

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Núm. de Procedimiento: 0000251/2014
Tipo de Procedimiento: DEMANDA
Indice de Sentencia:
Contenido Sentencia:
Demandante: -SINDICATO DE TRABAJADORES DE TELECOMUNICACIONES (STC)
-UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO)
-CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO Y CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA
Codemandante:
Demandado: -ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U.
-UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES (UGT)
-CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CCOO)
-FASGA
-MINISTERIO FISCAL
Ponente Ilmo. Sr.: D. RICARDO BODAS MARTÍN

SENTENCIA Nº: 0180/2014

Ilmo. Sr. Presidente:
D. RICARDO BODAS MARTÍN

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ
D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA

Madrid, a once de noviembre de dos mil catorce.

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 251/154 y 254/14, 255/14, 257/14 (acumulados) seguido por demandas de SINDICATO DE TRABAJADORES DE TELECOMUNICACIONES (STC) (letrado D. Pedro Duque Morrandeira), UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) (letrada D^a María Eugenia Moreno Díaz), CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (letrado D. Jacinto Morano) y CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (letrada D^a Rosario Martín Narrillos) contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U. (letrado D. Vicente Calle Martínez), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) (LETRADO D. Roberto Manzano del Pino), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CCOO) (letrado D. Ángel Martín Aguado), FASGA (letrado D. Justo Caballero Ramos) y el MINISTERIO FISCAL en su legal representación sobre impugnación despido colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 28-08, 29-08, 01-09 y 04-09-2014 se presentaron demandas por SINDICATO DE TRABAJADORES DE TELECOMUNICACIONES (STC), UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO y CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U., UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES (UGT), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CCOO), FASGA 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 06-11-2014 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 CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de impugnación de despido colectivo, mediante la cual pretende declaremos su nulidad y subsidiariamente su injustificación.

Destacó, a estos efectos, que ninguna de las secciones sindicales admitió, durante el período de consultas, la concurrencia de causas, deduciéndose dicha conclusión de los propios actos de la empresa, quien ha indemnizado por la máxima cuantía del despido improcedente.

Fundó su pretensión en la ausencia de criterios selectivos objetivos, denunciados en el período de consulta y mantenidos esencialmente en la decisión final, habiéndose entendido, incluso, por la Inspección de Trabajo que alguno de ellos es discriminatorio.

Denunció, en segundo lugar, que la empresa no aportó documentación pertinente, aunque disponía de ella, como las cuentas provisionales de los primeros meses de

2013 o el informe de experto externo referido al deterioro del fondo de comercio, lo que impidió que el período de consultas alcanzase sus fines.

Negó, como se anticipó más arriba, la concurrencia de causas económicas, organizativas y de producción.

Denunció finalmente, que no hubo propiamente acuerdo, sino una propuesta vinculante, remitida a los trabajadores afectados, cuyo censo no se supo nunca por CGT, quien denunció, en todo momento, la concurrencia de un procedimiento de votación absolutamente oscurantista en el que se impidió la participación de los sindicatos no firmantes, cuya libertad sindical se vulneró por los demandados.

El SINDICATO DE TRABAJADORES DE TELECOMUNICACIONES (STC desde ahora) ratificó su demanda y denunció, al igual que CGT, que los criterios de selección no eran objetivos. - Denunció, del mismo modo, que los criterios de absentismo, que eran los determinantes para afectar a los trabajadores en el despido, no eran objetivos sino discriminatorios.

Abundó en la no aportación de documentación relevante, como los contratos de clientes y los criterios tenidos en cuenta para concluir que la empresa tendrá pérdidas previsibles.

Mantuvo, por otro lado, que el referéndum fue una farsa, orquestada por empresa y los sindicatos firmantes, quienes delegaron la decisión en los trabajadores, mediante una votación no transparente, en la que ni se contó con un censo de electores, ni hubo mesas imparciales de recuento.

Negó finalmente la concurrencia de causas productivas y económicas y denunció las pérdidas del ejercicio 2013, fundadas en un artificio contable, por el que se contabilizó el deterioro del fondo de comercio durante un período dilatado hacia el futuro.

La UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO desde aquí) ratificó su demanda de despido colectivo, se adhirió a las de los restantes demandantes y puso en valor que la decisión se tomó por los trabajadores y no por los sujetos legitimados por el art. 51.2 ET.

La CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG desde ahora) ratificó su demanda, se adhirió a las de los demás demandantes y denunció la composición de la comisión negociadora, de la que fue excluida indebidamente, puesto que ostenta la condición de sindicato más representativo de comunidad autónoma y acredita 3 de los 17 miembros del comité de empresa del centro de Coruña.

ATENTO TELESERVICIOS, SAU (ATENTO desde aquí) se opuso a la demanda, aunque admitió los hechos de las demandas reflejados en el acta del juicio, que se tienen por reproducidos.

Promovió un despido colectivo, fundado en causas económicas, organizativas y de producción, por lo que se dirigió a las secciones sindicales y a los representantes de los trabajadores, que suman 221 en los centros de trabajo afectados, el 26-06-2014.

- Las secciones sindicales mayoritarias constituyeron una comisión, compuesta por 4 vocales de UGT; 3, CCOO; 2, CGT; 2, STC; 1, FASGA y 1 USO, que se reunió por primera vez el 3-07-2014. - ELA-STV y CIG intentaron participar en la comisión, oponiéndose los demás sindicatos.

La comisión se reunió además en ocho ocasiones, alcanzándose acuerdo el 31-07-2013 entre la empresa, UGT, CCOO y FASGA, quienes condicionaron el acuerdo a la aceptación mayoritaria de los trabajadores afectados.

Subrayó, que los criterios de selección se identificaron desde el primer día, discutiéndose sobre su pertinencia durante el período de consultas, alcanzándose finalmente consenso en los criterios de afectación con los sindicatos firmantes. -

Destacó, por otra parte, que se redujo el número de despedidos, quienes pasaron de 823 a 672, de los cuales un 40% se adscribió voluntariamente, se mejoró sustancialmente la indemnización y se introdujeron otras medidas de acompañamiento, que acreditan la existencia de una negociación real y efectiva.

Defendió la concurrencia de causas económicas, puesto que hubo pérdidas en 2013, se prevén pérdidas para 2014 y 2015 y se ha producido una reducción significativa de ingresos y ventas en los dos últimos trimestres de 2013 y el primer trimestre de 2014 respecto de los mismos trimestres del año anterior. – Defendió, a estos efectos, la contabilización del deterioro del fondo de comercio en el ejercicio 2013, que se validó por el informe de auditoría, sin realizar la más mínima salvedad.

Mantuvo también la concurrencia de causas productivas, causadas por el fuerte retroceso del mercado de las telecomunicaciones, sometido a una fuerte competencia, que ha provocado la repatriación de plataformas por los principales clientes, lo que ha supuesto una reducción de ingresos y un incremento de gastos, por cuanto se mantienen los mismos precios con un coste muy superior al abonado el exterior. – Sostuvo, además, que se han reducido geoméricamente los márgenes, lo que ha supuesto fuertes reducciones del EBITDA.

Defendió también la concurrencia de causas organizativas, por cuanto las ratios las marcan los clientes, especialmente la principal cliente, cuyos precios presionan a la baja, provocando, consiguientemente, una manifiesta sobrecapacidad productiva, que solo puede tener salida mediante las extinciones colectivas propuestas.

Mantuvo consiguientemente la proporcionalidad de la medida, puesto que el objetivo inicial comportaba una reducción del 9% de la plantilla para alcanzar los objetivos buscados, conviniéndose finalmente una reducción del 7,5% de la plantilla.

Negó, que no se hubiera entregado la documentación pertinente, que estaba a disposición de la empresa.

Mantuvo finalmente que el denominado “acuerdo vinculante” fue fruto de la negociación, conviniéndose por la empresa a propuesta de UGT, CCOO y FASGA, quienes condicionaron su conformidad definitiva a la aprobación mayoritaria por los trabajadores afectados. – Dichos sindicatos fueron quienes organizaron el referéndum, que concluyó con un acuerdo del 83%.

CCOO se opuso a las demandas, destacando que el acuerdo se suscribió por el 90% de los representantes de los trabajadores y fue ratificado por la inmensa mayoría de los afectados.

Destacó, que los demandantes no ofrecieron alternativas a los criterios de selección, negó que la documentación no permitiera que el período de consultas alcanzase sus fines, como demuestra la conclusión con acuerdo, que mejoró sustancialmente la propuesta empresarial inicial.

UGT se opuso a las demandas, hizo suyas las alegaciones de los demás demandados y excepcionó falta de legitimación activa de CIG, por cuanto acredita únicamente 3 representantes de los 221 de los centros de trabajo afectados.

FASGA se opuso a las demandas por las mismas razones que los demás codemandados.

CIG se opuso a la excepción propuesta, por cuanto acredita la condición de sindicato más representativo a nivel de comunidad autónoma y un 15% de representatividad en el centro de Coruña.

El MINISTERIO FISCAL mantuvo, en defensa de la legalidad, que debería examinarse de modo pormenorizado la ejecución del referéndum, por si la misma había provocado vulneración del derecho de libertad sindical de los demandantes, a quienes no se dejó participar en su debido control.

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:

-Las Secciones Sindicales mayoritarias decidieron conformar la Comisión Negociadora, fue admitida ELA con voz pero sin voto; quedó conformada por 4 delegados de UGT, 3 de CC.OO, 2 de CGT, 2 de STC, 1 de FASGA, 1 de USO.

-Hubo ocho reuniones, el 31.7.14 fue la última reunión y en ella la empresa aceptó propuesta de CC.OO., UGT y FASGA condicionada a la consulta de los afectados.

-Excluyeron del ERE a los representantes de los trabajadores, a trabajadores con reducción por guarda legal, a mayores de 50 años, a trabajadoras con riesgo embarazo, discapacitados, matrimonios y parejas de hecho en que los dos miembros se vieran afectados, violencia de género...

-Los criterios de selección son los remitidos en el periodo de consultas más la voluntariedad que ascendió al 40%, además se ofreció 45 días de indemnización.

-En referéndum votaron todos los trabajadores afectados con criterios de selección predeterminados.

Hubo 568 trabajadores que se adhirieron voluntariamente, algunos de ellos coincidían con los propuestos por la empresa.

-Votaron 445 votos a favor, es decir, 83% y 93 votos en contra.

-La comisión fue debidamente conformada.

-Hubo pérdidas en 2013 y pérdidas en las previsiones de 2014. Hubo reducción de ingresos desde el tercer trimestre de 2013 hasta 2014.

-La razón de las pérdidas fue la reducción de EBIT de 24,71 millones en 2012 que pasa a menos 14,96 millones en 2013. El EBITDA pasa de 34 millones en 2012 a menos 3,1 en 2013.

-Se ha producido una reducción del mercado de telecomunicaciones.

-Se han producido medidas para recortar costes, se ha producido una reordenación territorial y repatriación de Contact Center con los mismos precios.

-La imposición de repatriación ha provocado la reducción de márgenes que afecta a las plataformas deslocalizadas y localizadas en España.

-En cuanto a las causas organizativas la empresa se ha visto obligada a trabajar con ratios impuestos por la marca Telefónica.

-Atento ha intentado incrementar RCR, renegociar tarifas y otras diferentes medidas.

-El deterioro del valor del Fondo de Comercio que fue adquirido en 2011 valorado en 36 millones y a

31.12.13 el valor contable era 33 millones.

-El importe recuperable del Fondo era inferior al valor contable de 33.969.000 Euros.

El importe para

recuperar asciende 16.342.000 Euros que supone una pérdida de 17.626.000 Euros.

-El objetivo de la empresa era situarse en el ratio de costes en 2008, lo que obligaría a reducir la plantilla al 9% y sólo se ha reducido 7,5%.

