



Roj: SAN 4318/2013
Id Cendoj: 28079240012013100188
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 284/2013
Nº de Resolución: 190/2013
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: RICARDO BODAS MARTIN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil trece.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº 284/13 seguido por demanda de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F) (letrado D. Ramón Sellas Benvingut), FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO) (letrado D. Armando García López), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) (letrado D. José Félix Pinilla) contra CAPGEMINI ESPAÑA, S.L. y MINISTERIO FISCAL sobre impugnación despido colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 02-07-2013 se presentó demanda por CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F), FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) contra CAPGEMINI ESPAÑA, S.L. y MINISTERIO FISCAL en impugnación de despido colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 24-10-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es 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 , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F desde aquí); la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde ahora) y la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde ahora) ratificaron su demanda de despido colectivo, donde piden se declare la nulidad del despido o, en su defecto, su injustificación.

Destacaron, que la empresa demandada viene enlazando despidos colectivos desde 2002, que concluyeron con acuerdo, porque la empresa se comprometió a la estabilización de la plantilla, seguido de un procedimiento de modificación colectiva de condiciones, que desistió posteriormente y un nuevo despido en el año 2012, que fue asumido también por los representantes de los trabajadores.

No contenta con las medidas precedentes el 23-05-2013 promovió un nuevo despido, en el que propuso 370 despidos por razones económicas y organizativas, que concluyó sin acuerdo y que solo ha ejecutado en la mitad, acreditando, de este modo, que la empresa partió de una posición maximalista para remedar la existencia de negociación, lo que acredita una manifiesta mala fe durante el período de consultas.

Mala fe, concretada en su negativa a informar a los representantes de los trabajadores, quienes solicitaron reiteradamente en vano que se les aportaran copias de los contratos mercantiles, porque ese era el único modo de comprobar si había o no sobredimensionamiento de la plantilla. - La negativa a aportar la documentación reiterada, pertinente de todo punto, impidió que el período de consultas alcanzara sus fines.

Sostuvieron, por otra parte, que la empresa no negoció efectivamente, aunque hizo movimientos puramente cosméticos, puesto que nunca dio respuesta a las contrapropuestas de los representantes de los trabajadores. - Dicha actuación fraudulenta llegó a sus últimos extremos cuando la empresa abandonó, sin concluir el período de consultas, la última reunión de su comisión negociadora.

Negaron, por otro lado, que la empresa estuviera en situación económica negativa y también la concurrencia de causa organizativa, puesto que los criterios de selección utilizados no se apoyaron en criterios objetivos, en tanto en cuanto es la empresa la que asigna y desasigna a los trabajadores a los proyectos concretos, tratándose, por otro lado, de una empresa, que subcontrata trabajadores de modo masivo y ha realizado contrataciones masivas de trabajadores en el momento inmediatamente anterior.

CAPGEMINI ESPAÑA, SL (CAPGEMINI desde ahora) se opuso a la demanda, aunque admitió las medidas extintivas precedentes, pero resaltó que todas ellas concluyeron con acuerdo y no fueron impugnadas, lo cual descarta de todo punto la existencia de fraude de ley o abuso de derecho en su gestación. - Fundamentó las medidas precedentes en la crisis generalizada del sector, que se ha acentuado especialmente desde 2008, pese a lo cual no se produjo un nuevo despido colectivo hasta 2012, que concluyó con acuerdo.

Admitió que no hubo negociación efectiva durante el período de consultas, puesto que los representantes de los trabajadores se negaron a ninguna alternativa que no pasara por las bajas voluntarias, salvo en la reunión de 21-05-2013, donde se propuso sustituir las salidas forzadas por jubilaciones anticipadas voluntarias y un ERTE también voluntario. - Por el contrario, la empresa en la reunión de 13-05-2013 propuso negociar sobre colectivos y en particular sobre trabajadores mayores de 55 años, así como posibles salidas incentivadas, proponiendo, en concreto, una indemnización de 25 días por año con tope de 12 mensualidades y reducir en 20 trabajadores el número de despedidos.

En la reunión de 21-05-2013 la empresa explica por qué es imposible ensayar soluciones coyunturales. - Ofreció, no obstante, reducir 80 despidos y admite la posibilidad de promocionar salidas voluntarias. - Ofreció, además incrementar a 30 días por año la indemnización. - Posteriormente la incrementó a 30 días por año con un tope de 15 mensualidades.

Destacó, por otra parte, que el 9-05-2013 se intentó la mediación ante el SIMA, que concluyó sin acuerdo, pero se mantuvo una reunión posterior, cuya acta no se firmó por los representantes de los trabajadores.

Negó que hubiera una posición maximalista, por cuanto se explicaron las razones de cada reducción del número de afectados. - Subrayó, a estos efectos, que su mercado es extraordinariamente móvil y competitivo, por lo que se consiguen y pierden contratos con mucha facilidad y desde el principio se dejó claro que, si se suscribían nuevos contratos, se reasignaría a los mismos a los trabajadores afectados.

Negó también que se hubiera demorado en la entrega de las actas, ya que se entregaban el mismo día o al siguiente, salvo en la reunión de 30-04-2013, que se entregó el 7-05-2013, aunque subrayó que solo hubo 2 días hábiles en dicho período.

Aportó toda la documentación legal y reglamentaria y también la documentación que se le solicitó por los representantes de los trabajadores, como demuestra que en su escrito de 24-05-2013 a la DGE no se mencionara queja alguna sobre falta de información.

Admitió que los representantes de los trabajadores solicitaron los contratos mercantiles y la empresa les explicó que no podía hacerlo por su número, así como por razones de confidencialidad, pero les autorizó a examinar cada uno de ellos en los locales de la propia empresa, como se refleja en el acta de 8-05-2013, sin que los representantes de los trabajadores acudieran jamás a comprobar dichos contratos.

Admitió también que el consejero delegado se dirigió a la plantilla en cuatro ocasiones, pero negó que dichas comunicaciones tuvieran más pretensiones que las informativas.

Negaron finalmente el abandono anticipado de la reunión de final. - Por el contrario, una vez concluido sin acuerdo el período de consultas, los representantes de los trabajadores solicitaron más tiempo para examinar detenidamente las actas de la negociación, a lo que accedió la empresa, quien les pagó incluso una noche más de hotel y para sus sorpresa recibieron correos el mismo día en el que la acusaban de haber abandonado la reunión.

Centrándose en las causas económicas subrayó que desde 2009 al primer trimestre de 2013 la empresa perdió 63, 3 MM euros, así como la reducción de ingresos y ventas en los cuatro trimestres de 2012. - Destacó que en el primer trimestre de 2013 redujeron su actividad en - 6, 6 MM euros.

Defendió la concurrencia de causa económica, porque los gastos de personal en el período 3/2012-3/2013 ascendió al 5%, dándose la circunstancia de que en 2012 supusieron el 67, 5% de los gastos de la empresa y en el primer trimestre de 2013 el 75%.

