

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL
SEVILLA **ES COPIA**

RECURSO UNICA INSTANCIA Nº 19/13 - I
(ACUMULADOS 22/2013 y 23/2013)

Iltma. Sra. Dña. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ,
Presidenta

ILTMO. SR. D. FRANCISCO M. ALVAREZ
DOMÍNGUEZ

ILTMA. SRA. D^a ROSA MARIA ROJO CABEZUDO

En Sevilla, a doce de diciembre de dos mil trece.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior
de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres.
Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 3417/2013

En las demandas presentadas por D. Juan Manuel
Hernández Barra, Presidente del Comité de Empresa de la

empresa Securitas Seguridad España, S.A., D. José Luis Cadenas Martínez y D. Antonio Sánchez Granado en calidad de miembros del Comité de empresa del sindicato Unión Sindical Obrera-USO y D. Sebastián Alba Jaén, Presidente de la Unión Provincial de Cádiz de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios -CSI-F- y D. Guillermo Aristoy Gallardo, Presidente del Sector Provincial Privado de CSI-F en Cádiz, contra la empresa Securitas Seguridad España, S.A. sobre demanda de despido colectivo ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a ROSA MARÍA ROJO CABEZUDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de mayo de 2013 tuvo entrada en esta Sala de lo Social demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por Don Juan Manuel Hernández Barra, Presidente del Comité de Empresa de la empresa Securitas Seguridad España, S.A., contra dicha empresa, que fue registrada con el nº 19/ 2013. Con fecha 31 de mayo de 2013 se presentó demanda de despido colectivo contra la referida empresa por Don José Luis Cadenas Martínez y Don Antonio Sánchez Granado, en calidad de miembros del Comité de empresa del sindicato Unión Sindical Obrera-USO , registrada con el nº 22/2013, y en fecha 31 de mayo de 2013 se presentó demanda por D.

Sebastián Alba Jaén, Presidente de la Unión Provincial de Cádiz de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios -CSI-F- y D. Guillermo Aristoy Gallardo, Presidente del Sector Provincial Privado de CSI-F en Cádiz, contra la referida empresa, registrada con el nº 23/2013.

SEGUNDO.- Por diligencias de Ordenación de la Sra. Secretaria de 3 y 10 de junio de 2013, se acordó designar ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D^a Ana María Orellana Cano. Por la referida Sra. Magistrada se solicitó la abstención para conocer del procedimiento, que fue estimada justificada por Auto de esta Sala de fecha 26 de junio de 2013, pasando el conocimiento de la causa a la Ilma. Magistrada de la Sala, D^a Rosa María Rojo Cabezudo.

TERCERO.- Por Auto de fecha 15 de julio de 2013 se acuerda acumular los procesos de Única Instancia números 19/2013, 22/2013 y 23/2013.

CUARTO.- Por Decreto de la Sra. Secretaria de fecha 22 de julio de 2013 se admitió a trámite la demanda, se acordó darle traslado de la misma al demandado, se le ordenó a este para que notificara a los trabajadores afectados la existencia del proceso a los fines legales, se recabó de la Autoridad Laboral copia del expediente administrativo, y se señaló la celebración del acto del juicio para el día 30 de octubre de 2013.

QUINTO.-El día señalado tuvo lugar el acto de la vista, con el resultado que consta en el acta grabada que figura unida a los autos, previa celebración del acto de conciliación que tuvo lugar con el resultado de sin avenencia.

PRIMERO.-Con fecha 3 de abril de 2013 la empresa Securitas Seguridad España S.A. comunica al Comité de Empresa su intención de iniciar un proceso de despido colectivo para ajustar el volumen de la plantilla a las necesidades objetivas de la compañía al amparo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores que afecta a más de treinta trabajadores, solicitando el inicio de un periodo de consultas con una mesa negociadora representativa del comité, con citación para el día 5 de abril de 2013 en la sede de la empresa a los efectos de comunicar a la misma la composición de la comisión negociadora. En dicha fecha se constituye dicha comisión.