-Los criterios de selección están relacionados con la productividad y eran conocidos por todos.

-Dentro de la productividad se habla del absentismo y además se ha tenido en cuenta datos

relacionados con la web de telefónica TMO, TLPO, LGR, Telefónica Áurea , Gestión Interna de horas internas.

- En la convocatoria de huelga se cuestionaba los problemas de medición del sistema.
- Respecto del absentismo hubo 4 criterios, se extrajeron del porcentaje total de absentismo por cada trabajador, el número de ocurrencias en IT por enfermedad común, enfermedad profesional, accidente de trabajo, el número de ocurrencias por ausencias justificadas remuneradas, el número de ocurrencias de ausencias justificadas no remuneradas, al final desaparecieron los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y ausencias remuneradas del artículo 28 y 29 del Convenio, exclusión de colectivos y voluntarios.
- Los datos al cierre el 31 de mayo del 13 en la memoria son 102,4 de ingresos en 2013, 99,2 millones en 2014, los gastos en 2013 fueron 100,7 millones y en 2014 97,9 millones.
- Respecto del referéndum, en la reunión del 7 del 14 CC.OO, UGT y FASGA manifestaron que por asambleas celebradas se pidió que se consultara a los trabajadores, se cierra un acuerdo condicionado a referéndum.
- En la votación del 6.8.14 había un delegado de CGT.
- La organización del referéndum la hizo los 3 sindicatos codemandados y de realizó con todas las garantías.
- Existía durante el periodo de consultas un informe de un perito externo referente al Fondo de Comercio.

Hechos pacíficos:

- La empresa notificó a los representantes unitarios y sindicales el 26.6.14 su intención de extinguir 823 contratos por causas económicas organizativas y productivas.
- La RLT en los centros afectados eran 221 trabajadores.
- El 3.7.14 se reúne por 1ª vez la Comisión, aparecieron delegados de CIG y ELA y no les permitieron participar.
- Se acordaron 672 extinciones de las cuales 403 serían forzosas.
- Respecto de documentación adicional entregaron contratos de telefónica no los del empleo.
- CGT solicitó a Inspectores de Trabajo si era viable el acuerdo condicionado a referéndum y se le dijo que si.
- De 31.7.14 a 6.8.14 hubo múltiples asambleas y consultas.
- CIG tiene 3 representantes en el Comité de la Coruña que tiene 17 en toda la empresa.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- CGT, STC y USO son sindicatos de ámbito estatal y acreditan implantación suficiente en la empresa ATENTO. – CIG acredita la condición de sindicato más representativo a nivel de comunidad autónoma, tiene constituida sección sindical en la empresa demandada y tres de los diecisiete miembros del comité de empresa del centro de trabajo de ATENTO en Coruña están afiliados a dicho sindicato.

SEGUNDO. – El 26-06-2014 atento se dirigió a las secciones sindicales de UGT, CCOO, STC, USO, FASGA, CIG y ELA-STV para notificarles su intención de promover un despido colectivo por causas económicas, organizativas y productivas que afectaría a 826 trabajadores de sus centros de trabajo ubicados en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Madrid, País Vasco y Comunidad Valenciana. – En la misma fecha se dirigió a los 221 representantes unitarios de los centros de trabajo afectados por el despido, a quienes remitió la misma comunicación.

TERCERO. – El 3-07-2014 se constituyó la comisión negociadora, compuesta por 4 delegados de UGT; 3, CCOO; 2, CGT; 2, STC; 1, USO y 1 FASGA. – CIG y ELA-STV intentaron participar en la comisión, sin que se les permitiera por los demás componentes de la mesa. – CIG promovió mediación ante el SIMA, que concluyó sin acuerdo el 25-07-2014.

CUARTO. – El 4-07-2014 la empresa demandada notificó el inicio del período de consultas a la DGEES. – La documentación, aportada a la Autoridad Laboral, fue la siguiente:

- Comunicación a la Autoridad Laboral del ERE.
 - Poder de representación de la persona que rubrica el ERE.
 - Relación de representantes unitarios de los trabajadores de ATENTO, por centro de trabajo, y Actas de las elecciones sindicales.
 - Comunicaciones de la empresa, dirigidas a los representantes unitarios de los trabajadores y secciones sindicales de empresa, informando de la intención de iniciar un ERE, instándoles a designar a la comisión representativa de los trabajadores prevista en el artículo 51 del ET y estableciendo la fecha, el lugar y la hora de constitución de la Comisión Negociadora (CN). A las anteriores se acompañan varias comunicaciones de las secciones sindicales con presencia en la CN del ERE, donde se designa a las personas que actuarán como representantes en la misma.
 - Acta de constitución de la Comisión Negociadora en la que se hace constar el inicio del periodo de consultas, la entrega de la documentación reglamentaria y la solicitud a los representantes de los trabajadores del informe previsto en el artículo 64 del ET. Información de empleo en la empresa: relación de centros de trabajo afectados y no afectados por el ERE y número de trabajadores ocupados en cada uno de ellos; número y clasificación profesional de la plantilla actual de la empresa y de los empleados del último ejercicio económico, desglosados por centros de trabajo.
 - La Memoria explicativa de las causas del ERE, e informes técnicos sobre la concurrencia de las causas organizativas, de las causas productivas y de la previsión de pérdidas para el ejercicio 2014.
- Cuentas anuales e informes de auditoría de los ejercicios 2012 y 2013, así como las Cuentas provisionales de 2014 pertenecientes a ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SAU.**
- **Las declaraciones mensuales de IVA - Modelo 322- del periodo comprendido entre julio 2012 y abril 2014, así como declaraciones anuales de este impuesto -Modelo 390- de los ejercicios 2012 y 2013 presentadas ante la AEAT y la Diputación Foral de Vizcaya; todas ellas correspondientes a ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SAU.**
 - Cuentas Anuales consolidadas e informes de auditoría, correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013, de la sociedad dominante GLOBAL CHAUCER SLU, (ATENTO SPAIN HOLDCO SLU en 2013, tras el cambio de denominación),

compañía donde consolida ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SAU en estos ejercicios.

- Memoria jurídico-legal relativa a las medidas solicitadas.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el ERE, entre los que no se encuentran mayores de 50 años.
- Criterios de selección de los trabajadores afectados.
- Calendario previsto para las extinciones.
- Plan de recolocación externa de la empresa MOA-BPI.

El 9 de julio de 2014 la empresa remitió por correo electrónico a la Dirección General de Empleo los estados financieros abreviados provisionales del periodo comprendido entre 1 de enero a 31 de mayo de 2014 de las compañías ATENTO SERVICIOS AUXILIARES DE CONTACT CENTER SAU, ATENTO IMPULSA SAU y ATENTO SERVICIOS TÉCNICOS Y CONSULTOR(A); si bien no se hizo constar en la comunicación la causa por la que pudiera ser o no preceptiva esta comunicación. El 16 del mismo mes la compañía aportó al ERE esta misma información respecto a ATENTO SPAIN HOLDCO SLU, observando, no obstante, que ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SAU, no consolida sus cuentas en 2014 en ninguna empresa con domicilio en España.

QUINTO. – El 3-07-2014 la empresa puso a disposición de los trabajadores la documentación preceptiva, que coincide con la inicialmente comunicada a la Autoridad laboral, entre la que se encuentran los criterios de selección de los afectados. - ATENTO solicitó de los RT la emisión del informe previsto en el artículo 64 .5,a) y b) del ET) y se comunica el inicio del PC, cuantificándose en 823 el número de extinciones previstas. Se establece el calendario de reuniones de la CN, previéndose la celebración de sesiones de consultas los martes y jueves, a las 12 horas, fijándose el 8 de julio para la primera.

En la reunión de 3-07-2014 UGT solicitó la aportación de los contratos mercantiles de la empresa, así como el contrato de compra venta de ATENTO por BAIN CAPITAL a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA y denunció, que se hicieran ofertas de empleo en centros y puestos de trabajo afectados. – USO pidió, además, el listado de llamadas en 2012-2013, información sobre despidos por causas objetivas o disciplinarias en los dos últimos años y listado de trabajadores con indicación del tipo de contrato de trabajo. – CCOO y FASGA se sumaron a la solicitud de información antes dicha, al igual que CGT, quien solicitó, además, el contrato marco entre ATENTO y TELEFÓNICA, en el marco del contrato con BAIN CAPITAL. – USO pidió, por otro lado, que negocios estaban afectados, manifestándose por la empresa, que los agentes están referidos a MoviStar, mientras que otro personal se refiere a toda la actividad.

El 8-07-2014 se reúne nuevamente la comisión negociadora, donde todas las secciones discutieron la concurrencia de causa económica, organizativa y de producción, negando las pérdidas de 2013, que se atribuyeron a ingeniería financiera, así como la objetividad de las previsiones de pérdidas.- Negaron, del mismo modo, el declive del sector de las telecomunicaciones, la pérdida de negocio y la necesidad de amortizar puestos de trabajo. – ITASU explica la memoria y los informes técnicos, cuya certeza defendió y aunque admitió que si no se hubiera contabilizado el deterioro del fondo de comercio, lo que se hizo por obligación legal, el descenso de ingresos acreditaría, en todo caso, la situación negativa de la empresa, debida entre otras razones a la reducción del tráfico, a la repatriación de servicios y a la pérdida de márgenes. – Explicó el funcionamiento de la facturación

de las diferentes líneas, así como las ratios de los coordinadores. – A pesar de las explicaciones citadas los sindicatos continúan negando la concurrencia de pérdidas.

La empresa entregó un listado de contratos y pidió a la RLT que precisara cuales le interesaban, aunque advirtió que no iba a dar los precios, reprochándose dicha conducta por la RLT, quien reclamó los contratos completos. – La empresa manifiesta que no tiene el contrato de TELEFÓNICA y BAIN CAPITAL, porque no fue parte, aunque promete intentar conseguirlo, para aportarlo al período de consultas.

Se debate, a continuación, sobre la demanda de trabajo, ofertas de empleo y modo de cubrirse las necesidades de los clientes, insistiéndose, además, sobre los despedidos de los últimos años. – La empresa subrayó que las ofertas de empleo depende de las nuevas necesidades de los clientes y que su intención, de existir puestos de trabajo, era recolocar a los despedidos.

La empresa se comprometió a debatir sobre los criterios de selección en la reunión siguiente, entregándose un informe sobre la situación del sector de la ACE, que obra en autos y se tiene por reproducido.

El 10-07-2014 se reúne la comisión negociadora, donde la empresa informó sobre las disfunciones de la carga de trabajo, distinguiendo entre Gran Empresa, Empresa y Estructura, reprochándose por la RLT la falta de aportación de documentación sobre llamadas que les permita contrastar las afirmaciones de la empresa. – Debatieron seguidamente sobre los picos de llamadas, sin que se lograra despejar las divergencias, insistiéndose por la empresa, que no hay saturación de llamadas, sino todo lo contrario, puesto que la diferencia entre horas de atención y horas de trabajo efectivo debería ser 0 (fórmula avail) y alcanza el 40% y hasta el 60% de perjuicio de las segundas.

Se pidieron cuentas provisionales a 5/2013; declaración IVA, modelo 342 5/2014; memoria e informe de gestión de los cinco primeros meses de 2014; cuentas auditadas 2012-2013 de ATENTO SPAIN HOLDCO 2, SA y cuentas consolidadas; informe de experto externo sobre el test de deterioro del fondo de comercio; saldos cobros de clientes; destino de fondos recibidos de BC LUXCO 1 HOLDING, ATENTO SPAIN HOLDCO 2, SAU, ATENTO NV y TELEFÓNICA, SA; cifras de negocio por líneas de negocio; composición costes variables por línea de negocio; detalle pormenorizado de costes por líneas de negocio; costes de estructura y asignación; información detallada de servicios exteriores y proveedores de los tres últimos ejercicios y previsiones de ahorro con las medidas.

