



Roj: **SAN 2430/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2430**

Id Cendoj: **28079240012024100054**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2024**

Nº de Recurso: **52/2024**

Nº de Resolución: **54/2024**

Procedimiento: **Despidos y ceses en general**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00054/2024

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº **54/2024**

Fecha de Juicio: 7/05/2024

Fecha Sentencia: 14/05/2024

Tipo y núm. Procedimiento: DESPIDO COLECTIVO 0000052 /2024

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: FESIB AC CGT

Demandado/s: ZELEN ZA SISTEMAS DE INFORMACION SA

Interesados: SINDICATO COMISIONES OBRERAS (CCOO), FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UGT

MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MAD

NIG: 28079 24 4 2024 0000052

Modelo: ANS105 SENTENCIA

DCO DESPIDO COLECTIVO 0000052 /2024

Procedimiento de origen: /



Sobre: DESPIDO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr.: RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA Nº 54/2024

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. RAMÓN GALLO LLANOS

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D^a. ANA SANCHO ARANZASTI

D. JUAN GIL PLANA

En MADRID, a catorce de mayo de dos mil veinticuatro.

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

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento DESPIDO COLECTIVO 0000052 /2024 seguido por demanda de FESIBAC CGT (Letrado D^a Laura V. de Gregorio González) contra ZELENZA SISTEMAS DE INFORMACION SA (Letrado D. Oscar Rodríguez Conde); partes interesadas: SINDICATO COMISIONES OBRERAS (CCOO) (no comparece), FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UGT (no comparece), con la intervención del MINISTERIO FISCAL (Ilmo. Sr. D. Manuel Campoy Miñarro), sobre DESPIDO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 5 de febrero de 2024 se presentó demanda sobre despido colectivo. Dicha demanda fue registrada con el número 52/2.024.

Segundo.- Por Decreto de 6 de febrero de 2024 se designó ponente y se fijó como fecha para los actos de conciliación y juicio el día 16 de abril de 2.024.

Prevía solicitud de la parte actora por Diligencia de Ordenación de fecha 15 de febrero de 2.024 se señaló como fecha para los actos de conciliación y juicio el día 7 de mayo de 2024.

Tercero.- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

La letrado de CGT se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dictase sentencia en la que declare:

I. Que son NULAS las decisiones extintivas llevadas a cabo por la empresa en el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 2.023 hasta el 15 de febrero de 2.024, por superar los umbrales previstos legalmente, y en el periodo legalmente analizable. Todo ello por no haberse llevado a cabo el procedimiento negociador que hubiera sido preceptivo, condenando a la empresa a readmitir en su puesto de trabajo a los trabajadores afectados, condenándola a estar y pasar por tal declaración.

Y, subsidiariamente, se declaren dichas extinciones como no ajustadas a derecho, con las consecuencias derivadas de tal pronunciamiento

II. Se declare la vulneración de los derechos de negociación colectiva y ejercicio de la actividad Sindical de esta parte, al haber prescindido la empresa total y absolutamente de haber negociado la drástica reducción de plantilla llevada a efecto, y por ello, se condene a indemnizar a esta parte en la cuantía de 7.000 €.

Precisó que la empresa además de las extinciones referidas en el hecho tercero de la demanda ha habido más extinciones que hacen un total de:

- 26 despidos objetivos - 3 de los cuales no comunicados;
- 8 bajas no voluntarios (clave 54)
- 2 por MSCT y art. 50 no comunicadas
- 9 despidos disciplinarios.

Denunció que estas extinciones no habían sido negociadas, si bien en fecha 31 de enero de 2024 la empresa inició un ERE, estos no han sido negociados.

Señaló que las denominadas bajas no voluntarias son subrogaciones citando al efecto la STS 19-9-2.023 (Wiznk Bank).

El letrado de la demandada se opuso a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la misma.

Reconoció que en el periodo de referencia ha habido 26 extinciones fundadas en causa objetiva.

Solo reconoció una extinción del art. 50 conciliada en el Juzgado de lo Social de Madrid ESTELA CRUZADO.