SEGUNDO.-En fecha 9 de abril de 2013 se inicia el periodo de consultas, con entrega al Presidente del comité de empresa de la Memoria explicativa en la que se contenía la especificación de las causas del despido colectivo, número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año en la provincia de Cádiz, e información sobre los criterios seguidos para la designación de los

trabajadores afectados por los despidos. Se acuerda citar para nueva reunión el día 15 de abril de 2013. En la memoria explicativa, cuyo contenido íntegro, que obra en las actuaciones, se da aquí por reproducido, se hace constar, entre otros aspectos, que la empresa se ve obligada a tomar una serie de medidas debido a la insostenibilidad de la situación por las que atraviesa en la Delegación de la Provincia de Cádiz, siendo el objeto de las referidas al presente procedimiento la extinción de un total de 43 contratos de trabajo que se detallan bajo los siguientes epígrafes más significativos: 3.- Entorno económico general: Análisis y Previsiones. 4.- El entorno económico en el sector. 5.- La situación de la empresa. 6.- Causas organizativas. 7.- Alcance del procedimiento de despido colectivo, que concluye con la pretensión empresarial de extinguir un total de 43 contratos de trabajo con la categoría profesional de vigilante de seguridad, con una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con el tope de 12 mensualidades.

TERCERO.- Con fecha 15 de abril de 2013 tiene lugar la primera reunión entre las partes, con señalamiento de calendario de consultas, en la que la parte social mostró su disconformidad con los datos aportados por la empresa en la memoria explicativa, procediendo a la entrega de un documento en que se hace constar que la empresa procede a presentar un ERE sin tener en consideración la

posibilidad de aplicar un ERTE. Que si bien la empresa alega la existencia de causa organizativa, se trata en realidad de causa económica, a la que el Convenio Colectivo contempla como módulo indemnizatorio el de 30 días de salario por año de servicio para los despidos individuales. El criterio abusivo de la empresa de pretender la extinción de 43 contratos de trabajo en el que se toman en cuenta periodo de pérdidas que ya fueron objeto de valoración en un anterior ERE a nivel nacional. La falta de toma en consideración de utilizar el sistema de prejubilaciones, así como el rechazo de la empresa a adoptar medidas referidas a traslados a otra zona dentro de la provincia. El criterio arbitrario utilizado por la empresa para determinar las extinciones de los contratos de trabajo, siendo el más lógico el orden de antigüedad en la empresa, debiendo ser la indemnización a percibir por las extinciones contractuales la de 45 días de salario por año, con un máximo de 42 mensualidades.

CUARTO.-Con fecha 23 de abril de 2013 tiene lugar la segunda reunión, en la que la representación de los trabajadores solicita a la empresa la aportación de documentación complementaria, contenida en escrito anexo, consistente en balance económico, horas facturadas y desglosadas por mes, garantía de poder acogerse a bajas voluntarias con indemnización de treinta días de salario por año de servicio, aportación de cuadrantes anuales de

servicios, vacaciones, horas de formación programada, incluidas prácticas de tiro, formación específica de los servicios y tiempo dedicado a la vigilancia de la salud, horas faltantes por zona que justifique los futuros contratos a extinguir. Por dicha representación se manifiesta que como único criterio admisible con respecto a la extinción de los contratos el de menos antigüedad en nómina en cada zona afectada.

A preguntas de un miembro del comité de empresa relativa a la indemnización a abonar a los trabajadores posiblemente afectados por el despido colectivo, la representante de la empresa manifiesta que una indemnización de 33 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades.

La empresa hace entrega al Comité de las medidas sociales de acompañamiento.

QUINTO.- En fecha 30 de abril de 2013 se celebra la tercera y última reunión en la que la parte social manifiesta que no continúa con la negociación salvo que se parta de los mínimos propuestos que entiende innegociables, cuales son: erradicar las horas extraordinarias, consensuar criterios de despidos, ofrecimientos de otras alternativas, eliminar el tope de mensualidades, anteponer derechos de los trabajadores a los caprichos de los clientes de Securitas. Ante ello se da por finalizado el periodo de consultas, convocando a las

partes para el día 6 de mayo de 2013 para comunicar la empresa su decisión al respecto.

Por la representación de la empresa Securitas Seguridad España, S.A. se comunica al comité de empresa la decisión final del despido colectivo y sus condiciones:

1. Se procederá a la extinción de 37 contratos de trabajo
2. Se abonará indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 53.1b) Estatuto Trabajadores.
3. Los criterios de selección de trabajadores afectados por el despido colectivo serán los expuestos en la memoria explicativa, y desarrollados en los apartados 6.5.2 de la misma, y que se transcriben a continuación:

La asignación de los trabajadores a los servicios afectados por las cancelaciones o reducciones que están en el origen de esta decisión.