Sostuvo, por otra parte, que los bonus incluyen también las retribuciones variables de los comerciales y que se presupuestan al máximo, porque es posible que se alcancen los objetivos por parte de muchos trabajadores, aunque la empresa se encuentre en situación de crisis, aunque los gastos de los últimos años en esta materia han sido aproximadamente del 60% en relación con los ejercicios precedentes.

Defendió que las bajas en la empresa desde el 1-01-2012 al 31-03-2013 fueron siempre superiores a las altas. - Negó, por consiguiente, que se esté despidiendo por un lado y contratando por otro.

Subrayó finalmente que se ha despedido hasta hoy a 203 trabajadores, lo que equivale aproximadamente a un 5% de la plantilla, cuando la actividad de la empresa se ha reducido en un 10% en el primer trimestre de 2013.

Mantuvo finalmente que la selección de afectados se ha realizado de dos maneras: por baja empleabilidad (108 trabajadores afectados) o por paro inminente (123 trabajadores afectados). - La determinación de los afectados se ha realizado mediante la utilización de una herramienta informática llamada PON, que dispone de una aplicación llamada ARVE, que permite comprobar el tiempo de trabajo facturable, tratándose, por consiguiente, de un criterio totalmente objetivo.

El MINISTERIO FISCAL mantuvo que no se había alegado, ni intentado probar en el acto del juicio, el más mínimo indicio de vulneración de algún derecho fundamental.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos controvertidos

-La representación legal de los trabajadores en todo momento se ha negado al despido colectivo salvo que se produjera la extinción con carácter voluntario.

-El 9 de mayo finaliza el periodo de consultas los mediadores formularon propuestas que no fueron aceptadas por los representantes de los trabajadores; aunque se insistió no fue aceptado.

-Cada reducción de trabajadores afectados fue explicado en las actas. En la segunda reunión se reasignan a trabajadores porque se asignaron a un proyecto.

-No se produce demora en la entrega de las actas salvo la de 30-4-2013 que se remitió el 7-5-2013, sólo habían transcurrido dos días hábiles.

-Se pidieron 25 documentos que según trabajadores eran imprescindibles aunque ni en la actas ni en la demanda se indica por qué

-Las secciones sindicales el 24-5-2013 denuncias ante la autoridad laboral pero no hacen referencia a la falta de información.

-En cada reunión se presentaba más documentación en el periodo de consultas por parte de la empresa.

-La empresa en el acta de 8-5-2013 manifiesta que por el enorme volumen de los contratos mercantiles y la confidencialidad se pusieran a su disposición en la asesoría jurídica y no acudieran a ella.

-Se aportaron los 25 documentos pedidos.

-Respecto del abandono de la empresa, concluido sin acuerdo el periodo de consultas acordó la firma a las 16:30 h.; las secciones sindicales manifestaron que necesitaban todo el día para revisar las actas, se

quedó al día siguiente y cuando la empresa se marchó, se recibe un correo en que se indicaba que la empresa había abandonado la reunión.

-Desde 2009 hasta primer trimestre de 2013 las pérdidas de la empresa alcanzan a 63,3 millones de euros.

-El primer trimestre 2013 el nivel de ingresos es de menos de 4,5 millones de euros.

-En los cuatro trimestres antes al despido colectivo se produjo reducción de ingresos y ventas.

-La empresa depende financieramente del grupo.

-Desde mayo 2012 a mayo 2013 la reducción de gastos de personal es de un 5% y la caída de actividad de un 10%.

-Eso equivale a pérdidas de volumen de ingresos de 6,6 millones de euros.

-Los gastos de personal en 2012 son de 67,5% de los costes totales en 2013 un 75%; equivale al 83,7% de los gastos totales de la compañía.

-Los bonus es una partida contable que incluye la retribución variable de los comerciales supone el 60% de los facturados en los últimos años.

-En el periodo de 1-1-12 a 3-5-13 se producen 586 altas, 816 bajas de las que hay que reducir 237 bajas del ERE de 2012.

-En el periodo 1-1-13 a 30-4-13 hubo 129 bajas y 110 altas.

-Del 26-4-13 al 4-10-13 hubo 364 bajas y 172 altas de las que hay que descontar 203 despido del ERE.

-La empresa tiene 4000 trabajadores.

-Todos los meses la empresa entrega a los RTL informe de altas y bajas producidas durante los meses anteriores

-La media de las bajas voluntarias en la empresa es de 30 ó 35 trabajadores cada mes

-De los despedidos 203 equivalen al 5% de la plantilla.

-Los criterios de afectación son el paro por baja empleabilidad y el parto inminente. De 231 trabajadores hay 108 afectados por el criterio por baja de empleabilidad y 123 por paro inminente.

Lo computado se ha hecho con el parámetro ARVE que computa tiempos de cantidades facturables dentro del PON lo facturable se computa con el ARVE.

Hechos pacíficos:

-Se admite que desde 2002 las medidas de flexibilidad interna y externa todas incluidas el despido colectivo de 2002 se producen de acuerdo.

-El 21 de mayo se propusieron por UGT jubilaciones anticipadas voluntarias y ERTE voluntario. La empresa manifestó que no podían acceder a ello porque eran medidas coyunturales y era situación estructural.

-En la reunión de 13 de mayo la empresa propuso bajas voluntarias se debatió sobre los distintos colectivos afectados, mayores de 55 años se ofreció una indemnización de 25 días por año con 12 mensualidades se redujeron 20 los afectados por el despido

-El 21 de mayo se ofrece reducir 80 afectados; una indemnización de 30 días por año y 12 meses; posteriormente se incrementa a 33 días por año y 15 mensualidades

-La empresa aporta toda la documentación legal y reglamentaria.

-La Inspección de Trabajo preguntó que se precisara la documentación que faltaba y tras un breve debate de los RTL indicaron los contratos mercantiles.

-El 22-5-13 el consejero delegado de la empresa hizo un comunicado a los trabajadores durante el periodo de consultas en el que indicó que si no se llegaba a un acuerdo se aplicaría la normativa legal.

La empresa hizo cuatro comunicados.

-La herramienta para definir la baja de empleabilidad en el "PON" que es un aplicación informática, a través de ella se imputan los tiempos de trabajo que realizan, tiempos facturables y no facturables.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- CCOO y UGT acreditan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y tienen 31 y 18 representantes de los trabajadores en la empresa CAPGEMINI. - CSI-CSIF acredita 29 representantes de los trabajadores en dicha mercantil.

SEGUNDO .- CAPGIMINI ESPAÑA, S.L. se constituyó en Madrid en 1975, su objeto social consiste en la prestación de servicios de consultoría, de asistencia y servicios técnicos en el ámbito de la informática en general. El Grupo Capgemini, al que pertenece Capgemini España, S.L. está presente en más de 35 países y emplea a más de 125.000 empleados.

El 15 de abril de 2004 cambió la denominación social de Cap Geminí Ernst;Young España, S.L. por la actual.