Con relación a los 11 despidos disciplinarios señaló que o bien no han sido impugnados o todavía no existe declaración de improcedencia o nulidad, siendo uno de ellos baja por fallecimiento.

Consideró que las bajas por subrogaciones a empresas del grupo no son computables, reconociendo 6 subrogaciones únicamente.

Negó que se vulnerase el derecho a la libertad sindical siendo prueba de ello que ya ha iniciado 2 expedientes de regulación de empleo siendo parte negociadora CGT, encontrándose uno de ellos impugnado en esta Sala- autos 121/2024-.

Seguidamente se procedió a la proposición y práctica de la prueba documental, tras lo cual las partes valorando la prueba practicada elevaron sus conclusiones a definitivas.

El Ministerio Fiscal solicitó el dictado de sentencia estimatoria de la demanda.

Cuarto. - De conformidad con el art.85.6 de la LRJS los hechos pacíficos controvertidos son los siguientes:

Hechos pacíficos: Consuelo ha fallecido- Se han tramitado otros dos expedientes de regulación de empleo .-

Hechos controvertidos: De los 11 despidos disciplinarios solo hay judicializados 3.- Ha habido 6 traspasos entre empresas del grupo-

Quinto.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - La demandada tiene centros de trabajo en Madrid, Badajoz, Ciudad Real, Toledo, Sevilla, Málaga, Las Palmas, Barcelona, Melilla, Álava, Valladolid, Pontevedra, Albacete, Murcia, Almería, y Zaragoza, y en los de Badajoz, Madrid, Málaga, Ciudad Real, Toledo, Sevilla existe Comité de empresa.

CGT tiene constituida Sección Sindical Estatal en la empresa asimismo con presencia en los órganos de representación unitaria. En concreto, este Sindicato cuenta con diez representantes unitarios en todo el territorio: 9 en la provincia de Madrid y 1 en la provincia de Zaragoza, lo que supone un 22,22% de representatividad a nivel estatal.- conforme-.

SEGUNDO.- La empresa ha llevado a cabo, al menos en el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 2023 y el 15 de febrero de 2.024 las siguientes extinciones contractuales:

- 26 despidos por causa objetiva;

- 11 despidos disciplinarios, sin que en ninguno de los mismos, se haya reconocido por la misma la improcedencia o nulidad o exista sentencia que así los califique;

- 6 por subrogarse los trabajadores a otras empresas del mismo grupo mercantil;

- 1 fundada en el art. 50 del E.T.- conforme-.

TERCERO.- El 31 de enero de 2.024 la empresa promovió un despido colectivo que concluyó con acuerdo por la RLT y fue impugnado por CGT. Posteriormente ha tramitado un nuevo despido colectivo.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial

, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien en las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

La Sala no entra a especificar el número concreto de extinciones producidas, dado la difícil accesibilidad del Informe de Vida laboral remitido por la TGSS, y por cuanto que considera que la mera contestación a la demanda ofrecida por la empresa y las extinciones que allí se reconocen es de por sí suficiente para conocer si ha existido o no un despido colectivo de hecho.

TERCERO. - Se sostiene por CGT que en el presente caso se ha producido un despido colectivo de hecho pues en un periodo de 90 días (el transcurrido desde el 17-11-2.023 hasta el 15-2-2.024) la empresa ha despedido a más de 30 trabajadores por causas no inherentes a la persona del trabajador computando a tal efecto los despidos objetivos, los disciplinarios con reconocimiento de improcedencia, las extinciones que traigan causa de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o del art. 50 E.T, así como las bajas de trabajadores para ser trasladados en empresas del mismo grupo que la demandada. La demandada considera que tales subrogaciones contractuales no son computables a efectos del cómputo de las extinciones con arreglo al art. 51.1 E. T y 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

CUARTO. - La cuestión nuclear que debe resolverse en la presente sentencia, no es otra que determinar, si las bajas en la empresa de trabajadores que pasan a prestar servicios en otras sociedades del grupo, deben ser consideradas como extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador", a los efectos de los referidos arts. 1 y 51.1 E.T.