La empresa aportó 12 contratos mercantiles con Telefónica e ITASU explica los ahorros, que se pretenden obtener con las medidas propuestas. – Explica, así mismo, la justificación del deterioro del fondo de comercio con base a los informes técnicos, que acreditan la situación negativa de la empresa. – La empresa se compromete a aportar los contratos entre BAIN CAPITAL y TELEFÓNICA, así como los informes sobre la plantilla, que se habían solicitado.

El 15-07-2014 se produce una nueva reunión, donde CGT se queja de la aportación extemporánea de la documentación solicitada. – La empresa subraya que ha aportado el contrato de TELEFÓNICA y BAIN CAPITAL en inglés, porque no hay traducción; los datos contractuales de los trabajadores del perímetro afectado; datos sobre despedidos aportados a los comités, lo que se considera insuficiente por la RLT.

La empresa expone los criterios de selección, que son recusados por las diferentes secciones sindicales. – La empresa explicó, a continuación, de modo pormenorizado los criterios de afectación, sin que sus argumentos convencieran a las secciones sindicales, quienes los tachan de subjetivos y vuelven a reiterar las

peticiones de documentación. – Se adjuntaron con el acta el contrato entre BAIN CAPITAL y TELEFÓNICA, la distribución de los afectados y las comunicaciones de despidos a los comités de empresa.

En la citada reunión la empresa anexó la documentación siguiente:

- El contrato de compra-venta suscrito entre TELEFÓNICA y BAIN CAPITAL, redactado en inglés.
- El Master Services Agreement (MSA) entre TELEFÓNICA SA y B.C. LUXCO 1, también en inglés.
- El diagrama de distribución de la plantilla por tramos de edad y provincias.
- El diagrama de distribución de la plantilla por modalidades contractuales de las plataformas y servicios afectados por el proceso de despido colectivo.
- El cuadro de porcentajes de distribución de la plantilla en situación de guarda legal por categorías y centros de trabajo.
- El cuadro de distribución de la plantilla afectada en situación de guarda legal, por modos y plataformas productivas.
- Las "Condiciones comerciales del Plan de Retribución Nacional Canal de Proveedores Telemarketing de Entrada, Asunción y fusión.

El 22-07-2014 se reúnen nuevamente, informando la empresa que ha aportado los contratos en los términos exigidos por el art. 14 del convenio, alegándose por CGT que no se cumplió en sus propios términos lo pactado, comprometiéndose la empresa a corregir su actuación, si se acredita dicha incorrección. – Se produce, a continuación, un cruce de reproches sobre la documentación requerida y su aportación, sin que se alcance acuerdo.

La empresa manifiesta su disposición a admitir la afectación voluntaria dentro de determinados límites, pasando a intercambiar criterios con la RLT sobre esta materia. – Se informa sobre criterios de afectación por parte de la empresa, que no convencen a las secciones sindicales.

La documentación inicialmente aportada al expediente desarrollaba los criterios que habrían de tomarse en consideración para seleccionar a los trabajadores afectados por las extinciones:

- El primer criterio será la correspondencia directa "con los puestos de trabajo que resultan excedentes, atendiendo a la necesidad de puestos requerida".
- En el caso de que más de un trabajador ocupe un puesto de trabajo que es objeto de amortización se emplearán, complementariamente, el criterio de productividad y el absentismo. Los indicadores varían según las líneas de negocios afectadas, así:
 - Para el área de "Gran Público" los parámetros son: TMO (tiempo promedio de duración de una llamada), LDR (lost-cost routing, evaluación del servicio realizada por el cliente), las gestiones realizadas por hora, la cancelación, la retención de clientes que han solicitado la baja, el número de gestiones realizadas por hora y el absentismo.
 - Para el área de "Empresas" los parámetros son: el absentismo, la calidad/ECO - según criterios internos de calidad-, y la productividad. Para esta última se utilizan como indicadores el número de gestiones cerradas por hora, el porcentaje de insatisfechos y el porcentaje de efectividad - ventas por llamadas atendidas-.
 - Para el de "Grandes Empresas": la calidad/ECO y el porcentaje de codificación.

Los parámetros son posteriormente ponderados conforme a lo previsto en el documento. Los empleados que obtengan peor puntuación como resultado de las anteriores operaciones serán los afectados por las medidas, teniendo en cuenta las siguientes excepciones:

- No se verá afectado ningún representante de los trabajadores.

- Las personas afectadas en situación de reducción de jornada por guarda legal no podrán superar el porcentaje de empleados en esa situación en cada uno de los modos afectados por el ERE.

- No se verán afectados empleados que, al inicio del proceso, contasen con más de 50 años.

Según informó la empresa en la sesión de 15 de julio, los criterios de productividad que se tomarán como referencia serán los obtenidos en los últimos 6 meses, mientras que para el absentismo se considerarán los últimos 12 meses.

Durante el periodo de consultas estos criterios de selección fueron objeto de discusión, introduciéndose múltiples aclaraciones sobre los mismos por parte de los miembros de la comisión negociadora.

El absentismo fue objeto de una crítica unánime la inclusión como faltas al trabajo del disfrute de los permisos no retribuidos reconocidos como derecho en el artículo 29 del Convenio Colectivo y las bajas originadas por siniestros profesionales. La empresa se mostró, finalmente, conforme con la exclusión en el cómputo de sendas situaciones. No corrió la misma suerte otra de las circunstancias que la RT rechazaba: las bajas de larga duración causadas por contingencias comunes, en las que la empresa no cedió y consideró computables hasta el final del PC; a pesar de que una parte de la RT mostró su desaprobación por tratarse de situaciones que legalmente no son consideradas faltas al trabajo a efectos de la aplicación de los despidos objetivos individuales por el artículo 52 d) ET 22.

Respecto a la productividad 23, las críticas fueron variadas: por ejemplo, recusaron la idoneidad de aquéllos en los que la valoración dependía de factores externos - como la opinión del cliente-, se estimó que los parámetros perjudicaban injustamente a los trabajadores que hubieran sido objeto de cambios en la campaña o servicio gestionados. La CGT consideró que estos criterios no podían considerarse objetivos ya no existe ningún informe interno que valore la productividad de los trabajadores, habiéndose manifestado por la empresa que estos criterios venían siendo utilizados en la gestión de los servicios y que individualmente cada trabajador conoce qué criterios de gestión se le aplican y en cuáles debe mejorar.

La RT también introdujo en la negociación una variable inicialmente no apreciada por la empresa:

La voluntariedad, o manifestación de voluntad favorable a la extinción de la relación laboral expresada por trabajadores que podían o no pertenecer a los modos o áreas afectadas por el ERE. La RT sostuvo siempre y unánimemente que este debía ser el criterio de selección prioritario, o incluso, el único que podía considerarse, según una parte de la RT. La empresa comenzó aceptando la voluntariedad tímidamente, (sujeta a límites y prevenciones) y, más tarde, flexibilizando su postura hasta aceptar la voluntariedad sin límites cuantitativos, admitiendo las ofertas de voluntarios procedentes las áreas afectadas por el ERE 24 o, incluso, ya finalizado el periodo de consultas, las procedentes de áreas inicialmente excluidas del ERE.

También a solicitud de la RT, la empresa aceptó 25, la exclusión del círculo de afectación, de aquellos trabajadores que se encontraran en alguna de las siguientes circunstancias:

Las víctimas de violencia de género.

No se verán afectados los dos cónyuges o miembros de pareja de hecho.

Las trabajadoras en situación de riesgo durante el embarazo.

Los afectados por enfermedad grave que les ocasione una minusvalía superior al 33%.

También amplió el periodo considerado para aplicar una de las exclusiones incorporadas por la empresa desde la documentación inicial: la de los trabajadores que cumplan 50 años, plazo extendido a resultados del PC hasta del 31 de octubre de 2014, -fecha límite de ejecución de la medida de extinción colectiva.

La empresa oferta 28 días por año de servicio con tope de 24 mensualidades, que se considera insuficiente por la contraparte. - CGT vuelve a insistir sobre la documentación no aportada y su relevancia, en particular sobre las cuentas provisionales de 2013, las cuentas de ATENTO SPAIN HOLDCO 2, SA, los datos sobre llamadas y reclama costes por centro, así como la circulación de trabajadores en las empresas del grupo. - La empresa responde, a continuación, a los interrogantes promovidos por las secciones sindicales, quienes manifiestan su insatisfacción con las explicaciones citadas.

El 24-07-2014 se reúne nuevamente la comisión negociadora, explicándose por ATENTO los "modos" existentes en la empresa, distinguiendo entre la contención genérica de bajas, no afectada y la retención de portabilidad, que está afectadas por el despido.

La empresa reduce los afectados a 800 y anuncia que cabe reducir otros 80, siempre que la propuesta de distribución irregular de jornada prospere. - Propone incrementar la indemnización a 32 días por año hasta febrero de 2012 y 30 días por año en adelante. - Explica, a continuación, que da vía libre a las afectaciones voluntarias con ciertas condiciones, propone una distribución irregular de jornada de 360 trabajadores, en cuyo caso reduciría hasta 80 despidos y ofrece la indemnización antes dicha. - La oferta se rechaza nuevamente, discutiéndose, en todo caso, su proporcionalidad y STC vuelve a insistir en el deterioro del fondo de comercio, respondiendo la empresa que ya contestó sobradamente sobre dicho extremo.

El 30-07-2014 se reúne nuevamente la comisión negociadora, descartándose la oferta empresaria de 28-07-2014 por todas las secciones sindicales.

Se produce un cruce de reproches sobre la buena fe de cada una de las partes, reiterándose los argumentos ya conocidos. - La empresa oferta a continuación una indemnización de 40 días por año hasta febrero de 2012 y 33 días por año después, retira la distribución irregular de jornada, aunque propone que se negocie a partir del 2 de septiembre, reduce a 672 los afectados, de los que el 5% será voluntario, ofrece garantías de empleo y doblar la novación indefinida de los contratos respecto a la establecida en el convenio, que se rechaza por los sindicatos.

El 31-07-2014 se celebra otra reunión de la comisión negociadora, donde la empresa anuncia que hay 50 voluntarios, por lo que reduce los despidos forzados a 672 contratos e incrementa la indemnización hasta febrero de 2012 a razón de 45 días por año. Debatiéndose sobre criterios selectivos, la empresa propone que no se computen los permisos convencionales para el absentismo, aunque mantiene las bajas de larga duración.

Aunque se rechaza inicialmente por todos los sindicatos, UGT y CCOO informan que en las asambleas los trabajadores exigen ser consultados y manifestaron su conformidad, siempre que los voluntarios puedan alcanzar el tope del 40% y se acepte mayoritariamente por los afectados. - Propusieron, a estos efectos, que se prolongara el período de consultas con el fin de poder consultar a los afectados.

CGT no se opone al referéndum, siempre que se permita su participación y se consulte a todos los trabajadores de la empresa o, en su defecto, a los de gran

público y empresas, así como al personal de estructura. – STC y USO no se mostraron disconformes tampoco con la propuesta de referéndum, siempre que se celebrara con las garantías debidas. FASGA se adhiere a la postura de UGT y CCOO, manifestando que aceptarán lo que decida la plantilla en referéndum.

La empresa mantuvo que no era necesaria la prolongación del período de consultas, puesto que se cerraba con acuerdo condicionado a la decisión de la plantilla, subrayando que el proceso debería seguirse con los firmantes del acuerdo, sin necesidad de someterlo a quienes no firmaran. – UGT subraya que no es que esté de acuerdo con las condiciones, sino que está conforme con presentarlo a los trabajadores y CCOO subraya la necesidad de que las diferentes secciones sindicales se comprometan a aceptar la decisión de la plantilla.