En noviembre de 2007, la sociedad adquirió una participación del 100% en el capital social de Network Consulting Group, S.A. sociedad domiciliada en Argentina, cambiando ésta posteriormente su denominación social por Capgemini Argentina, S.A.

El 1 de enero de 2010 la Sociedad realizó una operación de fusión parcial mediante la adquisición de la rama de actividad "Proyectos y servicios de IT" de la Sociedad Sogeti España, S.L (pertenece 100% al Grupo Capgemini), que se traspasó en bloque a Capgemini España, S.L.

Desde el punto de vista organizativo, la Compañía está organizada por segmentos de mercado al que van dirigidos sus servicios de Consultoría, Tecnología y Outsourcing, con presencia en Madrid, Barcelona, Valencia, Asturias, Zaragoza, Sevilla y Murcia principalmente.

Sus actividades se dirigen a los siguientes sectores:

- El Sector Público y Salud.
- Distribución y Gran Consumo.
- Energía y Utilities.
- Servicios Financieros.
- Telecomunicaciones y Media.
- Industria.

Asimismo, CAPGEMINI está dividida en las siguientes unidades de negocio:

- Financial Services (FS).
- Application Services (Apps).
- Infrastructure Services (Infra).
- Consulting Services (CC)

TERCERO .- La empresa proporciona empleo a 4623 trabajadores.

CUARTO .- En 2002, la empresa inició un expediente de regulación de empleo, que afectó a un total de 305 trabajadores, que concluyó con acuerdo. - En 2004, la empresa inició otro expediente de regulación de empleo, que afectó a 150 trabajadores, que concluyó también con acuerdo. - En 2009, se produjeron 150 extinciones de contratos de trabajo en la empresa demandada. - En 2012, la empresa inició un nuevo proceso de despido colectivo, comunicado en fecha de 05.03.2012 para la extinción de 288 puestos de trabajo, que afectó finalmente a 227 trabajadores, que concluyó también con acuerdo. - En 2012 también, la empresa inició un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 LET, comunicando a las Secciones Sindicales la apertura del período de consultas el 05.12.2012, renunciando a su decisión de acometer la modificación sustancial de condiciones de trabajo el 12.12.2012. - En 2012 también, la empresa transmitió, con amparo en el art. 44 LET, la unidad autónoma de producción de Oracle a la empresa Oracle, con la afectación de aproximadamente unos 50 trabajadores.

QUINTO .- El 26-04-2013 CAPGEMINI comunicó a la DGE su decisión de promover un despido colectivo por causas económicas y organizativas de 370 trabajadores de los centros de trabajo de Madrid, Asturias, Sevilla, Barcelona, Valencia y Murcia.

Se acompañó con la comunicación la documentación siguiente:

Documento 1: Comunicación de Inicio del Procedimiento de Despido Colectivo, dirigida a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, incluyendo el período previsto para la realización de los despidos.

Documento 2: Poder notarial del representante legal de Capgemini España, S.L.

Documento 3: Copia de la Escritura de Constitución de la Empresa Capgemini España, S.L.

Documento 4: Listado de trabajadores de la Empresa empleados en el último año, especificando su número y clasificación profesional, desglosado por centro de trabajo, provincia y Comunidad Autónoma.

Documento 5: Listado de trabajadores afectados por el despido colectivo, especificando número y clasificación profesional correspondiente a los mismos, desglosada por centro de trabajo, provincia y Comunidad Autónoma.

Documento 6: Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

Documento 7: Información sobre la composición de la representación legal de los trabajadores, desglosada por centros de trabajo; actas de las últimas elecciones sindicales celebradas en los distintos centros de trabajo de Capgemini España, S.L.

Documento 8: Comunicación de apertura del período de consultas a las Secciones Sindicales de la Empresa, incluyendo la solicitud a las mismas de la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5.a) del Estatuto de los Trabajadores .

Documento 9: Información sobre la composición de la Comisión Negociadora, incluyendo el Acta de Acuerdo suscrito por las Secciones sindicales de CCOO, CSIF y UGT, por medio del cual convienen, por mayoría, la intervención de las mismas como Interlocutores ante la Dirección de la Empresa en el periodo de consultas del presente Despido Colectivo.

Documento 10: Memoria Explicativa de las causas (económicas y organizativas) del Procedimiento de Despido Colectivo, elaborada por la consultora «CMC, Consultoría y Mediación Corporativa». Incluye, asimismo, el Plan de Racionalización y Viabilidad.

Documento 11: Cuentas anuales auditadas de la Empresa correspondientes a los ejercicios económicos 2010 y 2011, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión.

Documento 12: Cuentas provisionales de la Empresa del ejercicio económico 2012, firmadas por el representante de la Empresa.

Documento 13: Previsiones del primer trimestre de 2013, firmadas por el representante de la Empresa.

Documento 14: Cuentas anuales auditadas de los ejercicios económicos 2010 y 2011 de las sociedades Sogeti España, S.L. y Prosodie Ibérica, S.L.U. (artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012).

Documento 15: Cuentas provisionales del ejercicio económico 2012, así como provisiones del primer trimestre de 2013, de las sociedades Sogeti España, S.L. y Prosodie Ibérica, S.L.U. (artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012).

Documento 16: Documentación fiscal acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante los ejercicios 2011 y 2012: Declaraciones de IVA de los años 2011 y 2012.

Documento 17: Informe Técnico, adicional a la Memoria Explicativa, de las causas organizativas del Procedimiento de Despido Colectivo, elaborado por la consultora «CMC, Consultoría y Mediación Corporativa».

Documento 18: Documento relativo a las medidas sociales de acompañamiento propuestas por la Empresa para atenuar o reducir los efectos de los despidos.

Documento 19: Plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por los despidos a que se refiere este Procedimiento de Despido Colectivo, elaborado por la consultora externa "Uniconsulting».

SEXTO . - El período de consultas se desarrolló del modo siguiente:

Reunión de fecha 30 abril:

- Se acuerda la apertura del periodo de consultas.

- Las Secciones Sindicales solicitan información, a saber: 1. cantidad ahorrada con el despido colectivo, 2. Presupuesto para llevar a cabo el despido colectivo, 3. Estudio de amortización de puestos, 4. Informe de viabilidad y plan de industrialización comercial, 5. Resultados del Grupo Capgemini, 6. Contrataciones realizadas desde enero 2012, 7. Subcontrataciones y asesoramiento externo desde enero 2012, 8. Personas que han causado baja en la Empresa desde enero 2012, 9. Resultados de las auditorías externas e internas realizadas recientemente, 10. Contratos vigentes con los clientes, 11. Contratos que se pueden realizar a corto medio plazo, 12. Contratos que se han perdido en 2012 con indicación de la causa.

- La empresa ya ha entregado parte de la información solicitada, según se desprende del acta.

- Las secciones sindicales expresamente piden la retirada del ERE.

