produjeron de mutuo acuerdo, sin que los demandantes, quienes cargaban con la prueba, conforme al art. 217.3 LEC , hayan acreditado que dichas extinciones se produjeran en fraude de ley, siendo bastante lógico, como resalta el informe de la Inspección de Trabajo que los trabajadores buscaran soluciones individuales en una empresa en situación de crisis, como sucede con la empresa demandada. - Es cierto también, que la empresa despidió improcedentemente a varios trabajadores después de concluir el período de consultas, pero dicha actuación será relevante, en su caso, si concurren los requisitos, exigidos por el art. 51.1. in fine ET para dichos despidos, pero no afecta en absoluto a las resoluciones aquí impugnadas, que no pudieron tomar en consideración dichos despidos.

SEXTO . - El art. 51.1 ET prevé que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

La Sala considera que la empresa se encuentra claramente en situación económica negativa, por cuanto ha disminuido geoméricamente sus ventas desde 2008 a 2011, habiéndose producido unas pérdidas económicas de 19 MM Euros en los diez primeros meses de 2011, que deben adicionarse a los 2, 8 MM E (2009) y 12 MM E (2010), sin que quepa sospecha alguna de transferencias dudosas con la empresa matriz, quien perdió 26, 9 MM E (2010) y 42 MM E (2011). - Se ha acreditado, por otra parte un fuerte descenso de actividad e infrautilización de la maquinaria de la empresa, que revelan, a juicio de la Sala, que las extinciones, autorizadas administrativamente, son absolutamente razonables para posibilitar la supervivencia de las empresas demandadas.

SÉPTIMO . - Los demandantes denunciaron finalmente que nunca supieron los criterios de selección, ni tampoco quienes estaban afectados por la medida y pusieron especial énfasis en el despido de don Remigio , miembro del comité de empresa de Sevilla. - La Sala descarta las dos primeras quejas, puesto que en la memoria se describe con precisión los criterios de selección utilizados, puestos en valor por el informe del Inspector de Trabajo (hecho probado duodécimo), siendo revelador que durante la negociación colectiva no se



cuestionaran dichos criterios selectivos. - Sobre quienes estaban afectados por la medida hay poco que decir, puesto que estaban identificados desde el primer día del período de consultas.

Si debemos detenernos en la extinción del señor Remigio, puesto que los representantes de los trabajadores tienen derecho de preferencia respecto a los demás trabajadores afectados por el despido. - Sin embargo, el derecho de preferencia de los representantes de los trabajadores no es un derecho absoluto, como resalta la jurisprudencia, por todas STS 30 de noviembre de 2005 EDJ2005/263582 doctrina judicial, por todas STSJ Asturias 16-11-2012, rec. 2065/2012 y STSJ Cataluña de 22-01-2013, rec. 6055/2012, de manera que, si la empresa acredita la necesidad ineludible de amortizar el puesto de trabajo del representante de los trabajadores, sin quepa recolocarle en un puesto adecuado, la extinción de su contrato se ajusta a derecho. - Por consiguiente, probado que el señor Remigio era el único informático del centro de Sevilla y probado que los servicios informáticos de la empresa se han concentrado en Oviedo, probándose finalmente que se le ofreció el traslado a dicho centro, rechazándose por el trabajador, debemos convenir con las resoluciones recurridas, que la extinción de su contrato de trabajo se ajustó a derecho.

Se impone, por todo lo expuesto, la total desestimación de la demanda.

Sin costas por tratarse de un proceso colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

FALLAMOS

Desestimamos la demanda de impugnación de actos administrativos, promovida por CGT, a la que se adhirió CCOO y declaramos ajustada a derecho la resolución de la DGE de 3-02-2012, recaída en su procedimiento 434/2011, confirmada por resolución de la Secretaria de Estado de Empleo de 11-06-2012, por lo que absolvemos al MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, así como a GAM CENTRO Y SUR, SL, GAM NOROESTE, SA y GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIAS, SA de los pedimentos de la demanda.

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

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 las partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante, 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 000234 12.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.