Además, después de analizar la plantilla operativa con mayores dificultades en reubicación, también se considerará otros criterios a tener en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo, según el artículo 3.1.e del Real Decreto 1483/2012 el siguiente: Las incidencias detectadas en la evaluación continua del empleado, a través de las inspecciones periódicas que se

realizan en los centros de trabajo realizadas por nuestro Sistema de Gestión de Calidad, certificado por la norma ISO 9001.

4. Se acompaña listado nominativo de trabajadores afectados por el despido colectivo.
5. Los despidos se realizarán de forma inmediata una vez transcurridos treinta días desde la comunicación del inicio del periodo de consultas a la Autoridad Laboral.
6. Esta decisión será comunicada seguidamente a la Autoridad Laboral.

SEXTO.- En la provincia de Cádiz hay 437 trabajadores, de los que 245 están afiliados a sindicatos, siendo 94 los que están afiliados al Sindicato Profesional de Vigilantes (SPV). De los 37 trabajadores despedidos 15 están afiliados a dicho sindicato.

SEPTIMO.-En el primer trimestre de 2013 el volumen anual de horas perdidas como consecuencia de las reducciones del volumen de horas de facturación por la pérdida y disminución de servicios de vigilancia contratados por los clientes ha sido de 77.457 hora, conforme al desglose por desglose por clientes que se hace constar en la memoria explicativa y que se da aquí por reproducido.

OCTAVO.-La empresa cuenta con un Sistema de gestión de calidad. En el mes de octubre de 2012 se crea en la empresa demandada el departamento de eficiencia operativa que encuentra dentro del departamento de calidad, situado en los servicios centrales de la empresa en Madrid, y cuyo objeto es verificar la calidad de los servicios prestados.

Mediante datos que se introducen en un programa informático de gestión de personal por los inspectores de la empresa se realiza una evaluación continua consistente en un control de calidad de cada trabajador, donde se hacen constar aspectos tales como capacidad de relación, uniformidad, imagen, presencia, puntualidad, trato a clientes, conocimientos. Dichos datos son remitidos al departamento de eficiencia operativa, siendo valoraciones internas cuyo resultado no son conocidos por los trabajadores.

En base a ello la empresa elaboró un listado de trabajadores de acuerdo con la distinta calificación obtenida por cada uno de ellos conforme a los criterios de valoración emitidos por los inspectores de servicio, y que sirvió de base para determinar los trabajadores afectados por el ERE.

NOVENO.-Por el comité de empresa se han formulado denuncias ante la Inspección de Trabajo contra la empresa demandada, iniciándose expediente sancionador por

infracción de la normativa sobre jornada de trabajo al haber comprobado el exceso de horas extraordinarias en el año 2012 en los centros de trabajo de la provincia de Cádiz. En fecha 16 de mayo de 2013 se presentó denuncia por el ERE objeto del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Los hechos declarados probados resultan de la prueba practicada, básicamente de la documental aportada a los autos y de la prueba testifical practicada en acto de juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre 2011, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Por la representación de los demandantes en su calidad de miembros del comité de empresa de la empresa demandada se interponen demandas en materia de despido colectivo nulo o subsidiariamente no ajustado a derecho contra la referida empresa interesando tal declaración en base a varias consideraciones: por la falta de información necesaria a través de la memoria explicativa, vulnerando así el procedimiento regulado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, al no proporcionar la documentación necesaria a la representación de los trabajadores para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo.

Por inexistencia de buena fe negocial por parte de la empresa, dada la total ausencia de negociación durante el periodo de consultas, que ha sido meramente instrumental, manteniendo durante el periodo de negociación una postura rígida, sin atender a las propuestas del comité.

Que realmente no ha existido causa organizativa que justifique la decisión adoptada.

Respecto a los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, la empresa ha incurrido en arbitrariedad a la hora de determinar los trabajadores concretos que se despiden.

Y que la decisión extintiva constituye una vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas por vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación por razón sindical conculcando la libertad sindical, pues los despedidos son de forma desproporcionada afiliados al sindicato SPV.

La representación de la empresa demandada se opone a dichas alegaciones, solicitando que se declare que el despido colectivo acordado es ajustado a derecho.