La STS de 19-9-2.023- rec.61/2023-, si bien, contrariamente a lo que se aduce por CGT, no llega a abordar la cuestión relativa a si los denominados "traspasos de trabajadores" entre empresas del mismo grupo mercantil deben reputarse extinciones computables a efectos de despido colectivo de hecho- ya que considera "innecesario que debamos adentrarnos en analizar la calificación jurídica que eventualmente pudieren merecer aquellos otros cinco ceses que se han producido durante ese mismo periodo, de los trabajadores que voluntariamente aceptaron la posibilidad de incorporarse a la plantilla de WB, y que, a diferencia de esas 7 extinciones de mutuo acuerdo, mantienen sus puestos de trabajo en esa otra empleadora.", por cuanto que con el resto de extinciones computables ya razona que se ha producido un despido colectivo de hecho- establece las pautas a seguir respecto de si las extinciones de mutuo acuerdo deben ser consideradas como "extinciones por causa no inherentes la persona del trabajador", en el quinto de sus fundamentos de derecho, razonando al respecto:

"Sentado lo anterior, debemos traer igualmente a colación la doctrina de la STS Pleno 449/2023, de 22 de junio (rec. 223/2022), que se adentra en analizar si verdaderamente existe voluntariedad en la formal extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo, en un supuesto en el que se produce la baja voluntaria de los trabajadores en la empresa saliente de una contrata para su ulterior incorporación a la empresa entrante, al objeto de determinar si deben contabilizarse tales extinciones en orden a la existencia de un posible despido colectivo tácito o de hecho.

A tal efecto razona "En STS IV de 23 de septiembre de 2021 (rec. 92/2021) reiteramos la doctrina elaborada en torno al despido colectivo de hecho -un fenómeno de extinciones de contratos que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas por el art. 51 ET -, afirmando su realidad cuando se obtiene el convencimiento de que los despidos disciplinarios y objetivos no son tales, "ni las conciliaciones posteriores pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención del empleado, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario, que se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador; y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un despido colectivo."

Tras lo que seguidamente señala "En cualquier caso, el criterio acuñado por la Sala IV aboca al necesario cómputo de todas las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador, lo que incluye también la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en el momento habitual (TS 10 de marzo de 2020, rcud. 2760/17) . En las primeras integramos despidos disciplinarios cuya improcedencia fue reconocida por la empresa (abonando la pertinente indemnización), es decir, por motivos no inherentes a las personas de los trabajadores afectados, en tanto que evidenciaban un manifiesto despido de hecho, así como otras extinciones de contratos temporales, sobre las que las mercantiles nada acreditaron cuando el término o vencimiento era posterior. Por el contrario, no se sumarán las extinciones válidas de contratos temporales llegado el término (TS 16 de julio de 2020, rec. 4468/17) . Y, finalmente, calibramos un elevado número de extinciones por no superación del periodo de prueba, "toda vez que dicha vía de extinción contractual debe acomodarse obligatoriamente a

las exigencias de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.1 ET, en relación con lo dispuesto en el art. 7.1 CC, subrayándose en el apartado segundo de este último precepto que, la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de manera que, todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

Continúa diciendo "En este relato de situaciones no inherentes a la persona de los trabajadores han de insertarse, por tanto, aquellos supuestos que tienen su origen último en la voluntad empresarial, es decir, a su iniciativa. En este sentido, la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, entiende por despidos colectivos los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea el que elijan los Estados miembros (en la escala que desglosa su art. 1), y a efectos del cálculo del número de despidos "se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5."

Y finalmente concluye, en función a las específicas circunstancias de aquel caso, que "Cuando la empleadora entrante anuncia a varios trabajadores de la saliente que no va a proceder a su subrogación, pero les propone que será posible la contratación si formalizan las bajas laborales en la anterior empresa, y de esta manera lo lleva a efecto, resulta innegable que la iniciativa se residencia en la mercantil que diseña el panorama extintivo y condiciona la voluntad de quienes, prestando servicios para la saliente y debiendo ser subrogados por quien asume el servicio, se ven compelidos a presentar su baja a fin de ser contratados ex novo y poder continuar trabajando. No concurre ningún motivo inherente a la persona de los trabajadores para que acaezca el despido, sino bajas o ceses claramente constreñidos por la empresa adjudicataria. Si ésta hubiera asumido no solo el servicio sino también a los trabajadores afectados se hubiera producido la continuidad en la prestación que sostiene y no una ruptura del vínculo seguida inmediatamente de una nueva y diferente contratación, conformada por sus propias circunstancias, entre las que figurará concernida su antigüedad.