- La Empresa aclara que no va a retirar el ERE, pero si va a negociar cualquier medida social de acompañamiento.

- Las Secciones Sindicales formulan preguntas sobre la Memoria a lo que la Empresa da respuesta.

- Las Secciones sindicales solicitan salas en los centros de trabajo para celebrar Asamblea de Trabajadores a lo que la Empresa accede.

Reunión 8 de mayo

- A preguntas de la Empresa sobre el análisis de la documentación facilitadas, la representación de los trabajadores indica que aun no ha tenido tiempo de analizarla. Se menciona expresamente la información relativa a las ofertas que están en cartera, así como las contrataciones realizadas, confirmando la empresa que se analizarán en detalle (centro, perfil etc.) con las Secciones Sindicales para confirmar que dichas contrataciones no se corresponden con perfiles existentes en la compañía ni con perfiles de los trabajadores afectados por el despido colectivo. - También indica que se ha pedido justificación a cada unidad para cada contratación. - La empresa puso a disposición de las Secciones Sindicales en el local donde se custodian todos los contratos mercantiles en vigor, sin que las Secciones Sindicales acudieran a examinarlos.

- Se debate sobre el perfil de las nuevas contrataciones, acordándose con las Secciones Sindicales analizarlo en detalle conjuntamente para comprobar que no coinciden con perfiles de la Compañía, ni con perfiles de los trabajadores afectados por el ERE.

Reunión 9 de mayo:

Reunidos en el SIMA, el acto finalizó sin acuerdo, redactándose la correspondiente Acta de Desacuerdo, redactando el Órgano de mediación la siguiente propuesta de solución del conflicto: "Que las partes continúen la negociación del ERE iniciado, fijando en la próxima reunión establecida al efecto criterios de afectación, número de trabajadores afectados, extinciones voluntarias y posibles medidas alternativas. Todo ello con objeto de avanzar en las negociaciones".

El mismo día 9 y tras la reunión mantenida en el SIMA, la empresa solicita a las secciones sindicales tener otra breve reunión, manifestando su voluntad de negociar los criterios de afectación, lista de trabajadores afectados, mejoras de la indemnización legal, posibilidad de salida voluntaria por parte de los trabajadores afectados, etc. Las secciones sindicales por su parte ratifican su espíritu negociador y afirman que están analizando los informes y documentación entregada; y que necesitan más tiempo para tener unas conclusiones claras.

Reunión 13 de mayo:

- La Empresa ofrece negociar sobre los distintos colectivos afectados por el despido que requieran una especial atención (empleados en situación de guarda legal, mayores de 55 años, minusválidos, etc.) así como un plan de bajas voluntarias incentivadas.

- CSIF, reitera su postura de que se retire el expediente de regulación de empleo por entender que adolece de diversas causas de nulidad (sin entrar a especificar ni mencionar cuáles). Manifiesta además que sólo apoyará el despido colectivo basado en bajas voluntarias indemnizadas. Esta postura es secundada por CCOO.

- Las secciones sindicales indican que siguen estudiando la documentación e información aportada por la Empresa.

- UGT insiste en la retirada del ERE, pero están dispuestos a hablar de prejubilaciones, plan de funcionamiento de la compañía, organigrama, planes de futuro, etc.

- La Empresa al objeto de desbloquear la negociación, ofrece una indemnización de 25 días por años de servicios, con un tope de 12 mensualidades. Y además proponer reducir la lista de afectados en 20 trabajadores.

Reunión 14 de mayo:

- La Empresa explica todas las contrataciones realizadas en el 2013, haciendo una exposición comparando el número de trabajadores por grado en el mes de abril de los años 2011, 2012, y 2013. Además expone el porcentaje de afectados en los colectivos especialmente sensibles, tal y como se comprometió en la reunión de 8 de mayo.

- CCOO hace una primera valoración sobre la documentación aportada. Y por su parte, CSIF no comparte la exposición efectuada por la Empresa, en especial en lo que se refiere a las contrataciones.

- Las Secciones Sindicales manifiestan que solo apoyarán un despido colectivo que sea íntegramente de carácter voluntario, y la Empresa estaría dispuesta a aceptar esta voluntariedad, pero sólo parcialmente como parte del proceso para reducir las salidas forzosas.

Reunión 21 de mayo:

- La Compañía ofrece 1) Reducir en 80 el número de personas afectadas (es decir, de 369 a 289), lo que supone un 22% de reducción. 2) Reducir las salidas forzosas con voluntarias. 3) Ampliar la indemnización a 30 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

- Los Sindicatos piden un esfuerzo indemnizatorio a la Empresa, y como consecuencia ésta eleva la indemnización a 33 días de salario con El tope de 15 mensualidades.

- CSIF solicita información sobre los contratos mercantiles realizados para analizar las prórrogas, renovaciones y nuevos contratos con clientes que hayan permitido la reasignación de trabajadores. UGT solicita el detalle, respecto a la reubicación de los trabajadores excluidos de la lista de despido, con indicación de su nueva asignación y proyecto.

- Las Secciones Sindicales ante la oferta empresarial, manifiestan que quieren evitar salidas forzosas, sustituyéndolas en todo caso a través de un plan de jubilaciones voluntarias y/o un ERTE.

- Las Secciones Sindicales se interesan por la posibilidad de que la Empresa le facilite censos actualizados de trabajadores y logística para celebrar una asamblea y, facilitar la votación. La empresa accede.

Reunión 22 de mayo:

- La Empresa informa sobre la expectación en la plantilla en las bajas voluntarias incentivadas. Reitera su voluntad de llegar a un acuerdo.

- Se abre un debate sobre determinado cliente de la empresa (AVIVA) y la posibilidad de recolocar a los trabajadores, y sobre dos trabajadores concretos que según los sindicatos no cumplirían los requisitos de asignación.

Reunión 23 de mayo:

- La Empresa pregunta a CSIF por los motivos de nulidad que viene invocando, quien argumenta que los ERES llevados a cabo por la empresa desde el 2002, suponen según el abogado del Sindicato un abuso de derecho; adicionalmente alega otro motivo de nulidad que es que el periodo de consultas ha estado vacío de contenido.

- La Empresa insta a los sindicatos a someter a votación de los trabajadores la última propuesta hecha por la Empresa al ser un tema de máximo interés para ellos, los sindicatos entienden que no procede efectuar votación alguna. Y requieren que les se entregada la documentación que les falta.

Una vez concluido el período de consultas sin acuerdo, las Secciones Sindicales manifestaron a la empresa que consideraban necesario un tiempo para estudiar con detenimiento el contenido de las actas, solicitando, incluso, que la empresa prolongara su hospedaje esa noche, lo que fue aceptado por la demandada, emplazándose las partes para suscribir el acta al día siguiente. - La empresa abandonó el local de reunión y al poco rato las Secciones Sindicales enviaron a la responsable de personal varios mensajes, en

los que denunciaban que la empresa había abandonado la negociación, sin que hubiera concluido el período de consultas.