Sin alegar formalmente excepción procesal en orden al posible defecto legal en el modo de proponer la demanda con relación al suplico de las demandas formuladas por las representaciones de los miembros pertenecientes a los sindicatos SPV y CSIF, aduce que éstos en el trámite de ratificación de las demandas no han rectificado el suplico de las mismas, donde se solicita que se declare que el

despido colectivo es nulo o subsidiariamente no ajustado a derecho, con la consecuencia, en ambos casos, de readmitir a los trabajadores en sus puestos de trabajo, sin solicitar la opción que por la indemnización tiene la empresa. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.9 de la Ley Reguladora de le Jurisdicción Social, la sentencia calificará la decisión extintiva determinado las consecuencias de la misma, que no han de ser sino las legales pese a que el suplico no haya contemplado las consecuencias derivadas de la calificación como no ajustado a derecho el cese impugnado.

Por la representación de la demandante en representación del Presidente del Comité de Empresa, perteneciente al sindicato SPV, se alega que la decisión extintiva se ha adoptado con vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas, por cuanto ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón sindical e ideológica, conculcando su libertad sindical dado que los despedidos son de forma desproporcionada afiliados a un mismo sindicato, SPV, y que no guarda ninguna proporción con el volumen de empleados de la empresa, y se configura como una represalia por no haber firmado dicho sindicato ninguna conformidad a las medidas de afectación colectiva que está llevando a cabo a la empresa demandada.

A este respecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 5 de junio de 2006 ha declarado que "Desde nuestra temprana STC 38/1981, de

23 de noviembre, hemos venido subrayando que el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) comprende, en su vertiente colectiva, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 94/1995, de 16 de junio, FJ 2; y 145/1999, de 22 de julio, FJ 3). Y que, asimismo, como recordábamos en la STC 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2, este derecho garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una "garantía de indemnidad", que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquéllos (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5; y 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3).

En este sentido es de tener en cuenta el criterio jurisprudencial contenido entre otras en la sentencia del Tribunal Constitucional num. 168/2006 de 5 de junio, que

sistematizando y resumiendo la doctrina constitucional anterior en relación con la protección de los derechos fundamentales, con la finalidad de garantizar que estos derechos no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de la empresa de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, y considerando la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de acreditar en los procedimientos judiciales la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, ha venido desarrollando una específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo declarando la necesidad "de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional num. 38/1.986, de 21 de marzo EDJ1986/38), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así las sentencias num. 114/1.989, de 22 de junio; 21/1.992, de 14 de febrero; 226/1.993, de 20 de septiembre; 180/1.994, de 20 de junio; y 85/1.995 de 6 de junio). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de los

derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de los derechos fundamentales lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (sentencia del Tribunal Constitucional num. 114/1.989, de 22 de junio. La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional num. 197/1.999, de 29 de noviembre y 136/1.996 de 23 de julio.

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios(sentencias del Tribunal Constitucional num. 90/1.997, de 6 de mayo; 74/1.998, de 31 de marzo y 29/2.002, de 11 de febrero, por todas)."

Por ello, hemos señalado la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2; 180/1994, de 20 de junio, FJ 2; y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4). La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas)".

En el presente caso de un total de 437 trabajadores de la plantilla, 245 están afiliados a distintos sindicatos, siendo 94 los trabajadores afiliados al sindicato SPV, lo que supone más de un 38%. Y de los 37 trabajadores despedidos, 15 son pertenecientes a dicho sindicato, lo que representa un 40,50% de proporción. Este dato, por si solo, no es suficiente a efectos de constituir indicio que propicie la inversión de la carga de la prueba, toda vez que dicho sindicato presenta un alto grado de trabajadores afiliados en la empresa, y es lógico, por tanto, que la incidencia del despido sea mayor en éstos, sin que se aprecie una desproporción significativa de los trabajadores afectados afiliados a dicho sindicato indicativa de la existencia de la vulneración sindical denunciada.

SEGUNDO.-Por las demandantes de alega que incurre la empresa demandada en causa de nulidad por incidir en la falta de información necesaria a través de la memoria explicativa, vulnerando así el procedimiento regulado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, al no proporcionar la documentación necesaria a la representación de los trabajadores para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo.

Y asimismo, por inexistencia de buena fe negocial por parte de la empresa, dada la total ausencia de negociación durante el periodo de consultas, que ha sido meramente instrumental, manteniendo durante el periodo de negociación una postura rígida, sin atender a las propuestas del comité.

A tal propósito dispone el artículo 124 de referido a los despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor:

1. La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. 2. La demanda podrá fundarse en los siguientes motivos:

b) Que no se ha realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no se ha respetado el

procedimiento establecido en el art. 51.7 del mismo texto legal.