El efecto perseguido con la exclusión en el cómputo de estas extinciones calificadas de bajas voluntarias se patentiza igualmente en la minoración del umbral fijado por el legislador para los trámites del despido colectivo, logrando soslayarlos.

La afectación real, sin embargo, supera los límites determinados por la norma que se trató de eludir, evidenciando una situación de fraude que quebranta las exigencias del art. 51 ET, en la interpretación que deriva de la Directiva 98/59, en relación con los arts. 6.4 y 7.2 del CC., y debe ser corregida."

Por otro lado, tales consideraciones deben ser completadas con la doctrina fijada en la STJUE de 22-2-2024 (asunto C589/22, "Resorts Mallorca Hotels International") que declaró que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que la obligación de consulta que establece nace desde el momento en el que el empresario, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales de supresión de puestos establecidos en el artículo 1, apartado 1, letra a), de dicha Directiva y no en el momento en el que, tras haber adoptado medidas consistentes en reducir ese número, el empresario tiene la certeza de que va a tener que despedir efectivamente a un número de trabajadores superior a dichos umbrales, razonándose en la misma:

"27.- Habida cuenta de la magnitud de la modificación de la actividad de gestión y de explotación así emprendida y de las consecuencias razonablemente previsibles en lo que respecta a la carga de trabajo en sus oficinas centrales, la decisión de iniciar conversaciones sobre la cesión de la actividad de gestión y de explotación de esos siete establecimientos puede considerarse una decisión estratégica o empresarial que obligaba a la demandada en el litigio principal a plantearse o a proyectar despidos colectivos, en el sentido de la jurisprudencia mencionada en el apartado 22 de la presente sentencia, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

28 A este respecto, por una parte, es preciso subrayar que la demandada en el litigio principal sabía que la cesión de la gestión de dichos establecimientos iba a suponer un aumento de la carga de trabajo para Amla Explotaciones que requeriría la contratación de diez nuevos trabajadores, razón por la cual preguntó a los miembros de su plantilla que trabajaban en las oficinas centrales si estaban dispuestos a entrevistarse con los responsables del Grupo Globales. Por consiguiente, podía suponer que ella iba a sufrir una disminución de la carga de trabajo de la misma magnitud o de una magnitud similar al incremento de la carga de trabajo que iba a experimentar Amla Explotaciones.

29 Por otra parte, en la petición de decisión prejudicial se ha señalado que la decisión de la demandada en el litigio principal de despedir a nueve trabajadores obedecía al análisis de sus necesidades organizativas y productivas tras la cesión a Amla Explotaciones de la gestión y explotación de los siete establecimientos hoteleros de que se trata y la marcha de nueve de sus trabajadores a esta última. En vista de dicha decisión, la demandada en el litigio principal debía esperar razonablemente tener que reducir de manera significativa el número de trabajadores en sus oficinas centrales para que ese número se adecuara al volumen de su actividad y a la carga de trabajo restantes.

30 Por tanto, dado que la decisión de ceder la actividad de gestión y de explotación de los siete hoteles a Amla Explotaciones implicaba necesariamente, para la demandada en el litigio principal, la previsión de despidos colectivos, le incumbía, en la medida en que había una posibilidad de que se cumplieran los requisitos definidos en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59, realizar las consultas previstas en el artículo 2 de dicha Directiva.