Se produjo, a continuación, un receso donde empresa, UGT, CCOO y FASGA perfilaron la propuesta vinculante a presentar a los trabajadores, lo que se reprochó por las demás secciones sindicales, respondiéndose por la empresa que se cerraba el período de consultas con un acuerdo, consistente en someter la oferta vinculante a los trabajadores que, caso de aceptarse, se cumpliría en sus propios términos y caso contrario, no vincularía a nadie.

Los sindicatos no firmantes preguntan si pueden participar en el referéndum y si tendrán acceso a la misma información que los firmantes, respondiéndose por la empresa que la organización del referéndum compete únicamente a los firmantes.

El mismo día, se firmó por la empresa y los sindicatos citados el documento siguiente:

“OFERTA VINCULANTE PENDIENTE DE APROBACIÓN POR LOS TRABAJADORES EN REFERENDUM

En Madrid a 31 de julio de 2014

REUNIDOS

De una parte:

*La Representación Empresarial (en adelante RE), formada por,
D. Gonzalo Gómez Cid, Director de RRHH.*

Dña. Alicia Doblado, Gerente de Relaciones laborales.

Dña. Marina Soriano, miembro del departamento jurídico de la Compañía.

Asistidos por los letrados D. Vicente Calle y D. Fernando Cano

De otra parte:

La Representación Legal de los Trabajadores (en adelante RLT), formada por los siguientes miembros:

1. *D. Vicente Martínez Trencó (UGT)*
2. *D. Joseba Larrea Ibarlucea (UGT)*
3. *Dña. Isabel García Toledano (UGT)*
4. *D. Julián Tudela Canovas (UGT)*
5. *Dña. Raquel Plaza Martínez (CCOO)*
6. *D. Jesús María López Méndez (CCOO)*
7. *Dña. Teresa López García (CCOO)*
8. *D. Francisco Tornero Martos (FASGA)*

Asistidos por los asesores sindicales:

· *UGT: D. Ángel García Nuño, D. Raúl Navarro y Dña. Sandra Falomir*

· *CCOO: Dña. Ramona Pineros, Dña. Concepción Casal y D. Juan del Campo*

· FASGA; D. Antonio María Pérez Prieto, Dña. Alejandra Cruz y José Luis Estévez Cobos

Ambas partes, reconociéndose legitimación y capacidad suficiente, en la representación que ostentan, para el otorgamiento de la presente Acta,

MANIFIESTAN

PRIMERO.- En fecha 26 de junio la Dirección la Compañía informó a la representación de los trabajadores de la necesidad imperiosa de extinguir 823 contratos de trabajo con base en causas económicas, productivas y organizativas. Que dichas extinciones debían articularse a través del procedimiento legal de despido colectivo, establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Una vez iniciado el periodo de consultas el pasado 3 de julio, las partes han mantenido diferentes reuniones los días 8, 10, 15, 17, 22, 24, 30 y el presente 31 de julio al objeto de llegar a un acuerdo sobre el presente procedimiento.

TERCERO.- Que en el día de hoy, y tras las negociaciones mantenidas en las reuniones anteriores, la empresa ha realizado la última oferta. Las secciones sindicales de UGT CCOO y FASGA consideran que la oferta es lo suficientemente avanzada como para que todos los trabajadores afectados decidan sobre ella. Dicha ofertase encuentra vinculada a la totalidad, por lo que deberá ser aprobada o rechazada íntegramente por mayoría en referéndum libre y secreto por los trabajadores afectados. Si la oferta resulta aprobada por mayoría de los trabajadores afectados en referéndum, la oferta se convertiría automáticamente en Acta Final con Acuerdo del periodo de consultas.

CUARTO.- Que, por lo tanto procede ahora la firma de la presente acta, dando por finalizado el periodo de consultas. La oferta de la empresa se concreta en los siguientes:

"CONTENIDOS DE LA OFERTA

1. EXTINCIÓN COLECTIVA DE CONTRATOS

El número máximo de afectados es de 672, de los que como máximo la empresa podrá designar unilateralmente hasta 403 (el 60%) el resto serán voluntarios.

Las extinciones de los contratos de trabajo se producen por causas económicas, productivas y organizativas.

Las fechas de cese o efectos de las extinciones acordadas se producirán, desde la entrada en vigor de la aprobación de esta oferta hasta el próximo 31 de octubre de 2014.

2. CRITERIOS DE SELECCIÓN

La Empresa seleccionará a los afectados en base a los criterios aportados en el expediente.

La productividad será el factor principal de selección en aquellos afectados que no sean de estructura.

Dentro del concepto de absentismo que se tiene en cuenta como criterio de selección, quedan fuera todos los derechos recogidos en los artículos 28 y 29 del Convenio Colectivo de Contact center.

3. VOLUNTARIEDAD

La Empresa admite la posibilidad de que determinados empleados puedan solicitar la adscripción voluntaria a la extinción de su contrato de trabajo dentro del despido colectivo y con derecho a las condiciones económicas que aquí se fijan y sujeto a las condiciones que se indican a continuación.

a) Podrán presentarse como voluntarios aquellos trabajadores con edad inferior a 50 años a fecha 1 de noviembre de 2.014 que presten servicios en los negocios afectados (Empresas y Gran público) y todo el personal de estructura.

b) El solicitante a voluntario se dirigirá al departamento de Recursos Humanos por correo electrónico no más tarde del lunes a las 23:59.

c) La empresa decidirá sobre la posible admisión de los solicitantes como voluntarios en base a criterios de relevancia para la operación, capacidad y perfil profesional, costes salariales y costes indemnizatorios, horarios.

d) La Empresa publicará la lista final de afectados al día siguiente hábil de la finalización del plazo previsto en el punto b) anterior.

4. INDEMNIZACIONES.

La empresa abonará una indemnización para todos los trabajadores afectados, con independencia de su tipo de contrato y de su carácter de voluntario o no voluntario, de 45 días de salario por año de servicio hasta el 12/02/2012 y de 33 días por año a partir de dicha fecha, todo ello con el tope legalmente establecido para los supuestos de despido improcedente.

5. EMPLEO ESTABLE.

La Empresa convertirá en indefinidos un 5% de contratos de obra en 2015 y un 5% adicional de 2016, con carácter adicional a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación para 2014, por lo que en enero de 2017 el porcentaje de empleados con contrato indefinido en la Empresa alcanzara el 50%.

6. GARANTÍA DE EMPLEO.

La Empresa se compromete durante los próximos dos años a no presentar un nuevo Despido colectivo sin haber agotado antes un periodo previo de negociación con los sindicatos firmantes de al menos un mes en la búsqueda de soluciones alternativas.

7. HOJA DE RUTA PARA LA NEGOCIACIÓN

Las partes acordarían iniciar en el mes de septiembre, una negociación con los sindicatos firmantes sobre los siguientes temas:

- Formación.
- Formación para las ventas.
- Establecimiento de un régimen de incentivos sobre las ventas.

Se abrirá igualmente una mesa con toda la RLT sobre:

- Distribución irregular de la jornada.

8. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO

Se crea una comisión de seguimiento para solventar las cuestiones derivadas de la aplicación de la presente oferta. La comisión estará compuesta, de un lado, por dos representantes designados por la Empresa y por otro por los seis designados por los sindicatos firmantes de este documento según representatividad.

Será competencia de la Comisión la búsqueda de soluciones concretas para atender las incidencias que se produzcan, en la interpretación de esta oferta todo ello en base a criterios de máxima agilidad y eficacia, así como la gestión de lo dispuesto en el punto 5 EMPLEO ESTABLE.

9. PLAN DE RECOLOCACION EXTERNA

Se eleva a definitivo el plan de recolocación presentado por la Empresa MOA.

RATIFICACIÓN Y VINCULACIÓN A LA TOTALIDAD

Una vez aceptada la oferta en referéndum libre y secreto por los afectados, se convertirá sin necesidad de otorgar documento adicional alguno en Acta Final de Acuerdo del periodo de consultas del despido colectivo de Atento Teleservicios SAU. En caso de que finalmente la oferta no fuera aceptada, quedará sin efecto, quedando la empresa libre de todas las propuestas incluidas en la misma.

Y en prueba de conformidad con cuanto antecede, ambas partes firman la presente Acta en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento”.

La empresa notificó a CCOO, UGT y FASGA el listado de afectados.

SEXTO. – Desde el 31-07-2014 al 6-08-2014 se celebraron múltiples asambleas en los centros de trabajo afectados, donde participaron todas las secciones sindicales de la empresa.

SÉPTIMO. - El 6-08-2014 de los 672 trabajadores afectados por el despido, votaron a favor de la propuesta 445 y en contra 96, aprobándose por consiguiente, por el 82% de los votantes, que representaban el 61, 2% del censo. – La organización de

la votación se realizó por los firmantes del acuerdo, quienes no hicieron público el censo de votantes, ni publicitaron tampoco la composición de las mesas electorales, que estaban veladas por una cortina y custodiadas por vigilantes de seguridad, ni permitieron el acceso de las demás secciones sindicales, ni los representantes unitarios al proceso de votación.

OCTAVO. – El 5-08-2014 ATENTO comunicó a la DGE la conclusión con acuerdo del período de consultas, condicionado a la aceptación por los afectados, así como el listado de afectados. – El 8-08-2014 le notificó el resultado del referéndum.

NOVENO. - Los ingresos netos de la empresa demandada en miles de euros ascienden a 244.881 (2011); 255.661 (2012); 237.051 (2013) y 98.561 en los cinco primeros meses de 2014.

Los gastos de personal ascienden en miles de euros a 186.153 (2011); 183.397 (2012); 143.318 (2013) y 80.104 hasta mayo 2014.

Sus resultados de explotación en miles de euros ascienden a 14.746 (2011); 24.708 (2012); - 12.959 (2013) y 2052 hasta mayo 2014

Sus resultados del ejercicio en miles de euros asciende a 9.888 (2012); 17.962 (2012); - 8.139 (2013) y 1242 hasta mayo 2014.

DÉCIMO. - En 2011 ATENTO contabilizó de manera provisional el importe de 36 MM euros, causados por adquisición del negocio 11822, que incluyó en la partida contable "Patentes, licencias, marcas y similares". - Dicha contabilización se produjo definitivamente a 31-12-2012, con base a un informe de PWC, cuya objetivo fue la imputación de un pasivo por impuesto diferido asumido por un importe neto de 13.030 MM euros y un Fondo de Comercio por importe de 22.970 MM euros, con arreglo al detalle siguiente:

Coste de adquisición en miles de euros: 36.000

Valor a distribuir en miles de euros: 36.000

Activos intangibles identificados a valor razonable:

Marcas en miles de euros: 14.352

Otro inmovilizado intangible en miles de euros: 4262

Total activos identificados en miles de euros: 18.614.

Tasa impositiva: 30%

Pasivo por impuesto diferido en miles de euros: 5584

Total activos identificados netos en miles de euros: 13.030

Fondo de comercio-Goodwil: 22.970.

ATENTO, procedió en el ejercicio 2013 a practicar un test de deterioro del Fondo de Comercio para comprobar si su valor contable superaba su importe recuperable, concluyendo que su valor contable ascendía a 33.969 MM euros y su importe recuperable de 16.342 MM euros, por lo que contabilizó 17.570 MM euros de pérdidas en la partida de deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado. - El deterioro antes dicho se ha calculado sobre previsiones hasta 2021, sin que se hayan identificado los parámetros utilizados para el cálculo del deterioro más allá de criterios genéricos como paulatina caída del número de llamadas, edad avanzada de los usuarios, penetración en Internet, etc.

En el informe de auditoría de cuentas de 2013 se menciona la existencia de un test de deterioro, sobre cuyos parámetros de cálculo y solvencia el auditor no se pronuncia, limitándose a señalar la concurrencia de una pérdida de 17.626 MM euros.