Obran en autos los comunicados, dirigidos a la plantilla por las secciones sindicales de modo conjunto o por separado, así como los cuatro comunicados remitidos por la dirección de la empresa, que se tienen por reproducidos.

SÉPTIMO . - El 5-06-2013 la empresa demandada notificó a la DGE la conclusión sin acuerdo del período de consultas, subrayando que se había reducido el número de trabajadores despedidos desde 370 a 231 trabajadores. - En la misma fecha lo notificó a las Secciones Sindicales demandantes.

OCTAVO . - La selección de los 231 trabajadores se ha realizado en función de su baja empleabilidad, entendiéndose como tal que la empresa no les puede proporcionar trabajo efectivo, que afectó a 108 trabajadores o de su paro inminente, entendiéndose por tal aquellos trabajadores cuyas actividades están en fase de terminación, sin que quepa emplearles en otros proyectos.

La determinación exacta de los trabajadores afectados se ha ejecutado mediante la utilización de una herramienta informática, denominada PON, que registra todo el tiempo de trabajo de cada trabajador, sea facturable o no. - Dicha herramienta tiene una utilidad, denominada ARVE, que permite identificar perfectamente los tiempos facturables por cada uno de los trabajadores de la empresa.

NOVENO . - El importe neto en miles de euros de la cifra de negocios de la empresa demandada en el período 2009 a 31-03- 2013 fue el siguiente:

218.616 (2009); 254.231 (2010); 259.082 (2011); 249.032 (2012) y 59.203 (primer trimestre 2013)

El resultado de explotación en el mismo período fue el siguiente:

13.518 (2009); 19.940 (2010); 12.775(2011); 15.402 (2012) y - 4368 (primer trimestre 2013)

Los resultados en el mismo período fueron los siguientes

- 14.006 (2009); - 18.853 (2010); - 13.534 (2011); - 18.870 (2012) y - 4295 (primer trimestre 2013).

Los gastos de personal en el período reiterado fueron los siguientes:

37.850 (2009); 157.604 (2010); 153.873 (2011); 153414 (2012) y 49.545 (primer trimestre 2013).

Las ventas de la empresa en los cuatro trimestres de 2012 en relación con las del 2011 para el mismo período y en el primer trimestre de 2013 fueron las siguientes:

65.708; 67.640; 60.565 y 65.149 (2011) y 65.817; 64.724; 56.027 y 62.464 (2012). - Las ventas para el primer trimestre de 2013 ascendieron a 59.505.

DÉCIMO. - En 2011 la deuda de la compañía ascendía a 109.241 miles de euros, de los que 55.067 correspondían a préstamos de las empresas del grupo. - En 2012 su deuda a corto plazo con el grupo asciende a 18.596 miles de euros. - Aunque el gasto de personal ha disminuido un 5, 1% representa un 77, 9% de los gastos generales del negocio.

UNDÉCIMO . - La empresa demandada ha reducido un 10% su actividad en el primer trimestre de 2010, a la que debe adicionarse un - 4, 3% en el segundo trimestre de 2012; un - 7, 5 en el tercer trimestre del mismo año y un - 3, 9% en el último trimestre.

DUODÉCIMO . - En el período 1-01-2012 a 3-05-2013 se produjeron 586 altas en la demandada y 816 bajas, entre las que estaban los 227 afectados por el despido colectivo precedente. - En el período 1-01-2013 a 30-04-2013 hubo 110 altas y 229 bajas. - En el período 26-04 a 4-10-2013 hubo 172 altas y 364 bajas entre las que se incluyen los 203 despedidos hasta el día de la fecha con causa al despido colectivo impugnado. - La empresa entrega información mensual a sus trabajadores sobre las altas y bajas producidas en la misma.

DÉCIMO TERCERO . - La empresa demandada presupuesta en la misma partida los bonus y las retribuciones variables de los comerciales. - Se presupuestan ordinariamente en las cuantías, que permitan retribuir los objetivos máximos, aunque se modulan necesariamente en función de los objetivos alcanzados realmente. - En los últimos años esa partida equivale al 60% de los ejercicios anteriores a la crisis económica.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 124. 1 a 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a. - Los hechos primero, cuarto, quinto y séptimo no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .

b. - El segundo de la memoria, presentada por la empresa y del informe de la Inspección de Trabajo, que obran como documento 1.10 de la demandada (descripción 28 de autos) que fue reconocida de contrario y del documento 21 del expediente administrativo.

c. - El tercero del listado de trabajadores de la empresa, que obra como documento 1.4 de la demandada (descripción 22 de autos) que fue reconocido de contrario.

d. - El sexto de las actas del período de consultas, que obran como documentos 1 a 9 de los demandantes (descripciones 86 a 94 de autos), que fueron reconocidas de contrario. - Se afirma que la empresa puso a disposición de los demandantes todos los contratos mercantiles en el domicilio de la empresa, porque así se deduce expresamente del acta de 8-05-2013, así como por la declaración testifical de doña Candida, cuyo testimonio tiene crédito para la Sala, aunque se trate de la jefa de personal de la empresa, puesto que estuvo presente en todas las reuniones del período de consultas, así como por los propios actos de los demandantes, quienes no probaron de ningún modo que la oferta empresarial no se cumpliera, como demuestra que no haya protesta alguna al respecto en las actas posteriores. - Se tiene por probada la versión empresarial del fin del período de consultas, porque la versión de los demandantes es sencillamente increíble, puesto que si ellos mismos admiten (hecho tercero de su demanda) que el 23-05-2013 se dio por finalizado el período de consultas SIN ACUERDO, se hace evidente que el supuesto abandono de la negociación de la empresa era imposible, porque el período de consultas había concluido sin acuerdo. - Los comunicados mencionados obran como documentos 4 y 5 de CAPGEMINI (descripciones 325 y 326 de autos), que fueron reconocidos de contrario.

e. - El octavo de la declaración testifical de don Cipriano, así como del informe técnico que obra como documento 1.17 de la demandada (descripción 37 de autos), que fue reconocido de contrario y ratificado por su autor en el acto del juicio. - Se ha deducido, así mismo, de los documentos 6 a 8 y 10 a 27 de la demandada (descripciones 327 a 329 y 331 a 350 de autos) que fueron reconocidos de contrario y acreditan las proyecciones presentadas a los actores durante el período de consultas, junto con la documentación solicitada por estos, así como los certificados del ARVE y los proyectos en los que estaban asignados los trabajadores despedidos, junto con el descenso de facturación y pérdida de múltiples clientes de la empresa demandada.

f. - Los hechos noveno, décimo y undécimo de las cuentas auditadas de los ejercicios 2010 y 2011 y de las cuentas de 2012 y primer trimestre de 2013, que obran como documentos 1.11 a 1.13 de la demandada (descripciones 29 a 31 de autos), que fueron reconocidos de contrario, al igual que del informe técnico ya mencionado.

g. - El duodécimo del documento 9 de la demandada (descripción 330 de autos), que fue reconocido de contrario, así como de la declaración de la señora Candida .