31 Esta conclusión se impone con mayor motivo por cuanto la finalidad de la obligación de consulta establecida en el artículo 2 de la citada Directiva -esto es, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número y atenuar sus consecuencias- y el objetivo que perseguía, en el presente asunto, la demandada en el litigio principal al preguntar a sus trabajadores si estaban dispuestos a entrevistarse con Amla Explotaciones -esto es, permitir que algunos de sus trabajadores se vincularán contractualmente con esta última y, por consiguiente, reducir el número de despidos individuales- se solapan en gran medida. En efecto, dado que una decisión que implicaba una disminución significativa del número de hoteles gestionados y explotados por la demandada en el litigio principal podía dar lugar a una reducción igualmente significativa de su actividad y de la carga de trabajo en sus oficinas centrales y, por tanto, del número de trabajadores que necesitaba, es evidente que la marcha voluntaria de un determinado número de trabajadores a la sociedad que se hacía cargo de una parte de la actividad cedida podía evitar despidos colectivos."

A dichas consideraciones jurisprudenciales hemos de añadir que el art. 8.1 del RD 1483/ 2012 considera como medidas sociales de acompañamiento a efectos de mitigar las consecuencias de un despido colectivo y que deben ser objeto de debate en el periodo de consultas "La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.". Y ello, no hace sino evidenciar que los trabajadores recolocados en empresas del grupo, deben ser considerados "ab initio", esto es, en el momento de iniciar las consultas como potenciales afectados por el despido colectivo.

QUINTO.- Expuesto lo anterior, y para resolver esta cuestión a la vista de lo expuesto, hemos de partir de una premisa que no se ha cuestionado- porque ninguna de las partes ha aducido que la empresa demandada conforme un grupo de empresas patológico o con responsabilidad solidaria entre las mismas-, cual es que debemos considerar que las distintas sociedades en las que han comenzado a prestar servicios aquellos trabajadores que causaron baja en la demandada en el periodo de referencia conforman con ella un grupo mercantil de sociedades del art. 42. 1 del Código de comercio, en el que cada una de las sociedades actúa en el mercado como una empresa diferenciada de las demás, existiendo en consecuencia empresarios distintos.

De esta forma, y al haber comunicado el empleador la baja a la TGSS como "baja no voluntaria", consideramos además que la iniciativa de que tales empleados cesen de prestar servicios en la empresa demandada y comiencen a prestarlos en otra del mismo grupo, trae causa de la iniciativa común de estas, consentida posteriormente por el trabajador, lo que tiene encaje en la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el apartado a) del art. 49.1 E.T, esto es, el mutuo acuerdo entre las partes.

Y la doctrina tanto del TS, como del TJUE arriba referida, nos abocan a considerar que los denominados "traslados de trabajadores a empresas del grupo" deben ser computadas como extinciones contractuales por causas no inherentes a la persona del trabajador por las siguientes razones:

1ª.- con arreglo a lo razonado en la STS de 19-9-2023- rec 61/2023- se trata de extinciones contractuales de mutuo acuerdo que parten de una iniciativa empresarial, debiendo además destacarse que en el presente caso ni siquiera se ha alegado que existiese una previa solicitud por parte de los afectados a las empresas en cuestión;

2º.- siguiendo los razonamientos de la STJUE de 22-2-2024 ("Resorts Mallorca Hotels International") tales bajas obedecen a un cálculo empresarial en virtud del cual se prevé una menor carga de trabajo en la empresa demandada que se corresponde con una correlativa demanda de mano de obra en las empresas del mismo grupo a que fueron dichos trabajadores traspasados;

3º.- y dicho lo anterior, ello implica que de haberse tramitado las preceptivas consultas dichos trabajadores serían potencialmente afectados por el despido colectivo, y que las recolocaciones con arreglo al art. 51.2 E.

T y arts. 7,1 y 8.1 a) del RD 1482/2012 deberían haber sido objeto del debate propio de periodo de consultas propio de un despido colectivo de hecho.

Por todo lo dicho, se estimará el primero de los puntos con la precisión de declarar nulas aquellas extinciones llevadas a cabo por causas no inherentes a la persona del trabajador.

SEXTO.- Por CGT se denuncia que al haberse llevado a cabo un despido colectivo de hecho se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical, lo que se niega por la empresa.