La empresa demandada encargó un dictamen pericial sobre la operación antes dicha, que se puso a su disposición por el perito el 22-07-2014. - Dicho dictamen obra en autos y se tiene por reproducido, si bien de la lectura de los documentos utilizados por el perito se desprende que no se le puso a disposición el test de deterioro realizado efectivamente por la empresa.

UNDÉCIMO. - Los ingresos previstos para 2014 se reducirán a 288, 9 MM euros, lo que producirá unas pérdidas después de impuestos de 200.000 euros. - La previsión de ingresos en 2015 se reduciría a 215, 8 MM euros, lo que provocará unas pérdidas de 3, 2 MM euros.

DUODÉCIMO. - Los ingresos del tercer trimestre de 2013 sobre el de 2012 pasaron de 58, 9 MM euros a 58, 3 MM euros; el cuarto trimestre de 2013 sobre el de 2012 arroja unos ingresos de 56, 5 MM euros frente a 63 MM euros y el primer trimestre de 2014 frente al de 2013 arroja 60, 2 MM euros frente a 60, 8 MM euros.

DÉCIMO TERCERO. - En los últimos años se ha producido una reducción de la demanda en el sector de Contact Center, en particular de la causada por el sector de telecomunicaciones, que es la causante de la caída de ingresos de ATENTO, quien ha sufrido las consecuencia de la repatriación de servicios, que se prestaban en el exterior a precios más competitivos que en España, que se deben atender sin variar los precios proyectados a la baja, al igual que los márgenes operativos y constituye el factor desencadenante de la caída de ingresos de la demandada, que ha afectado esencialmente a las líneas de negocio LN1 y LN2, así como el incremento de sus costes, que comporta el 83, 4% de los costes totales de la compañía.

DÉCIMO CUARTO. - La ordenación de los medios materiales de la empresa está determinada absolutamente por las necesidades de los clientes. - Debido a la territorialización, desplegada por TELEFÓNICA, que se ha organizado en cinco áreas territoriales, ATENTO deberá replicar su organización a dicho modelo, lo que obligará a ajustar necesariamente las ratios de los agentes coordinadores, los supervisores/agente, los formadores/calidad/supervisor y operaciones/supervisor, que están actualmente sobredimensionadas respecto a la carga de trabajo realmente existente.

DÉCIMO QUINTO. - Obrar en autos los contratos de trabajo, realizados por ATENTO, causados todos ellos en necesidades del servicio.

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. - El primero no fue controvertido, reputándose conforme, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.

- b. - Los ordinales segundo y tercero tampoco fueron controvertidos, deduciéndose, en todo caso, de las comunicaciones empresariales a secciones sindicales y representantes unitarios, así como del acta constituyente de la comisión negociadora, que obran como documentos 5 a 7 de ATENTO (descripciones 41 a 43 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- c. - El cuarto de la comunicación a la Autoridad Laboral, que obra como documento 1 de ATENTO (descripción 166 de autos), así como del informe de la Inspección de Trabajo, que obra en el bloque 1 del expediente administrativo.
- d. - El quinto de los documentos citados, así como de las actas del período de consultas y la denominada “oferta vinculante”, que obran como documentos 8 a 35 de ATENTO (descripciones 44 a 70 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- e. - El sexto no fue combatido, deduciéndose, en todo caso, de la declaración testifical de don Fernando Miralles Morales, miembro del comité de empresa del centro de Getafe.
- f. - El séptimo de las actas del referéndum que obran como documento 2 de ATENTO (descripción 133) de autos, que tiene crédito para la Sala, aunque no se reconociera por los demandantes, por cuanto no negaron nunca que se produjera la votación, aunque se opusieron al modo en el que se celebró la misma. – Las condiciones de celebración del referéndum se han deducido de la declaración testifical de don Fernando Miralles Morales, miembro del comité de empresa del centro de trabajo de Getafe, habiéndose admitido, en todo caso, por los demandados que fueron ellos quienes organizaron el referéndum sin participación ni control por parte de los demandantes.
- g. - El octavo de las notificaciones citadas, que obran como documentos 24, 36 y 37 de ATENTO (descripciones 40, 71 y 72 de autos) que fueron reconocidos de contrario.
- h. - El noveno de las cuentas anuales mencionadas y el informe de auditoría de 2012 y 2013, que obran como documento 15 de ATENTO (descripción 51 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- i. - El décimo de las cuentas citadas y del informe de auditoría, en cuya nota 23 se refleja la valoración de la contabilización del deterioro, donde el auditor se limita a identificar la operación, sin mencionar de ningún modo si el test de deterioro, que supuso nada menos que provocar unas pérdidas de 17.570.000 euros en el ejercicio 2013, cuya proyección en el ejercicio arrojó unas pérdidas globales de 8.139.000 euros, se ajustó a las pautas exigidas por las normas de valoración del Plan General de Contabilidad, siendo insuficiente, a nuestro juicio, la utilización de pautas estereotipadas, como la afirmación de que las transferencias se ha realizado con arreglo a criterios de mercado, sino que tendrá que acreditarse que se han utilizado criterios de medición de general aceptación (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013). - El informe pericial citado obra como documento 1 de ATENTO (descripción 132 de autos), que fue ratificado por su autor, quien lista los documentos en los que apoya su dictamen, donde no aparece el test de deterioro, ni permite concluir con precisión si las herramientas de valoración utilizadas por la empresa se apoyaron en criterios de mercado, o de valor de uso, ni qué instrumentos concretos de medición se utilizaron para alcanzar dicha conclusión, lo cual habría arrojado mucha luz sobre tan llamativa operación, puesto que es impensable que la empresa desconociera el número de llamadas de un negocio, por el que pagó nada menos que 36 MM euros

en 2011 en el momento de su adquisición, así como el número de llamadas y precios de los ejercicios 2012 y 2013, cuya disminución debería ser geométrica para provocar unas pérdidas de tal entidad y justificaría, caso de haberse producido, una proyección tan negativa de la evolución del negocio controvertido.

j. - El undécimo del informe técnico que obra como documento 12 de la empresa demandada (descripción 48 de autos) que fue ratificado por su autor en el acto del juicio, al que damos valor por cuanto la reducción de actividad sectorial se acomoda a la fuerte reducción de ingresos de la empresa, que justifica la previsión de pérdidas. - Por lo demás, el citado informe no fue contradicho sólidamente por los demandantes, quienes se limitaron a realizar repreguntas al emisor del informe, sin contradecir propiamente los datos allí reflejados.

k. - El duodécimo de las cuentas de 2012, 2013 y 2014 ya citadas, así como del informe pericial de don Gonzalo Hurtado Martín.

l. - El décimo tercero del informe técnico, que obra como documento 13 de la empresa demandada (descripción 49 de autos), ratificado también por su autor, al que otorgamos el mismo valor que el precedente.

m. - El décimo cuarto del informe técnico, que obra como documento 14 de la demandada (descripción 50 de autos), que fue ratificado por su autor, al que damos el mismo valor que los precedentes.

n. - El décimo quinto de los contratos mencionados que obran como documentos 3 a 3.2 de ATENTO (descripciones 134 a 137 de autos), que fueron reconocidos de contrario.

TERCERO. - UGT excepcionó falta de legitimación activa de CIG, por cuanto dicho sindicato carece de implantación suficiente en la empresa, oponiéndose CIG, quien defendió su condición de sindicato más representativo a nivel autonómico, así como una implantación significativa en el centro de Coruña, en cuyo comité acredita 3 de sus 17 miembros.

La Sala en SAN 16-05-2014, proced.500/2013, examinó la exigencia de implantación, requerida a los sindicatos por el art. 124.1 LRJS, para impugnar un despido colectivo y llegamos a las conclusiones siguientes:

"El art. 124.1 LRJS dispone que "La decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes. Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo."

Debe entonces interpretarse qué ha de entenderse por contar con implantación suficiente como requisito que legitima a un sindicato a accionar frente a un despido colectivo.

Este término implantación suficiente no se corresponde con el previsto en el art. 154 LRJS para los conflictos colectivos. Y ello por cuanto dicho art. 154 legitima para promover conflictos a los sindicatos que cumplan el requisito de que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto mismo. La jurisprudencia se ha encargado de matizar la legitimidad de los sindicatos para promover acciones de conflicto colectivo exigiendo una necesaria conexión entre el accionante y la pretensión ejercitada (por todas STS de 19-12-2012 rec 282/2011 y SAN de 10-2-2014). Y en el caso de los conflictos colectivos ha exigido el

cumplimiento del denominado "principio de correspondencia", tanto a la representación unitaria como a la sindical de los trabajadores.

Ese principio de correspondencia no es aplicable para la impugnación de despidos colectivos, bastando, para la representación sindical, con acreditar "implantación suficiente". La voluntad del legislador es que el sindicato que accione y con ello pueda llegar a dejar sin efecto el despido colectivo ostente un nivel de representatividad suficiente como tener por acreditado su interés directo en el caso concreto, que se valora en función de esa presencia real dentro de las plantillas afectadas, más aún cuando tales impugnaciones en muchos casos se plantean frente a decisiones empresariales amparadas en acuerdos logrados en el periodo consultivo con sindicatos con suficiente implantación. La función del sindicato es la defensa de los intereses de los trabajadores afiliados, pero ello no llega a convertirlos en guardianes abstractos de la legalidad (STC 201/94 y 101/96).

Por estos motivos y con el objeto además de establecer unos criterios con voluntad de permanencia y seguridad jurídica, la Sala entiende que la implantación suficiente que legitimaría para accionar vía art. 124 LRJS se logra cuando el sindicato ostente en el ámbito de la medida impugnada, en este caso un despido colectivo que afecta al total de la plantilla de PANRICO, un 7,69% del total de representantes unitarios electos, por ser dicho 7,69% el porcentaje necesario para poder ocupar uno de los 13 puestos, número máximo de miembros que integran la comisión representativa de los trabajadores para el periodo de consultas. De este modo el término implantación suficiente quedaría vinculado al mínimo exigible al sindicato para que pudiera ejercitar su acción sindical en el proceso consultivo y el umbral del 7,69% se configuraría como un dato objetivo a partir del que el ejercicio de la pretensión estaría legitimado por el nivel de representatividad alcanzado por el sindicato en el colectivo de trabajadores afectados por la decisión empresarial.

Al ostentar CGT un 1,92% del total de representantes unitarios no alcanzaría el citado umbral y no se puede estimar que tenga la suficiente implantación precisa para ejercitar la acción, por lo que debe estimarse su falta de legitimación activa".

Así pues, probado pacíficamente que los representantes unitarios de los centros afectados por el despido ascienden a 221, sería necesario acreditar, para cumplir el test de implantación suficiente, que el sindicato CIG tiene la implantación necesaria para nombrar, al menos, uno de los 13 miembros de la comisión negociadora del despido colectivo.- Por consiguiente, demostrado que CIG solo tiene 3 representantes unitarios, se hace evidente que carece de implantación suficiente en el ámbito del despido, por cuanto el acceso a la comisión negociadora exige un mínimo de 17 representantes de los trabajadores para tener derecho a nombrar al menos un miembro de la comisión negociadora.

Dicha conclusión no queda afectada, porque CIG sea un sindicato más representativo a nivel autonómico, por cuanto dicha condición no comporta su implantación en el ámbito del despido, donde acredita una ínfima representatividad. - Es irrelevante, así mismo, que tenga sección sindical a nivel de empresa, por cuanto el requisito, exigido para participar en la negociación del período de consultas, es la implantación en el ámbito del despido, a tenor con lo dispuesto en el art. 51.2 ET, que no se predica de la existencia de una sección sindical, sino de la representatividad de la sección en el ámbito del despido. - Sucede lo mismo con su representatividad en el centro de Coruña, que le habilitará, en su caso, para participar en un despido colectivo, que afecte únicamente a dicho centro, si las

secciones sindicales mayoritarias en el centro deciden negociar como tales, pero no justifica su participación en el período de consultas que afecta a centros de varias comunidades autónomas, cuando su representación se extiende a 3 de los 221 representantes unitarios de los centros afectados, siendo exigible un mínimo de 17 para poder participar en el período de consultas.