TERCERO .- Los demandantes denuncian, en primer lugar, que el despido colectivo impugnado es el colofón de un proceso continuado de extinciones colectivas, en las que la empresa aseguró que concurría equilibrio entre la demanda y su plantilla, por lo que reincidir en la misma política constituye fraude de ley y abuso de derecho.

El art. 6.4 CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

Dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia, por todas STS 12-052009, EDJ 2009/128291, donde se señaló lo siguiente:

"1.-Como recuerda y analiza detalladamente la STS/IV 14-mayo-2008 (recurso 884/2007) EDJ2008/73358, -recaída en un supuesto análogo al ahora enjuiciado-, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, las SSTS/Social 16febrero- 1993 -recurso 2655/1991, 18-julio-1994 -recurso 137/1994 EDJ1994/6078, 21-junio-2004

-recurso 3143/2003 EDJ1994/6078 y 14-marzo-2005 -recurso 6/2004 EDJ2005/37544), pues su existencia - como la del abuso de derecho sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS/IV 25-mayo2000 -recurso 2947/1999 EDJ2000/13865).

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

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

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

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

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

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

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

O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC EDL1889/1 es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial (así, con cita de diversos

precedentes, las SSTs/IV 16-enero-1996 - recurso 693/1995 EDJ1996/13183 en contratación temporal ; y 31-mayo-2007 -recurso 401/2006 EDJ2007/68267 en contrato de aprendizaje)".

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

Debemos despejar, a continuación, si el despido impugnado constituyó fraude de ley, porque la empresa había producido otras medidas extintivas colectivas con anterioridad (hecho probado cuarto), a lo que anticipamos desde ahora una respuesta rotundamente negativa, por cuanto se ha acreditado cumplidamente, por tratarse de un hecho pacífico, que todas esas extinciones se produjeron de común acuerdo con los demandantes, quienes ni han probado, ni intentado probar, que dichos acuerdos se suscribieran en fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho, como no podría ser de otro modo, puesto que los suscribieron y no los impugnaron jamás.

Es cierto y no escapa a la Sala, que la suscripción de acuerdos en períodos de consultas de despidos colectivos se apoya en la convicción de sus negociadores de que la medida alcanzará sus fines y permitirá que la empresa recupere su competitividad en el mercado. - Lamentablemente dicha convicción no se confirma en múltiples ocasiones, porque el acuerdo refleja inevitablemente un estado de cosas concreto - el existente en la empresa en el momento de su suscripción - que puede alterarse si la situación empeora, en cuyo caso, siempre que se acredite la concurrencia de nuevas causas, será perfectamente legítimo que se instrumenten nuevas medidas modificativas y/o extintivas, aunque hayan sido precedidas por medidas del mismo tipo, por cuanto la concurrencia de nuevas causas acreditará por sí misma que las medidas tomadas no alcanzaron sus objetivos, como hemos resaltado en múltiples sentencias, por todas SAN 25-01-13, proced. 305/2012 y 19-03-2013, proced. 2/2013 .

Por consiguiente, no habiéndose probado por los actores, quienes cargaban con la prueba, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC , que el despido se produjera en fraude de ley, no habiéndose probado, ni intentado probar, que constituyera abuso de derecho, debemos descartar su nulidad por dicha causa.

CUARTO . - El despido colectivo no puede decidirse unilateralmente por el empresario, quien está obligado, cuando tenga la intención de efectuar un despido colectivo, a consultar previamente, en tiempo hábil, con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art. 2.1 Dir. 98/59/CEE).

El período de consultas se constituye, de este modo, en una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (art. 2.2 Directiva). - Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07-2009 , TJCE 2009\237).

Se trata, por tanto, de 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). - Así lo ha defendido la jurisprudencia en STS 27-05- 2013, rec. 78/2012 , donde considera documentación pertinente, cuya no aportación comportará la nulidad del despido, la que sea precisa para que los representantes de los trabajadores dispongan de las herramientas necesarias para desarrollar una negociación debidamente informada. - 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).

Ahora bien, el requisito constitutivo, para que se active la nulidad del despido, prevista en el art. 124.11 LRJS , es que no se haya aportado la documentación exigida legal o reglamentariamente, lo que podría llevar a concluir que esa es la única documentación pertinente. - El Tribunal Supremo en la sentencia citada más arriba, ha subrayado que la documentación, prevista en la norma reglamentaria, no tiene valor "ad solemnitatem", de manera que, la falta de aportación de algún documento exigido por el reglamento, no provocará necesariamente la nulidad del despido, provocándola únicamente la no aportación de documentos, que impidan que la negociación alcance sus fines. - La Sala comparte, como no podría ser de otro modo, el criterio del Alto Tribunal y defiende, por consiguiente, que deberán aportarse todos los documentos que permitan que el período de consultas alcance sus fines, lo cual supone que, si se cuestionan las cuentas de la empresa requeridas por el art. 4 RD 1483/2012 , podrán reclamarse otros documentos, que permitan acreditar la falta de verosimilitud de las cuentas, pero dicho objetivo no se alcanza mediante una solicitud de documentación abrumadora e indiscriminada, sino que es preciso alegar en el período de consultas, por qué se solicitan otros documentos no contemplados por la ley o el reglamento, lo que obligará a la empresa, caso de considerar infundada la solicitud, a explicar las razones en las que se apoya.

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, lo que comporta, como subraya la STS 27-05-2013, rec. 78/2012 , que ambas partes estén dispuestas a dejarse convencer lealmente por la contraria. - 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), pero si cuando forma parte del mismo grupo de empresas, quien no estaba obligado a consolidar, pero sí debió aportarse la información de todas las empresas, porque concurrían las exigencias del art. 4 ET (SAN 4-06-2013, proced. 1/2013); 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).

Los demandantes defienden que el período de consultas incumplió los estándares legales, porque la empresa no aportó la masiva documentación requerida en la primera reunión, aunque centraron finalmente su queja en la no aportación de los contratos mercantiles con sus clientes. - Sostuvieron, que dicha omisión informativa, así como la posición inamovible de la empresa durante la negociación acredita sobradamente que no se cumplieron los fines del período de consultas, exigidos por el art. 51.2 ET , por lo que solicitaron la nulidad del despido.

La Sala no comparte ninguno de los reproches de los demandantes, porque se ha demostrado sobradamente, a nuestro juicio, que la empresa aportó toda la documentación, exigida legal y reglamentariamente, así como la extensísima documentación, requerida por los demandantes en la primera sesión del período de consultas, en cuya acta se constata la pobreza argumental de las razones por las que se solicitaba tan excesiva información, pese a lo cual se les aportó la documentación solicitada y se

les permitió desde la reunión de 8-05-2013, que examinaran todos los contratos, suscritos por la empresa, lo que no hicieron jamás, demostrando con sus propios actos la escasa trascendencia de esa exigencia. - Dicha conducta se repitió en el acto del juicio donde, pese a disponer de todos los contratos en archivo aparte, no hicieron mención alguna a los mismos ni en la fase de alegaciones, ni en la prueba, ni tampoco en conclusiones. - Negamos, por tanto, que no dispusieran de la documentación pertinente para que el período de consultas alcanzase sus fines.