Hemos señalado con un relación a cuanto razonábamos en nuestra SAN de 16-2-2024- autos 298/2023- :

"1.- se vulnera el derecho a la libertad sindical cuando se priva a una organización sindical del derecho a participar en una negociación colectiva a la que se encuentra llamado - en este sentido cabe citar la SAN de 11-11-2016 - proceso 270/2016 - en la que recordábamos que "la doctrina constitucional, por todas STCo. 73/1984 9/1986 , 39/1986 184/1991 y 213/1991 y la jurisprudencia social, por todas STS 11-11-2015, rec. 331/14 ; STS 18-05-2016, rec. 150/15 y STS 14-07- 2016, rec. 270/15 han defendido que la exclusión de un sindicato, que ostente la representatividad exigible, de la negociación colectiva, entendiéndose como tal aquellas negociaciones, que afectan a las condiciones de trabajo de los trabajadores, constituye vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, garantizados por los arts. 7 , 28.1 y 37.1 CE, así como en el art. 2.2.d LOLS . "

2.- con arreglo a los apartados 1, 2, 4 y 6 del art. 41 E.T para que una empresa que ocupe a más de 300 trabajadores pueda modificar la cuantía de la remuneración de más de 30 trabajadores, cuando la fuente del concepto que se suprime o altera tenga naturaleza contractual, esto es, cuando se encuentren "reconocidas los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos", no solo basta que el empleador invoque una causa ETOP- la falta de invocación de dicha causa hace que la misma resulte injustificada o nula pero no le priva el carácter de sustancial como ha sugerido el Ministerio Fiscal-, y en su caso, la acredite en el juicio, sino que deberá abordar previamente un periodo de consultas con la representación legal de los trabajadores, al que con arreglo el art. 41.4 párrafo 2º están llamados los sindicatos con presencia en la empresa a través de sus secciones sindicales;

3.- la omisión del periodo de consultas en la adopción de la MSCT, acarrea la nulidad de la misma (art. 138.7, párrafo último de la LRJS).

Y plasmado lo anterior en el supuesto que nos ocupa donde consta que el empleador ha suprimido o reducido una serie de complementos salariales no previstos en Convenio colectivo que venía reconociendo con anterioridad al menos a 42 trabajadores en la nómina correspondiente al mes de octubre y que, además de no indicar la causa que funda la supresión, para adoptar tal medida ha omitido los trámites del apartado 4 del art. 41 E.T, privando en consecuencia a un sindicato con suficiente implantación en la empresa como es CCOO de toda participación en el preceptivo periodo de consultas, hemos de reputar nula la medida adoptada y vulnerado el derecho a la libertad del sindicato que acciona."

En el supuesto de autos, la necesidad de llamada a las organizaciones sindicales con presencia en la empresa a las consultas con la misma para llevar a cabo la negociación en los términos que refiere el art. 51.2 E.T en su párrafo 2º (" La intervención como

interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo") que precisamente se remite al precepto a que hacíamos referencia en nuestra precedente resolución.

No cuestionándose que CGT debió ser un interlocutor en el periodo de consultas, la omisión del mismo por la empresa cuando era preceptivo, vulneró su derecho a la libertad sindical, sin que enerve lo anterior el hecho de que posteriormente la demandada haya tramitado dos despidos colectivos con las preceptivas consultas, pues lo cierto es que en nuestro caso, las mismas no se llevaron a cabo.

SÉPTIMO.- Se solicita por CGT una indemnización de daño moral que cuantifica con arreglo a los arts. 8.3 y 40 de la LISOS en 7.000 euros. Al respecto y como hicimos en la SAN de 26-1- 2.023- proc. 315/2022- hemos de señalar que:

" Respecto del resarcimiento de daños y perjuicios el art. 183.1 de la LRJS dispone que "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados."

En este sentido cabe señalar que la doctrina general de la Sala IV expresada en la STS de 24-10-2019 - rec 12/2019 - con relación al resarcimiento de daños y perjuicios que expresa lo siguiente:

"Una recapitulación histórica de la doctrina de esta Sala en materia de indemnización por vulneración de derechos fundamentales es la que lleva a cabo la STS 13 de diciembre de 2018, Recurso: 3/2018 : tras una etapa inicial de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acreditara un específico perjuicio, considerando que éste debía de presumirse (así, STS/4ª de 9 junio 1993 -rcud. 3856/1992 - y 8 mayo 1995 -rec. 1319/1994 -), se pasó a exigir la justificación de la reclamación acreditando indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar la condena (así, STS/4ª de 11 junio 2012 - rcud 3336/2011 - y 15 abril 2013 - rcud. 1114/2012 -).