Consiguientemente, si CIG no tiene derecho a participar en la comisión negociadora del período de consultas, no acredita la implantación exigida por el art. 124.1 LRJS, por lo que estimamos la excepción de falta de legitimación activa alegada por UGT.

CUARTO. - Los demandantes pretenden, en primer lugar, que declaremos la nulidad del despido, por cuanto la empresa no aportó al período de consultas documentación pertinente, lo cual impidió que el período de consultas alcanzase sus fines y en concreto las cuentas provisionales de los cinco primeros meses de 2013, así como un informe elaborado por experto externo sobre el test de deterioro del Fondo de Comercio. - Denunciaron, del mismo modo, que los criterios de selección, esgrimidos por la empresa y aceptados finalmente por UGT, CCOO y FASGA, eran subjetivos y discriminatorios, al menos la inclusión en los criterios de absentismo de las bajas de larga duración. - Sostuvieron finalmente que no hubo propiamente acuerdo entre ATENTO, UGT, CCOO y FASGA, sino una oferta vinculante de la empresa, que se remitió fraudulentamente a los trabajadores afectados, quienes no estaban legitimados para tomar dicha decisión, que estuvo trufada, además, de irregularidades, como la falta de identificación del censo de votantes, la inexistencia de mesas de votación y de garantías en la limpieza del proceso, culminadas con la exclusión de los sindicatos no firmantes de cualquier control del proceso, lo que vulneraba, a juicio de los demandantes, su derecho a la libertad sindical, admitiéndose por el MINISTERIO FISCAL que la ejecución de la consulta a los trabajadores afectados podría haber vulnerado el derecho de libertad sindical de los demandantes.

La estimación de los motivos antes dichos comportaría la nulidad del despido, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS, por lo que los consideraremos en primer lugar, conociendo después, en su caso, sobre los motivos de injustificación de la medida, alegados también por todos los demandantes.

QUINTO. - El período de consultas del despido constituye una manifestación típica de la negociación colectiva, por todas STS 24-07-2014, rec. 135/2013. - Los objetivos del período de consultas son finalistas y obligan a todos los negociadores a promover una negociación de buena fe orientada a evitar el despido, reducir sus efectos y aliviar sus consecuencias para los trabajadores afectados, por todas STJUE de 16-07 y 10-09-2009, C-12/2008 y C-44/2008; STS 27-05-2013, rec. 78/2012 y 17-07-2014, rec. 32/2013.

Se trata, por tanto, de una negociación compleja, cuyo recto desarrollo, conforme dispone el art. 2.3 Directiva 1998/59/CE, transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 51.2 ET, obliga a la empresa, que promueva el despido colectivo, a proporcionar a los trabajadores la información pertinente, entendiéndose como tal aquella que permita asegurar que el período de consultas está en condiciones de alcanzar sus fines, como se ha defendido por la doctrina comunitaria, por todas STJUE de 16-07 y 10-09-2009, C-12/2008 y C-44/2008.

La jurisprudencia, por todas STS 27-05-2013, rec. 78/2012 y 17-07-2014, rec. 32/14, han defendido que el empresario está obligado a proporcionar a los representantes

de los trabajadores la información relevante, entendiéndose como tal aquella que les permita tomar conocimiento del problema y estar en condiciones de realizar ofertas solventes a las propuestas empresariales. - Dichas sentencias han puesto en valor la necesidad de aportar la documentación exigida por el art. 51.2 ET, así como la documentación precisada en los arts. 3, 4 y 5 RD 1483/2012, aunque ha matizado que la falta de aportación de alguno de dichos documentos no provocará mecánicamente la nulidad de los despidos, salvo que haya impedido que el período de consultas alcanzase sus fines, en los términos siguientes:

“En coherencia con esa señalada finalidad, la Sala ha declarado que no todo incumplimiento de las previsiones legales sobre la aportación documental puede alcanzar la consecuencia de nulidad que contempla el art. 124 LRJS [«[l]a sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya ... entregado la documentación prevista en el artículo 51.2» ET], sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada. Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque a pesar de los claros términos imperativos en que se expresan los arts. 3 [«contendrá»], el art. 4.2 [«incluirá»; «deberá aportar»; «deberá informar»; «deberán acompañarse»] y 5 RD 1483/2012 [«incluirá»; «deberá aportar»], así como del art. 51.2 ET [«se consignarán»; «deberá ir acompañada»] y del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «el empresario no haya ... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue, cual es el proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas [art. 51.2 ET]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS] (STS SG 27/05/13 -rco 78/12 - FJ 5.1 ; SG 18/02/14 -rco 74/13-, FJ 7 ; SG 26/03/14 -rco 158/13 - FJ 8.3 ; y SG 25/06/14 -rco 273/13 -).

Para expresarlo más resumidamente, «en suma, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET » (STS SG 25/06/14 -rco 273/13 -).

La misma Sala en STS 18-07-2014, rec. 313/2013 ha precisado, no obstante que, si la empresa no aporta la documentación legal y reglamentariamente exigible, le corresponderá probar que su falta de aportación no impidió que el período de consultas alcanzase sus fines.

En cualquier caso, la información pertinente, que aporte el empresario, habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas para fundamentar el despido, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 y STS 25-06-2014, rec. 165/2013). – 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; SAN 19-12-2012, proced. 251/2012; SAN 24-02-2014, proced. 493/2013; SAN 28-03-2014, proced. 44/2012).

Podría suceder, no obstante, que la documentación aportada sea insuficiente o se cuestione su autenticidad, en cuyo caso será pertinente reclamar otra documentación, pero la carga de la prueba de su pertinencia corresponde a la representación de los trabajadores (SAN 4-04-2013, proced. 63/2013, 20-05-2013, proced. 108/2013 y 28-03-2014, proced. 44/2012), quien deberá haberla reclamado en el período de consultas para que, caso de ser pertinente y no haberse aportado injustificadamente, se declare la nulidad de la medida (SAN 24-02-2014, proced. 493/2013 y SAN 9-07-2014, proced. 463/2013).

Por consiguiente, si la empresa no aportara injustificadamente la documentación legal y reglamentaria o, en su caso, documentación pertinente pedida en el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida empresarial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 19-11-2013, rec. 78/2013), aunque se ha relativizado la importancia de la documentación, cuando se alcanza finalmente acuerdo (SAN 30-09-2013, proced. 225/2013 y SAN 16-05-2014, proced. 500/2013), puesto que el acuerdo acreditaría por sí mismo, que los defectos de información no han impedido que el período de consulta alcanzase sus fines.

Ahora bien, el presupuesto constitutivo, para que la empresa esté obligada a la aportación de documentación relevante, es que dicha documentación obre en su poder, como hemos defendido en SAN 16-05-2014, proced. 500/2013 y 12-06-2014, proced. 79/2014), no siendo exigible la aportación de documentos inexistentes, así como la elaboración de documentos a petición de los representantes de los trabajadores, por cuanto dicha exigencia excede claramente lo exigido legalmente y desborda con mucho las fronteras de la buena fe exigidas al empresario. – Por consiguiente, el empresario deberá aportar documentación pertinente que obre en su poder, pero no estará obligado a la aportación de documentos inexistentes, ni tampoco a elaborarlos durante el período de consultas.

Así pues, acreditado que el empresario aportó en tiempo hábil toda la documentación exigible legal y reglamentariamente, así como un número significativo de documentos relacionados en el hecho probado quinto, exigidos reiteradamente por los representantes de los trabajadores, quienes después no los han hecho valer en la impugnación del despido colectivo, acreditando, de este modo, que la exigencia de la mayor parte de la documentación reclamada era innecesaria, debemos despejar, si la negativa de la empresa a la aportación de las cuentas provisionales de los primeros cinco meses de 2013 constituyó una vulneración de sus deberes de información, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa. – Nuestra respuesta ha de ser necesariamente negativa, por cuanto ni la ley, ni el reglamento exige a las empresas aportar cuentas provisionales de un ejercicio, del que ha aportado las cuentas definitivas debidamente auditadas, ya que su aportación le obligaría, como subrayó ATENTO hasta la extenuación en el período de consultas, elaborar dichas cuentas provisionales, lo que es totalmente inadmisibles. – Por lo demás, dicha actuación empresarial no ha provocado ningún tipo de indefensión a los demandantes, por cuanto en los informes técnicos referidos más arriba se dio cuenta de los datos necesarios para constatar la concurrencia de las causas esgrimidas por la empresa, no pudiendo olvidarse, en todo caso, que se alcanzó finalmente acuerdo con la mayoría de los representantes de los

trabajadores, lo que demuestra, aun más si cabe, que dicha documentación no era relevante.

Como anticipamos más arriba, los representantes de los trabajadores pidieron la aportación de un informe elaborado por experto externo referido al test de deterioro del fondo de comercio, lo que se negó por la empresa, quien se apoyó, para probar la corrección de la contabilización de pérdidas por deterioro del fondo de comercio, en la validación de las cuentas por la auditoría del ejercicio 2013 y en los informes técnicos aportados, que fueron explicados en el período de consultas por sus autores. – Se ha probado (hecho probado décimo) que el 23-07-2014 la empresa dispuso del dictamen pericial, encargado a don Leandro Cañibano Calvo sobre la valoración del fondo de comercio al cierre del ejercicio 2013 y el consiguiente deterioro del valor del mismo registrado en las cuentas anuales de dicho ejercicio, pese a lo cual no lo entregó a los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, que se cerró el 31-07-2014.

Al igual que las cuentas provisionales de los primeros cinco meses de 2013, la empresa no disponía, al iniciarse el período de consultas, de un informe de experto externo sobre el test de deterioro del fondo de comercio, por lo que no se le puede reprochar que no lo aportara por las razones ya expuestas. – Ahora bien, probado que la empresa solicitó su elaboración a un experto externo, quien lo puso a su disposición el 23-07-2013, con bastante antelación a la conclusión del período de consultas, no vemos razón para que no se aportara dicho informe a los representantes de los trabajadores, tal y como se había solicitado, tratándose, en todo caso de un documento pertinente, como demuestran los propios actos de la demandada, quien decidió elaborarlo, aunque contaba con otros elementos de convicción para demostrar la corrección de la operación contable controvertida.

No vemos razón, porque buena parte de la controversia durante el período de consultas se centró en la pertinencia o impertinencia de imputar 17.750.000 euros de pérdidas en el ejercicio 2013 con causa al supuesto deterioro del fondo de comercio, que había provocado precisamente que se cerrara el ejercicio con unas pérdidas de 8.139 MM euros, así como en la exigencia de aportación de un informe de experto externo sobre el test de deterioro y aunque la empresa no estaba obligada a elaborarlo por las razones reiteradas, nos parece indiscutible que, si decidió hacerlo, fue por la propia relevancia del informe, que intentó hacer valer en el acto del juicio.

Consiguientemente, si el informe era relevante y la empresa disponía del mismo con anterioridad suficiente a la conclusión del período de consultas, su decisión de no aportarlo al mismo quebró claramente la buena fe en sus deberes informativos, exigida por el art. 51.2 ET, sin que la previsible impugnación del despido constituya causa de justificación para no aportar el documento en el período de consultas, como subrayó el letrado de la demandada, puesto que si disponía de un informe, que se le había pedido en el período de consultas, cuya relevancia es notoria, por cuanto permitiría constatar si la contabilización del deterioro del fondo de comercio en el ejercicio 2013 constituyó, como reprocharon las secciones sindicales, una operación contable artificiosa o, por el contrario, era obligatoria legal y reglamentariamente y se ajustaba a la legalidad vigente. - Conviene precisar, a estos efectos, que la doctrina comunitaria, por todas STJUE 10-09-2009, C-44/2008, ha dejado claro que es posible aportar documentación no disponible al iniciarse el período de consultas, cuando dicha documentación obra en poder de la empresa.