Negamos, del mismo modo, que el período de consultas no alcanzó sus fines por la cerrazón empresarial, por cuanto la simple lectura de las actas revela que la única parte, que movió sus posiciones, fue la empresa, quien se mostró conforme en distinguir entre colectivos, especialmente los trabajadores de mayor edad, ofreció mayores indemnizaciones desde la reunión de 13-05, donde propuso también reducir el número de despedidos. - Por el contrario, los demandantes mantuvieron siempre una posición inamovible, consistente en negar cualquier salida involuntaria, sin atender las razones de la empresa, quien admitió dicha fórmula, siempre que los acogidos voluntariamente tuvieran los perfiles precisos y se alcanzara el número necesario para solucionar sus dificultades económicas y organizativas, salvo en la reunión de 21-05-2013, donde ofertaron jubilaciones anticipadas voluntarias y un ERTE voluntario, que recibió cumplida respuesta de la empresa, quien consideró que sus problemas eran estructurales y no coyunturales, por lo que no cabían soluciones suspensivas. - Por lo demás, se ha probado que la empresa se mantuvo siempre abierta a salidas voluntarias en los términos expuestos, incrementó las indemnizaciones de manera sustancial y redujo de manera notable el número de despedidos, que se pasaron de 370 a 231 finalmente, lo que acredita, a nuestro juicio, que la empresa negoció de buena fe y si el período de consultas no alcanzó sus fines se debió esencialmente al maximalismo de los demandantes. - Se ha acreditado, por lo demás, que la empresa fue reduciendo el número de despedidos, porque se producía la posibilidad de reasignar a esos trabajadores, lo que constituye una nota distintiva del sector, en la que existe una fortísima competitividad empresarial, que facilita la movilidad contractual, habiéndose anticipado por la empresa, que se despediría únicamente a los trabajadores desasignados o en trance de desasignación.

Se ha probado, por otra parte, que la empresa no abandonó la negociación, puesto que el período de consultas estaba ya cerrado, de manera que el montaje posterior de los actores para intentar acreditar el citado abandono, constituye una escenificación poco edificante, a juicio de la Sala.

Se ha demostrado finalmente que la empresa no presionó jamás a los trabajadores con sus comunicados, limitándose a informar puntualmente sobre el desarrollo de las negociaciones y advertir de las consecuencias de la falta de acuerdo, lo cual no quiebra, a nuestro juicio, las reglas de la buena fe, ni constituye coacción de ningún tipo.

Descartamos, por consiguiente, que se haya incumplido el procedimiento, exigido por el art. 51.2 ET, por lo que desestimamos la nulidad del despido por dicha causa.

QUINTO . - El art. 51 ET 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 o ventas, precisándose, en todo caso, que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente.

Concurrirán causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. - La nueva regulación ya no pivota, como antes, sobre la "crisis de la empresa", sino que apuesta, sobre todo, por la mejora de su competitividad y productividad, así como por su mejor adaptabilidad a los requerimientos de la demanda, como se ha defendido recientemente por la mejor doctrina (Martín Valverde).

Aunque la norma no menciona la intensidad de la causa, se ha defendido con razón, que esta no puede tener la misma entidad para los descuelgues que para los despidos, puesto que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art.

38 de la Constitución , se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional, como ha defendido la jurisprudencia, por todas STS 17-05-2005, rec. 2363/2004 .

En cualquier caso, el empresario deberá informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin, por todas STS 30-06-2011, rec. 173/2010 y 27-05-2013, rec. 78/2012 , lo que no sería posible si el empleador se limita a demostrar la concurrencia de causas, por todas SAN 28-05-2012, proce. 81/2012 . Así lo dispone el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que exige dos requisitos: concurrencia de causa justificada y que esté relacionada, entre otras, con el funcionamiento de la empresa.

Así, en los arts. 22.3 y 24.3 RD 1362/2012, de 27 de diciembre , por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se distinguen las funciones que debe acometer la Comisión, cuando resuelva en pleno, o el arbitro, en los supuestos de inaplicación de convenios

"22.3: Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo" .

"24.4: Cuando aprecie la concurrencia de las causas, el árbitro deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. El laudo podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, el árbitro se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo" .

Ambos preceptos constituyen una pauta de interpretación útil para el control de las causas en los despidos colectivos, por cuanto sería ininteligible que en los procesos de inaplicación de convenios se exija acreditar la causa y su adecuación con la medida tomada, lo que comportará precisar su intensidad y su relación con el funcionamiento de la empresa y que en los despidos colectivos baste con la simple acreditación de las causas para que el empresario disponga la medida que considere oportuna.

El control de la adecuación de la medida a las causas acreditadas, así como los efectos sobre los trabajadores, introducido por el RD 1362/2012, ha sido considerado "ultra vires" por algún sector de la doctrina científica, aunque no así desde otros sectores quienes, refiriéndose a los despidos colectivos, defienden que los despidos se justifican en la medida que hacen frente a una necesidad de amortizar puestos de trabajo, habiéndose seguido dicho criterio por la doctrina judicial, por todas SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 - Otros sectores de la doctrina judicial, por todas STSJ Madrid 11-06-2012, rec. 22/2012 y TSJ Cantabria 26- 09-2012, rec. 2/2012 , han defendido la desaparición de la conexión de funcionalidad, porque ya no se contienen las regulaciones previas en el art. 51 ET . - Lo que sucede es que la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causas económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, pero si acreditar que el contrato ha perdido su eficiencia económica para la empresa, o lo que es igual, que ha perdido su objeto y su causa, por todas SAN 18-12-2012, proced. 257/2012 . - La pérdida de la eficacia económica del contrato, debida a la concurrencia de causas objetivas, es compartida también por otros sectores de la doctrina, como Aurelio Desdentado y Martín Valverde. - La adecuación de la medida a las causas, así como a su intensidad, ha sido aplicada por la CCNCC y confirmada por la doctrina judicial, por todas SAN 28-01-2013, proced.316/2012 .

Así pues, de concurrir las causas, deberá probarse que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas, entendiéndose por **adecuación** la acomodación al fin propuesto, consistente en promocionar la adaptabilidad de las empresas, que no se produciría si los contratos han perdido toda su utilidad económica. - Si no fuera así, si el empresario solo tuviera que acreditar la concurrencia de causas, sin necesidad de demostrar la adecuación entre la medida y la intensidad de la causa, la exigencia, contenida en el

art. 51.2 ET que identifique el número y clasificación profesional de los trabajadores de la empresa, así como de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor, exigiéndose, a continuación que, si afecta a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma, exigiéndose seguidamente que identifique los criterios de selección, sería absolutamente inútil, puesto que si solo tiene que acreditar la concurrencia de causa, las informaciones cuantitativas y cualitativas citadas serían irrelevantes, al igual que las finalidades del período de consultas, por cuanto la simple acreditación de la causa bastaría para que el empresario tome libremente la medida que estime oportuna.