La Directiva 98/59 de 20 de junio de 1998, exige que la información aportada sea relevante a los efectos de posibilitar evitar o reducir los despidos, concretando que para que las propuestas sean constructivas la información que se debe aportar debe ser toda la pertinente. En varias sentencias del Tribunal Europeo se ha concretado, por un lado, que la obligación de los Estados de alcanzar el objetivo de la Directiva se impone también a los jueces y tribunales que han de interpretar y aplicar el derecho nacional a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva (caso Agorastoudis), y por otro, el alcance del llamado control sindical de los despidos colectivos, a través de dos sentencias de fechas 16 de julio de 2009 (caso Mono Car Styling) y de 10 de septiembre del 2009 (caso Akavan y otros). La primera se refiere al carácter del derecho de información y de consulta, como derecho colectivo que está destinado a los representantes de los trabajadores, y no al trabajador individual, reforzando el papel de defensa del colectivo, y la segunda, que señala que las consultas se deben iniciar cuando el empresario "tenga la intención de efectuar despidos colectivos", con el fin de que tales consultas sean eficaces, concreta la situación que puede concebirse cuando la empresa se encuentra dentro de un grupo, donde ostenta una condición subordinada, a fin de

evitar que decisiones estratégicas dentro del grupo impidan la efectividad del derecho de información y consultas.

La relevancia de aportarse una información sesgada ha sido puesta de manifiesto tras la reforma laboral del 2012, por la sentencia de la Audiencia Nacional num. 90/2012, de 25 de julio, en relación con la importancia del Periodo de Consultas al señalarse que el mismo: "... constituye el centro de gravedad del despido colectivo y traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 1998/59/CE, del Consejo, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores que deberá desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros,..". "Se trata de una obligación de medios y no de resultados, pero para que pueda considerarse realizada legalmente, los representantes de los trabajadores deben tener en su poder toda la documentación establecida legal o reglamentariamente".

En correlación con lo anterior, dice el actual art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores que: "El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores

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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad."

"La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar, junto con la comunicación, a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.

b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.

c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.

d) Período previsto para la realización de los despidos.

e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos"..

La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior. La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen.

Por su parte los art 3, 4 y 5 del RD 1483/12 de 29 de octubre establecen la documentación (tanto común como por causas económicas y otras) a aportar por la empresa en los despidos colectivos, señalando por su parte su art. 7.1 que el periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores; que la consulta 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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y que, a tal fin, los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los art. 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe.

El art. 5 RD 1483/2012, de 29 de octubre , que regula la documentación del período de consultas cuando la causas es técnica, organizativa o de producción, dice lo

siguiente: " 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"

En el presente caso por la parte social se solicitó a la empresa en la segunda reunión que tuvo lugar el día 23 de abril de 2013 la aportación de documentación complementaria consistente en balance económico, horas facturadas y desglosadas por mes, garantía de poder acogerse a bajas voluntarias con indemnización de treinta días de salario por año de servicio, aportación de cuadrantes anuales de servicios, vacaciones, horas de formación programada, incluidas prácticas de tiro, formación específica de los servicios y tiempo dedicado a la

vigilancia de la salud, horas faltantes por zona que justifique los futuros contratos a extinguir, sin que conste que la empresa lo hubiera efectuado.

Ha de partirse de la consideración de que por la empresa se procede al despido colectivo por causas organizativas, aludiendo a la necesidad de adaptación de los recursos humanos, operativos y de estructura, a la nueva dimensión que tiene la compañía en Cádiz, cuya causa es puesta en duda por la representación de los demandantes que consideran que subyace la existencia de causa económica. En este sentido la empresa alude en su memoria explicativa que el principal motivo de la decisión adoptada y factor desencadenante, es la caída paulatina del número de horas de vigilancia contratado por los clientes que ha generado un sobredimensionamiento de la plantilla de la empresa. Y asimismo, que las reducciones del volumen de facturación desde finales de 2012, han precedido a la aparición de distintos efectos negativos y han supuesto una pérdida económica añadida en la gestión de los contratos que han permanecido en la empresa. Por tanto, si se han adoptado las medidas extintivas por causas organizativas, a ello hemos de atenernos en orden al cumplimiento de los requisitos formales y acreditación de las circunstancias que justifiquen la medida, de modo que, la documentación a entregar es la que determinan los artículos 3 - documentación común- y 5 -documentación específica- del