Así pues, debemos reprochar fuertemente la actitud empresarial en esta materia, a tal punto que, si no se hubiera producido acuerdo en el período de consultas, la consecuencia inexorable sería la nulidad del despido por falta de aportación de la documentación pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS. – Ahora bien, alcanzado un acuerdo que, al menos sobre el papel, ha cumplido con creces los objetivos del período de consultas, por cuanto ha reducido en 154 el número de despedidos y ha aliviado considerablemente la incidencia de la medida en los trabajadores despedidos, a quienes se ha indemnizado con la misma indemnización, que hubiera procedido caso de declararse el despido injustificado, consideramos que el incumplimiento grave de los deberes de información por parte de ATENTO, no ha impedido la consecución de los objetivos del período de consultas, por lo que descartamos declarar la nulidad del despido por esta causa.

SEXTO. – El art. 51.2.d ET dispone que el empresario deberá aportar obligatoriamente los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido para su negociación durante el período de consultas.

La doctrina judicial y la jurisprudencia vienen considerando decisivos, para el control de las causas, los criterios de selección de trabajadores afectados (STSJ Madrid 25-06-2012 y SAN 26-07-2012), que habrá de relacionarse necesariamente con su adecuación a los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012; TSJ Navarra 9-10-2012, rec. 353/2012). – Se ha admitido también la identificación desde el inicio (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012 y STS 17-07-2014, rec. 32/2014). – Se ha mantenido, así mismo, que los representantes de los trabajadores tienen preferencia de permanencia, pero no garantías de ello, cuando se acredita la necesidad de amortizar su puesto (STSJ Asturias 16-11-2012, rec. 2065/2012). – Se ha entendido, no obstante que, si se obliga a los representantes de los trabajadores entre renunciar a sus preferencias o promocionar despidos de centros no afectados, se vulnera el derecho de libertad sindical (SAN 12-06-2013, proced. 143/2013). - Cuando el despido colectivo afecta al sector público, los criterios de selección deben asegurar el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (SAN 28-03-2014, proced. 499/2013), aunque se han considerado ajustados los criterios selectivos, pese a que inicialmente fueran bastante genéricos, si bien se listaron individualmente y se aclararon posteriormente sin protesta sindical (STS 18-02-2014, rec. 74/2013 y 17-07-2014, rec. 32/2014), admitiéndose también la validez de la “evaluación continua” por parte de un Ayuntamiento como criterio de selección, sin perjuicio de las acciones individuales contra los despidos concretos (STS 25-06-2014, rec. 198/2013). - Por otro lado, si la empresa identificó varios criterios selectivos, que no fueron cuestionados por los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, se ha considerado cumplimentado el requisito por la empresa en función de cuantas condiciones y circunstancias concurren en el caso (STS 22-05-2014, rec. 17/2014). - **Se ha defendido, en todo caso, que no aportar criterios selectivos es causa de nulidad del despido, por cuanto ese es el presupuesto para que la extinción se apoye en causa justificada (STS 17-07-2014, rec. 32/2014 y 18-07-2014, rec. 303/2013).**

Por otra parte, la doctrina judicial ha defendido, por todas STSJ Asturias 28-03-2014, rec. 620/2014 y especialmente STSJ País Vasco de 8-04-2014, rec. 527/2014, con apoyo en su sentencia de 11-03-2014 que no es exigible la exhaustividad informativa en los criterios selectivos, optando por la tesis de la suficiencia y de la inequívocidad, conforme a la cual la adecuación de la información facilitada en la

carta de cese acerca de los criterios determinantes de la afectación ha de valorarse atendiendo a si, dadas las circunstancias del caso, la información proporcionada provee al trabajador de elementos bastantes para acceder a un conocimiento claro e indubitado de los motivos de su inclusión en el expediente y le permite impugnarla sin sombra alguna de indefensión, proponiendo los medios de prueba que considere pertinentes, defendiendo, a continuación, que el incumplimiento de los criterios de selección, o su aplicación incorrecta, fraudulenta, abusiva o discriminatoria, o la conculcación de las prioridades de permanencia, pueden ser denunciados por los trabajadores afectados, en los procesos individuales de impugnación de sus despidos.

La Sala en SAN 28-03-2014, proced. 499/2013, ha estudiado el papel de los criterios selectivos en el sector público y privado, alcanzando las conclusiones siguientes:

“Este mismo criterio que condena a la nulidad el despido colectivo cuando la empresa ha hurtado a la negociación colectiva los criterios de selección de los afectados, bien por no especificar los mismos, bien por proporcionar exclusivamente criterios genéricos e imprecisos, no susceptibles de control posterior, ha sido seguido por Salas de lo Social de otros Tribunales Superiores de Justicia, como las de Cataluña (sentencia de 23 de mayo de 2012, procedimiento de instancia 10/2012), Andalucía -Granada- (sentencia de 29 de noviembre de 2012, procedimiento 8/2012), Murcia (sentencia de 9 de julio de 2012, procedimiento 3/2012) ó Madrid (sentencias de 25 de junio de 2012, procedimiento 21/2012, y de 8 de noviembre de 2012, procedimiento 37/2012). Si en el caso de las empresas privadas se produce una vulneración del derecho a la negociación colectiva, que debe extenderse a tales criterios, de acuerdo con la doctrina que se ha citado, en el caso de las Administraciones Públicas a la vulneración de la negociación colectiva se suma otra vulneración sin duda más importante, como es la que proscribire la arbitrariedad en el acceso al empleo público (artículos 9.3 y 23.2 de la Constitución), la cual ha de extenderse también al momento de la pérdida de la condición de empleado público, puesto que de otra manera el derecho se vaciaría de contenido. De ahí que una fijación puramente genérica, no susceptible de precisión y control judicial en su concreta aplicación (control judicial de la Administración que forma parte de un ineludible mandato constitucional al amparo del artículo 106.1 de la Constitución), haya de reputarse ilícita y determinante de la nulidad de los despidos.

La exigencia de determinación de los criterios de selección de los trabajadores despedidos se proyecta en varios momentos: En un primer momento en relación con la negociación colectiva, en el marco de la cual debe someterse a la negociación los criterios de selección que han de aplicarse y, en caso de proporcionar a los representantes de los trabajadores un listado de afectados, los criterios que se han aplicado para su formación. Durante la negociación podrá variarse, en función de la evolución de la misma, tanto el listado de afectados como, en su caso, los criterios fijados para su posterior formación. En el caso de las Administraciones Públicas habrá un segundo momento, al final del periodo de consultas, a la hora de fijar los criterios o listados definitivos en la decisión empresarial o en el acuerdo que pone fin al periodo de consultas, en cuanto tales criterios deben ser suficientemente específicos para permitir una aplicación susceptible de control judicial de la determinación de los afectados, teniendo en cuenta que tales criterios deben estar basados, conforme al mandato constitucional, en los principios de mérito y capacidad. Cuestión distinta será, y ello pertenece a un último momento, que la selección del concreto trabajador despedido se haya producido aplicando

correctamente tales criterios o introduciendo otros distintos, eventualmente discriminatorios, lo que ha de decidirse, cuando así se sostenga, en el marco de un proceso estrictamente individual.

La precisión exigible, como hemos visto, varía entre los distintos supuestos, en la medida en que haya de respetar la causalidad con la circunstancia motivadora alegada, siendo más laxa, en principio, en el caso de las causas económicas globales de la empresa, salvo en el caso de las Administraciones Públicas, porque en tal supuesto, como también hemos dicho, ya desde el primer momento es exigible una precisión mucho más estricta que permita la determinación de los trabajadores afectados sin acudir a decisiones arbitrarias o discrecionales sin relación con los principios de mérito y capacidad. Y, desde luego, esa precisión de los criterios y su vinculación con los principios de igualdad, mérito y capacidad, son elementos esenciales determinantes de la validez de la decisión de despido colectivo en una Administración Pública, incluso si tal decisión hubiese sido pactada con la mayoría de los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

En definitiva, en cuanto a la precisión exigible a los criterios de selección de los trabajadores despedidos habría que diferenciar tres grados:

- a) Una de menor intensidad, en el caso de los despidos fundados en causa económica genérica que afecte a la empresa en general, cuando la empresa sea puramente privada y esté exenta del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución. En ese caso la relación de causalidad entre la causa económica y el despido se establece con carácter general respecto del conjunto de la plantilla de la empresa, por lo que no son precisos criterios demasiados específicos para poder controlar tal relación de causalidad, bastando con que se establezcan criterios que permitan controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos;
- b) Una de intensidad media, en el caso de los despidos fundados en causa organizativa, productiva o tecnológica, o en una causa económica muy específicamente referida a algún sector de la empresa, cuando la empresa sea puramente privada y esté exenta del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución. En ese caso los criterios han de ser lo suficientemente precisos para poder establecer la relación de causalidad entre la causa del despido colectivo y el concreto trabajador afectado, además de permitir controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos;
- c) Una de intensidad máxima, en el caso de los despidos colectivos, cualquiera que sea la causa, que afecten a Administraciones o entes públicos incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución, muy especialmente cuando dentro del ámbito potencial de afectación de los despidos se encuentren trabajadores fijos que hayan superado procedimientos de ingreso en las Administraciones Públicas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. En tal caso los criterios han de ser lo suficientemente específicos, a partir de magnitudes mensurables, para poder determinar mediante su aplicación quiénes son los trabajadores afectados y además dichos criterios deben estar fundamentados en circunstancias dirigidas a valorar el mérito y capacidad de los trabajadores”.

Los demandantes denuncian, que los criterios de selección, propuestos por la empresa demandada al iniciarse el período de consultas, eran imprecisos y

objetivos y aun cuando se corrigieron durante el período de consultas, continúan provocando indefensión. – Señalaron, además, que la inclusión, entre los supuestos de absentismo, de las bajas de larga duración, constituía una manifiesta discriminación, puesto que dicho supuesto no se contempla en el art. 52.d ET, tal y como se refleja en el informe de la Inspección de Trabajo.

La Sala no comparte los reproches de los actores, por cuanto la simple lectura de los criterios selectivos, aportados al inicio del período de consultas, que pivotan sobre dos elementos – productividad y absentismo – están absolutamente pormenorizados y no generan consiguientemente ningún tipo de indefensión, ni son propiamente discriminatorios, como subraya el informe de la Inspección de Trabajo, salvo para las bajas de larga duración sobre las cuales razonaremos posteriormente. – Por lo demás, la productividad y el absentismo, en despido colectivo fundado en causas económicas, productivas y de organización por una empresa privada, constituyen factores objetivos, que en el supuesto debatido se identificaron con precisión para las diferentes áreas de negocio, así como los diferentes puestos de trabajo y se razonó por qué en cada caso.

Se ha acreditado claramente que dichos criterios fueron objeto de negociación en profundidad (hecho probado quinto) y lo que es más relevante se ha probado que la empresa integró la mayor parte de las propuestas sindicales, aceptando la voluntariedad, que ha afectado al 40% de los despedidos y también las víctimas de violencia de género, los dos miembros del matrimonio o pareja de hecho, las trabajadoras en riesgo de embarazo, los afectados por minusvalía superiores al 33%, los trabajadores mayores de 50 años y los permisos retribuidos originados en el convenio colectivo aplicable, demostrando, en todo caso, que se negoció de buena fe y además se alcanzó acuerdo, que fue aceptado, no se olvide, por la mayoría de los representantes de los trabajadores afectados.