No obstante, la jurisprudencia se ha ido decantando por entender que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ..." STS/4ª de 18 julio 2012 -rec. 126/2011 -). Lo que acabamos corroborando en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS -y 183.1 y 2 LRJS -, en la medida que, si bien es exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada", se contempla la excepción en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

Y hemos añadido que el art. 183.2 LRJS viene a atribuir a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica restitutio in integrum), sino también la de prevención general (STS/4ª de 5 febrero y 13 julio 2015 - rec. 77/2014 y 221/2014, respectivamente -, 18 mayo y 2 noviembre 2016 - rec. 37/2015 y 262/2015, respectivamente -, y 24 enero y 19 diciembre 2017 - rcud. 1902/2015 y 624/2016, respectivamente-).

De conformidad con lo anterior, habrán de ser atendidas las circunstancias concurrentes en este supuesto, no exentas de complejidad. Así, la necesaria interpretación de los acuerdos de cobertura en aras de determinar la razonabilidad o no de la justificación ofrecida de la empresa, junto a la reparación, que se acaba de acordar, en la gestión del crédito derivado de la participación en la huelga y paros parciales de los representantes del sindicato -tampoco aquí ha resultado probado que la negativa empresarial produjera ningún efecto disuasorio, ni impidiera el seguimiento-, conducen a fijar la indemnización en cuantía de 3.000 euros, cifra comprensiva de un resarcimiento suficiente y de la contribución a la finalidad de prevenir el daño, de conformidad con la determinación prudencial que perfila en art. 183 LRJS .

Recordemos -lo recoge el pronunciamiento últimamente citado, en el pasaje que analiza la referencia a la LISOS para el método de cuantificación- que "es reiterada ya nuestra doctrina, que lo acoge en tanto que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006). Señalamos, no obstante, que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo "una aplicación sistemática y directa de la misma", sino que nos ceñimos "a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental" (STS/4ª de 15 febrero 2012 -rec. 67/2011 -, 8 julio 2014 -rcud. 282/2013 - y 2 febrero 2015 - rcud. 279/2013 -, entre otras).", pero consideramos que las circunstancias descritas conllevan en el actual supuesto la necesaria ponderación de la petición indemnizatoria que postulaba la parte actora. ".

En el presente caso, y a falta de otras circunstancias, resulta prudente el criterio seguido por CGT al cuantificar su indemnización por daño moral en una cantidad inferior a la cuantía mínima prevista en la LISOS para la multa con la que procedería sancionar este tipo de conductas- 7501 euros- que tipifica como falta muy grave en su art. 8.3 ("Proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor o del Mecanismo RED en cualquiera de sus modalidades, sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51 , 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores "), por lo que estimaremos la petición de resarcimiento efectuada.

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

FALLAMOS

Con ESTIMACIÓN de la demanda de FESIBAC CGT contra ZELN ZA SISTEMAS DE INFORMACION SA, declaramos:

I. Que son NULAS las decisiones extintivas por causas no inherentes a la persona de cada uno de los trabajadores, llevadas a cabo por la empresa en el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 2.023

hasta el 15 de febrero de 2.024, por superar los umbrales previstos legalmente, y en el periodo legalmente analizable.

Todo ello por no haberse llevado a cabo el procedimiento negociador que hubiera sido preceptivo, condenando a la empresa a readmitir en su puesto de trabajo a los trabajadores afectados, condenándola a estar y pasar por tal declaración.

II. La vulneración de los derechos de negociación colectiva y ejercicio de la actividad Sindical de esta parte, al haber prescindido la empresa total y absolutamente de haber negociado la drástica reducción de plantilla llevada a efecto, y por ello, se condenamos a la demandada a indemnizar a CGT en la cuantía de 7.000 €

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social 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 art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el (IBAN ES55) nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 67 0052 24; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 67 0052 24, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.