Real Decreto 1483/ 2012, de 30 de octubre. No cabe exigir a la empresa la documentación del artículo 4 que es específica para las causas económicas, porque la empresa no ha alegado tales causas, ni cabe reconducir a causas económicas los ceses porque por tal procedimiento, carece de sentido diferenciar las causas de despido objetivo, porque al final, todas las causas serán económicas, ya que las medidas de la empresa tiene siempre un interés de aquel tipo. En definitiva, la empresa cumplió con la entrega de la documentación exigible sin que se advierta , por otra parte que durante el periodo de consultas las partes no pudieran negociar de buena fe ante la ausencia de elementos de información relevantes y necesarios a fin de establecer la concurrencia de las causas que pudieran justificar los despidos. Por otra parte la doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2012, considera que la ausencia de negociación, que se produce cuando la posición, durante el periodo de consultas, de una de las partes es inamovible, sin negociación, lo que equivale a la ausencia de periodo de consulta. Ciertamente, durante el periodo de consultas, para que se puedan llevar a cabo las extinciones colectivas de los contratos de trabajo, las partes tienen que negociar de buena fe para intentar alcanzar un acuerdo (así lo exige el art. 51.2 del ET (RCL 1995, 997)). Por tanto, si se demuestra que la empresa nunca ha tenido intención de llevar a buen fin el periodo de consultas o que dicho

periodo ha estado vacío de contenido, es decir, que se ha convocado exclusivamente para cumplir formalmente el trámite, el periodo de consultas así planteado debería calificarse de nulo, así lo declara una reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 26.03.12 .

Por tanto, una cosa es que no sea imprescindible alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas para llevar a cabo las extinciones colectivas pretendidas por la empresa, y otra es que no haga falta ni intentarlo. La ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, pero sí a negociar. La redacción del precepto es clara en este sentido, al señalar que las consultas deberán versar como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, y atenuar sus consecuencias a través de otras medidas, y ello dentro de la buena fe. Las consultas existieron, las propuestas constan en las actas, pero la ausencia de acuerdo nada significa porque la norma obliga a negociar pero no a pactar. Y en el caso enjuiciado, ha quedado acreditado que existió voluntad empresarial de negociar, y de reducir las consecuencias negativas del despido colectivo. No cabe apreciar tal ausencia en el presente caso y ello se pone de manifiesto en la oferta empresarial efectuada en la segunda reunión celebrada entre las partes, en la que la representación de la mercantil proponía la indemnización de 33 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades, que no

fue finalmente aceptada por la representación social, y por la minoración de trabajadores afectados, que de los 43 inicialmente despedidos, pasaron a 37, por lo que la petición de nulidad con ella relacionada es desestimada.

TERCERO.-Se sostiene por las demandantes la no concurrencia de causas organizativas ni productivas en la decisión empresarial, puesto que no se han producido cambios en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, ni tampoco en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. El artículo 51 del ET en su apartado primero concreta que existe despido colectivo, entre otros supuestos, cuando cumpliéndose los umbrales numéricos fijados en dicha norma, lo que no se discute, se produzcan causas organizativas, entendiendo por tales 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 se produzcan causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

A este respecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que, en las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en

cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS 14-6-1996 (RJ 1996, 5162) , rec. 3099/1995; STS 7- 6-2007 (RJ 2007, 4648) , citada)". Añadiendo a ello que: "La reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación". (STS de 31-1-2008 (RJ 2008, 1899) .En el presente caso, se acredita, como se expone en la memoria explicativa, que la caída paulatina del número de horas de vigilancia contratado por los clientes ha generado un sobredimensionamiento de la plantilla de la empresa, con las consiguientes reducciones de facturación desde finales de 2012, acreditándose en el primer trimestre de 2013 una pérdida del volumen de horas anuales de 77.457 horas, lo que implica la necesidad de reducir los costes de personal lo cual ha supuesto un cambio que ha afectado directamente al sistema organizativo y productivo de la

empresa, implicando una reducción en la demanda de los servicios que se venían prestando, datos acreditados que justifican la extinción de los contratos de trabajo.

CUARTO.-Con relación a los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, sostienen los demandantes que la empresa ha incurrido en arbitrariedad a la hora de determinar los trabajadores concretos que se despiden. La doctrina jurisprudencial ha venido señalando que en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que establecen los ordenamientos jurídicos de otros estados, no regula los criterios de selección que puedan tenerse en cuenta por el empresario para determinar aquellos trabajadores que van a resultar afectados por un despido colectivo. Únicamente establece un derecho a permanecer en la empresa de forma preferente en el marco de un expediente de regulación de empleo o despido colectivo para los representantes legales de los trabajadores (art.51 y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores), y para los trabajadores integrantes de los servicios de prevención y delegados de prevención (arts. 30.4 y 37 del la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, respectivamente). Más allá de estos dos colectivos de trabajadores, el legislador no ha tenido en cuenta otras condiciones subjetivas -individuales y familiares- de los trabajadores a la hora de determinar aquellos que pudieran resultar afectados por una decisión extintiva.