Así pues, identificadas las cargas probatorias exigidas al empresario, debemos comprobar, a continuación, si CAPGEMINI probó la concurrencia de causas económicas y organizativas y de ser así, si la medida tomada es adecuada o no, entendiéndose que será adecuada, si se demuestra que los contratos extinguidos perdieron cualquier utilidad económica para el empresario.

Se ha probado de modo contundente, a tal punto que los demandantes no discutieron, siquiera, la certeza de las cuentas anuales de la empresa demandada, que desde el 1-01-2009 a 31-03-2013 CAPGEMINI perdió 69.558.000 euros, habiéndose probado, así mismo, que en desde el 1-04-2013 al 31-03-2013 redujo sus ventas en un 25, 9%, siendo especialmente grave en el primer trimestre del presente año, donde redujo sus ventas un 9, 9% respecto al primer trimestre de 2012, lo que se cohonesto con su cifra de negocios que se ha venido reduciendo sustancialmente desde el ejercicio 2010, al igual que sus resultados de explotación, que fueron negativos en 4.368.000 euros en el primer trimestre de 2013. - Concorre, por tanto, una situación económica excepcionalmente negativa en la empresa demandada, que se sujeta esencialmente por el masivo apoyo financiero del grupo al que pertenece, con quien tiene una deuda multimillonaria de 55.067.000 euros en 2012 y de 18.506.000 euros en deuda a corto plazo.

Se ha probado, por otra parte, que la empresa ha reducido sustancialmente su actividad, por cuanto así lo revela el descenso continuado de su cifra de negocios y sus resultados de explotación, causados por una reducción geométrica de su volumen de ventas que ha sido muy inferior a 2011, donde ya tuvo pérdidas de 13.534.000 euros, a todo el ejercicio 2012 y especialmente en el primer trimestre de 2013, donde se redujeron en 6.312.000 euros con respecto al primer trimestre de 2012. - Se ha acreditado, por otra parte, que la empresa tiene un porcentaje de gastos de personal del 77, 9% de los gastos totales de la empresa, lo cual demuestra, a nuestro juicio, la concurrencia de un exceso de plantilla, que no se ha equilibrado lamentablemente, a pesar de los despidos colectivos producidos con anterioridad, por lo que estimamos también que la empresa ha acreditado la causa organizativa, por cuanto se trata de una empresa sobredimensionada. - Por otra parte, no nos parece relevante que la empresa presupueste bonus y retribuciones variables de los comerciales a niveles óptimos, por cuanto la existencia de crisis en la empresa no comporta que algunos trabajadores alcancen sus objetivos, habiéndose acreditado, en todo caso, que el presupuesto de estos conceptos en los últimos años se mueve en el 60% de los anteriores a la crisis.

Acreditada la concurrencia de causas, debemos despejar, a continuación, si la extinción de 231 contratos de trabajo, de los que solo se han ejecutado 203 hasta el día de la fecha, es adecuada al fin propuesto, a lo que anticipamos una respuesta positiva, por cuanto se ha demostrado cumplidamente, a nuestro juicio, que 108 trabajadores tienen un bajo nivel de empleabilidad, como demuestra su porcentaje de facturación y 123 estaban en situación de desempleo inminente, debido a la reducción de actividad de la empresa, acreditada con su geométrica bajada de ventas, que es especialmente gravosa en el primer trimestre de 2010, donde se produjo una reducción del 9, 9% de las ventas, así como una fuerte caída de la actividad de la empresa, precedida por el desplome, producido a partir del segundo trimestre de 2013, inmediatamente después del despido colectivo de 2012 (hecho probado catorce). - Por consiguiente, la medida empresarial se adecua razonablemente a su situación económica y organizativa, en tanto en cuanto el número de trabajadores, cuyos contratos se extinguen, se aproxima al 5% del personal de la empresa, cuando la caída de ventas del primer trimestre del año ascendió al 9, 9% y al 25, 9% desde el segundo trimestre de 2012, cuando ya se había ejecutado el despido del año anterior, de manera que el porcentaje de trabajadores despedidos es muy inferior al porcentaje de reducción de actividad y ventas de CAPGEMINI, lo cual nos permite concluir que los contratos de trabajo extinguidos han perdido su utilidad económica.

Los demandantes discutieron la objetividad de los criterios de selección, cuya ejecución se ha precisado mediante la utilización de una herramienta informática objetiva, denominada PON, que permite distinguir entre tiempos facturables y no facturables de todos los trabajadores a través de su aplicación ARVE. - Por consiguiente, acreditado que la empresa ha despedido a los trabajadores desasignados, porque su volumen

de empleabilidad era ínfimo o por la inminencia de sus desasignaciones por falta de empleo, consideramos que se trata de una selección objetiva, que se adecua razonablemente al fin propuesto.

Dicha conclusión no puede enervarse, porque se hayan producido nuevas contrataciones, por cuanto la diferencia entre altas y bajas es siempre favorable a las bajas, acreditándose, de este modo, que no se está produciendo una sustitución de trabajadores con mayor antigüedad con trabajadores de nueva contratación. - Debe tenerse presente, a estos efectos, que el mercado de la consultoría, asistencia y servicios técnicos, al que se dedica la empresa, ha sufrido fuertemente los avatares de la crisis, tratándose de un mercado extremadamente competitivo, donde la obtención y pérdida de contratos es permanente y la exigencia de respuestas técnicas adecuadas en el tiempo más limitado posible constituye un factor distintivo, que redundando en la competitividad de las empresas, lo cual justifica sobradamente una fuerte movilidad de personal, así como la utilización estratégica de fórmulas de subcontratación, sin que se haya probado, por los demandantes, quienes cargaban con la prueba, que las nuevas contrataciones o subcontrataciones realizadas por la empresa carecieran de causa.

Desestimamos, por tanto, la demanda y declaramos justificado el despido colectivo, por cuanto se ha seguido el procedimiento previsto en el art. 51.2 de modo ejemplar, a nuestro juicio y se han acreditado las causas económicas y organizativas alegadas, así como su adecuación con la medida. - Todo ello, sin perjuicio, de que algunos trabajadores pudieran haber sido seleccionados indebidamente, como alegaron, aunque no demostraron los demandantes en su demanda, ya que dicha medida deberá demostrarse en los correspondientes procedimientos individuales.

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

FALLAMOS

Desestimamos la impugnación del despido colectivo, promovida por CSI-F; CCOO y UGT y absolvemos a la empresa CAPGEMINI ESPAÑA, SL de los pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su 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 000284 13.

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.

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