Con carácter general debe admitirse cierta libertad decisoria por parte de la empresa al seleccionar trabajadores afectados por el despido colectivo, en cuanto que no es sino otra manifestación más del poder de dirección y organización que corresponde al empresario. Pero, a su vez, el ejercicio de tal poder de dirección se encuentra sujeto a límites, que establece de forma expresa el ordenamiento jurídico laboral, como es la exigencia de que la decisión de la empresa respete en todo caso los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores de la plantilla, incluyendo la prohibición de trato discriminatorio. En este sentido se ha podido mantener que la decisión de la empresa en la selección de los trabajadores debe fundamentarse en criterios de razonabilidad y ser coherentes con los fines buscados, no pudiéndose admitir una designación que sea caprichosa o arbitraria.

Además y en todo caso la propia decisión empresarial de seleccionar a los trabajadores afectados por el despido se encuentra sometida a lo que podemos denominar límites generales aplicables al ejercicio de cualquier derecho, como es la ausencia de fraude de ley y de abuso de derecho.

Este es además el criterio que viene manteniendo el Tribunal Supremo en orden a la libertad de elección de los trabajadores afectados por las decisiones extintivas de la empresa. Se razona que en principio, la determinación de

los trabajadores afectados por el despido depende de la relación entre la causa y los contratos potencialmente afectados por ésta (ST del Tribunal Supremo, en Unificación de Doctrina, de 19 de enero de 1998). Corresponde en definitiva al empresario la selección del trabajador afectado, y su decisión sólo será revisable por los órganos jurisdiccionales en caso de fraude de ley o abuso de derecho, o cuando se aprecien móviles discriminatorios (STS del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 y 15 de octubre de 2003).

Tratándose de un despido colectivo posterior a la reforma del Real Decreto Ley 3/2012, aunque en el mismo existe una previsión de comunicación al trabajador de la decisión que adopte en el despido colectivo la empresa, con remisión a las previsiones del art.53 del Estatuto de los Trabajadores, tampoco existe precepto alguno que imponga la obligación a la empresa de expresar qué concretas razones han determinado la elección del trabajador afectado. Lo anterior, en definitiva, implica que el control judicial queda reducido, en esta materia de los criterios de selección de los trabajadores afectados, a aquellos casos en que el trabajador afectado aporte indicios de la concurrencia de discriminación o vulneración de cualquier derecho fundamental, con la correlativa inversión de la carga de la prueba, o a los casos en que no se han respetado las preferencias de permanencia en la empresa, sean legales o convencionales, o, sencillamente, la empresa

actúa con criterios de mera arbitrariedad, concurriendo fraude de ley o abuso de derecho.

Desde esta perspectiva, partiendo de la inicial facultad que corresponde a la dirección de la empresa en la determinación de los trabajadores afectados por un despido, y quedando al margen, lógicamente, la necesaria relación que debe existir entre los trabajadores afectados y la concreta causa que justifique en cada caso el despido, sólo prosperará una demanda del trabajador afectado en aquellos casos en que se hubiera impugnado efectivamente por el trabajador los criterios de selección aplicados por la empresa, desvirtuando su decisión, en los que concurra fraude de ley o abuso de derecho, o no se hayan respetado los criterios legales o convencionales de preferencia en la permanencia de la empresa, y en todos los casos en los que exista vulneración de derechos fundamentales o trato discriminatorio.

El criterio que aquí se mantiene es perfectamente conjugable con el derecho a la tutela judicial efectiva que ampara al trabajador afectado y el propio derecho a no sufrir indefensión, teniendo en cuenta que no existe obstáculo para que el propio demandante pueda solicitar los criterios de selección que haya utilizado la empresa, o el resultado de las encuestas de valoración de personal, sean como diligencias preliminares al juicio o como prueba documental que la empresa deba aportar con anterioridad,

o en el mismo acto del juicio según sea su interés jurídico. De esta manera el propio demandante tiene la posibilidad de desvirtuar en lo que a él se refiere los criterios de selección que ha utilizado la empleadora, realizar un juicio de contraste o comparación con otros trabajadores no afectados por la decisión extintiva y fiscalizar que la decisión de la empresa no implique en la selección de los trabajadores afectados un trato discriminatorio o vulnerador de cualquier derecho fundamental, una actuación arbitraria o implique fraude de ley o un abuso de derecho, que constituyen en todo caso límites al ejercicio de la facultad de elección de la empresa.

De esta forma, como señala la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2007, los límites que determinan el ámbito de extensión de las facultades empresariales son, los constitucionales, derivados de la prohibición de discriminación; los legales, establecidos en el artículo 57.1 del Estatuto de los Trabajadores; los límites pactados en Convenio Colectivo, o; los que hayan podido pactarse con los representantes de los trabajadores en periodo de consultas o, en su caso, fijados en la Resolución de la Autoridad Laboral que resolviese el ERE.

En el presente supuesto, la memoria explicativa contenía como criterio inicial, que no único, la designación de los trabajadores a los servicios afectados por las cancelaciones o reducciones de los servicios que sirvieron de base a la decisión y, además contenía otros criterio a

tener en cuenta para la designación de los trabajadores afectados , como son las incidencias detectadas en la evaluación continua del empleado a través de las inspecciones periódicas que se realizan en los centros de trabajo realizadas por los servicios de inspectores, tal y como se refleja en el sistema de gestión de calidad. En efecto, la empresa demandada cuenta con un departamento de eficiencia operativa que se encuentra dentro del departamento de calidad, situado en los servicios centrales de la empresa en Madrid, y cuyo objeto es verificar la calidad de los servicios prestados.

Mediante datos que se introducen en un programa informático de gestión de personal por los inspectores de la empresa se realiza una evaluación continua consistente en un control de calidad de cada trabajador, donde se hacen constar aspectos tales como capacidad de relación, uniformidad, imagen, presencia, puntualidad, trato a clientes, conocimientos. Dichos datos son remitidos al departamento de eficiencia operativa, siendo valoraciones internas cuyo resultado no son conocidos por los trabajadores.

En base a ello la empresa elaboró un listado de trabajadores de acuerdo con la distinta calificación obtenida por cada uno de ellos conforme a los criterios de valoración emitidos por los inspectores de servicio, y que sirvió de base para determinar los trabajadores afectados por el ERE. El criterio o acogido por la empresa en la selección de los trabajadores obedece a un principio

razonable y coherente con los fines buscados, sin que se evidencie en su adopción criterios de mera arbitrariedad, fraude de ley o abuso de derecho. Si bien la parte social ponía de manifiesto como criterio a tener en cuenta por la empleadora el de antigüedad, tal y como ésta expuso en el acto de la vista, dicho criterio no podía ser acogido, toda vez que siendo, en ocasiones los conocimientos de idiomas, propios de trabajadores con menor antigüedad, éstos ostentaban una preferencia de permanencia en la empresa dado que algunos clientes son extranjeros, y prefieren a trabajadores que dominen su idioma, conocimientos que no tenían los trabajadores de mayor antigüedad.

En definitiva, habiéndose tramitado el despido colectivo con los requisitos y trámites exigidos en el Real Decreto 1483/2012, debemos declarar, conforme al artículo 124. 11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, según redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, ajustada a derecho la decisión extintiva, al haber resultado acreditadas las causa legales esgrimidas por la empresa.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos las demandas de impugnación de despido colectivo interpuestas por D. Juan

Manuel Hernández Barra, Presidente del comité de empresa de Securitas Seguridad España, S.A; D. José Luis Cadenas Martínez y D. Antonio Sánchez Granado en calidad de miembros del comité de empresa del sindicato de Unión Sindical Obrera-USO, así como la planteada por D. Sebastián Alba Jaén y D. Guillermo Aristoy Gallardo, en su calidad de presidente de la Unión Provincial de Cádiz de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) y Presidente del Sector Provincial Privado de CSI-F en Cádiz y miembro del comité de empresa, respectivamente, y en consecuencia declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva llevada a cabo por la referida empresa.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación que previene el art. 205 y sig. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los CINCO DIAS siguientes al de su notificación.

Igualmente se advierte a las partes que para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina deberán presentar con la interposición del mismo debidamente cumplimentado y validado el modelo oficial que corresponda de los indicados en la Orden

HAP/2662/12, de conformidad con lo establecido en la Ley 10/12.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En Sevilla a

La extiendo yo, el/la Secretario/a para hacer constar que, una vez extendida la anterior sentencia y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes. Doy fé.