No cabe entender tampoco que la inclusión de las bajas de larga duración entre los criterios de selección pueda ser ilegal por vulnerar el artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores, puesto que en aquel caso la causa del despido objetivo es el absentismo por sí mismo y en este caso es económica y productiva. El absentismo aquí no es la causa del despido, sino que se utiliza como criterio, entre otros, para resolver una situación de concurrencia para seleccionar los afectados dentro del colectivo, fuera del supuesto de hecho del artículo 52.d. Por tanto no se está vulnerando la norma legal del artículo 52.d, que no es aplicable al caso, aunque sí podrían estarse vulnerando normas de rango constitucional si se entendiese que el uso como criterio de selección de las bajas médicas de larga duración vulnera el artículo 14 de la Constitución, por ser de naturaleza discriminatoria, como también se dice.

En relación con la discriminación por enfermedad, como subrayamos en SAN 30-10-2014, proced. 149/2014, hay que recordar en primer lugar la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unificada en sentencias de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002 y 12 de julio de 2004 (recursos 1566/2000 , 449/2002 y 4646/2002). Según ésta, el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del

criterio de diferenciación aplicado. Esta distinción (que también se recoge en los artículos 20 y 21 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales a la que se remite hoy el Tratado de Lisboa) tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación. Partiendo de ese primer punto dice el Tribunal Supremo que a pesar de que el artículo 14 de la Constitución incluye entre las causas de discriminación ilícita una cláusula abierta ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social") la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. El Tribunal Supremo nos ha dicho que la enfermedad, en el sentido genérico desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación, esto es, ante enfermedades o padecimientos que tengan una especial significación social y sean objeto habitual de prejuicios sociales o actitudes de apartamiento o discriminación. Por consiguiente y desde esa perspectiva, la exclusión de los periodos de incapacidad temporal sería ilícita cuando la causa de dicha incapacidad derive de enfermedades que puedan considerarse estigmatizantes y con significado social discriminatorio, lo que habrá de apreciarse en cada caso concreto.

A ello ha de añadirse también que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) nos dice que:

"Debe recordarse que, en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, cuando la Unión Europea celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, éstos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión (sentencia de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros, C-366/10, Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada). Ha de recordarse igualmente que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión sobre las disposiciones de Derecho derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (sentencia de 22 de noviembre de 2012, Digitalnet y otros, C-320/11, C-330/11, C-382/11 y C-383/11, Rec. p. I-0000, apartado 39 y jurisprudencia citada). De la Decisión 2010/48 resulta que la Unión ha aprobado la Convención de la ONU. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de ésta, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, la

sentencia de 30 de abril de 1974, Haegeman, 181/73 , Rec. p. 449, apartado 5). Asimismo, del apéndice adjunto al anexo II de dicha Decisión resulta que, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relativos a las materias regidas por la Convención de la ONU. De ello se sigue que la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención"

Y añade después:

"Mediante sus cuestiones primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Además, pregunta si dicho concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable, en el sentido de que también comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable y en el sentido de que la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto. Con carácter preliminar, debe señalarse que, según se desprende de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 41). Conforme a su artículo 3, apartado 1, letra c), esta Directiva se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas, en relación con, entre otras, las condiciones de despido. Es preciso recordar que el concepto de «discapacidad» no se define en la propia Directiva 2000/78. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 43 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, que debe entenderse que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Por su parte, la Convención de la ONU, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009, es decir, después de que se dictara la sentencia Chacón Navas, antes citada, reconoce en su considerando e) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Habida cuenta de las consideraciones mencionadas en los apartados 28 a 32 de la presente sentencia, el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Además, se deduce del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención

de la ONU que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo». Procede añadir asimismo que, tal como señaló la Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57). La circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad». Contrariamente a lo que alegan DAB y Pro Display, una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional. A este respecto, procede considerar que el concepto de «discapacidad», tal como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no, como aducen DAB y Pro Display, como una imposibilidad de ejercer tal actividad. El estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de «discapacidad». Por lo demás, una interpretación como la propuesta por DAB y Pro Display sería incompatible con el objetivo de la Directiva 2000/78, que tiene como finalidad que una persona con discapacidades pueda acceder al empleo o tomar parte en él. Además, la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de «discapacidad» en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de ésta. Conforme al decimosexto considerando de la Directiva 2000/78, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad. Por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad. Asimismo, las medidas o los ajustes a que se refiere el vigésimo considerando de la Directiva permiten respetar la obligación que emana del artículo 5 de dicha Directiva, pero son aplicables sólo a condición de que exista una discapacidad. De las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en

igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto".

Por tanto de dicha jurisprudencia europea resulta que si la enfermedad, aunque sea curable, produce una imposibilidad de integración en la vida laboral a largo plazo, ha de considerarse como una situación de discapacidad y la diferencia de trato por causa de la misma es discriminatoria.

Así pues, la aplicación como criterio de selección de la situación de baja médica de larga duración no es necesariamente discriminatoria, pero sí puede serlo cuando afecte a trabajadores que sufran enfermedades de naturaleza estigmatizante o cuando afecten a trabajadores cuya situación pueda calificarse de discapacidad, aunque no sea definitiva, en los términos de la jurisprudencia expresada. Tales extremos habrían de verificarse en la aplicación de dichos criterios de selección y podrían ser cuestionados por los interesados en los litigios individuales mediante el ejercicio de la acción individual de despido, sin que en estos momentos pueda considerarse como una causa de nulidad del conjunto del despido colectivo, como se pretende. Incluso de estimarse la nulidad de dicho criterio en su conjunto, ello no conduciría a la pretendida nulidad de todo el despido colectivo, sino solamente a la de dicho criterio selectivo, dado que, aún suprimiendo el mismo, restarían criterios selectivos suficientes que permitirían la aplicación del despido colectivo.

No procede, por consiguiente, declarar la nulidad del despido por los criterios de selección, que cumplieron esencialmente las exigencias del art. 51.2.d ET.

SÉPTIMO. – Los demandantes denuncian finalmente la vulneración de su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, por cuanto el período de consultas se cerró propiamente sin acuerdo, remitiéndose la decisión a los trabajadores afectados, cuyo listado no se identificó, habiéndose organizado una votación artificiosa, sin censos, sin publicitar la composición de la mesa de votación, no permitiéndose el control por parte de los sindicatos que no firmaron la denominada "oferta vinculante" de 31-07-2014. – Los demandados defendieron, por el contrario, que hubo un acuerdo, una vez agotada la negociación del período de consultas, condicionado a la aceptación por la mayoría de los trabajadores afectados, por lo que se cumplió escrupulosamente lo dispuesto en el art. 51.2 ET, en relación con lo previsto en el art. 28.1 RD 1483/2012.

El artículo 28.1 RD 1483/2012 dispone que los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes, disponiendo, a continuación, que sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a que se refiere el art. 26 del RD 1483/2012, aunque nada impide que los sujetos legitimados para suscribir el acuerdo condicionen su decisión final a la consulta de los trabajadores afectados, como dijimos en SAN 16-05-2014, proced. 500/2013.

La simple lectura del denominado acuerdo vinculante de 31-07-2014, así como el desarrollo probado de la votación, nos permite concluir lo siguiente:

a. – Que se suscribió por 8 de los trece componentes de la comisión negociadora del período de consultas, cumpliendo, por consiguiente, los requisitos exigidos por el art. 28.1 RD 1483/2012.

b. – Que los firmantes del acuerdo admiten, a iniciativa de UGT, CCOO y FASGA, que la negociación ha concluido.

c. – Que los sindicatos citados se comprometieron a admitir en sus propios términos lo convenido, si bien condicionado a la decisión mayoritaria de los trabajadores afectados, comprometiéndose también la empresa a respetar la decisión de los trabajadores afectados.

d. – Que la empresa organizó con los sindicatos firmantes la votación, para lo cual proporcionó el listado de los trabajadores afectados a UGT, CCOO y a FASGA, quienes organizaron con la empresa el referéndum, sin permitir la participación de los demás sindicatos implantados en la empresa, ni tampoco de los representantes unitarios.

e. – Que se celebraron asambleas en los centros de trabajo sin que se limitara la participación de secciones sindicales, ni tampoco de los representantes unitarios de los trabajadores.

f. – Que los trabajadores afectados conocieron su inclusión en el despido, cuando se les llamó a votar el 6-08-2014.

g. – Que la composición de las mesas electorales no se publicitó de ninguna manera y no se permitió el acceso de las secciones sindicales no firmantes, así como de los representantes unitarios, ni a la votación, ni tampoco al recuento de los votos.

h. – Que se permitió votar a 672 trabajadores, de los cuales votaron a favor 445 y 96 en contra, por lo que se produjo una sorprendente abstención de 131 trabajadores afectados. – Conviene precisar aquí lo insólito del censo electoral, puesto que se votaba si se aceptaba la oferta vinculante, en cuyo caso los afectados serían efectivamente 672 trabajadores, mientras que si no se aceptaba se produciría el despido de 826 trabajadores, pese a lo cual se consideró únicamente afectados a los 672 trabajadores que serían despedidos si se ratificaba mayoritariamente el acuerdo.

Debemos despejar, en primer lugar, si el período de consultas concluyó con acuerdo entre ATENTO, UGT, CCOO y FASGA, quienes acreditaban la mayoría de los representantes de la comisión, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta positiva. – Nuestra respuesta ha de ser necesariamente positiva, con independencia de algunas manifestaciones insólitas realizadas en la reunión de 31-07-2014 por alguno de los sindicatos firmantes, quienes afirmaron que no estaban de acuerdo con la oferta, sino con someterla a votación de los afectados, por cuanto lo relevante es la denominada oferta vinculante, donde sus firmantes subrayan que la negociación está suficientemente avanzada como para someter a los trabajadores afectados la propuesta, comprometiéndose a asumirla en todos sus términos. – Por consiguiente, no se desplazó a los trabajadores afectados un nuevo proceso negociador, como sugirió USO, sino un acuerdo perfectamente definido y cerrado, asumido por UGT, CCOO y FASGA, quienes lo condicionaron únicamente a la aceptación de los trabajadores afectados.

Conviene subrayar, a estos efectos, que UGT, CCOO y FASGA tenían legitimación suficiente para alcanzar el acuerdo, sin necesidad de someterlo a los trabajadores afectados, porque así los facultaba el art. 51.2 ET, en relación con el art. 28.1 RD 1483/2012. – Por consiguiente, su decisión de someter a referéndum dicho acuerdo buscaba un plus de legitimidad democrática, cuyas razones de oportunidad nos parecen razonables, si se tiene presente que la oferta final de la empresa, que los sindicatos firmantes hicieron suya, es exactamente igual que si el despido se declarara injustificado, validando, por ello, que los afectados decidieran activamente si preferían asumir los riesgos de un despido colectivo sin acuerdo, o las certezas que proporcionaba el acuerdo.

Nada que objetar, por tanto, a que los sindicatos firmantes condicionaran su decisión final a la aprobación o negación por parte de los trabajadores afectados, pero dicha decisión, cuya legitimidad no cuestionamos, significa que unas secciones sindicales, que podrían haber cerrado el proceso por sí mismas, puesto que contaban con las mayorías necesarias, desplazaron la decisión definitiva a los trabajadores afectados, con lo cual abrieron voluntariamente un nuevo espacio de controversia sindical, que no se hubiera abierto si hubieran firmado directamente el acuerdo.

En efecto, si los firmantes del acuerdo condicionaron su decisión definitiva a la postura mayoritaria de los trabajadores afectados, cuya composición es necesariamente plural, dado que habrá afiliados a UGT, CCOO y FASGA, pero también a CGT, STC, USO y a otros sindicatos, así como trabajadores no afiliados, se hace absolutamente evidente, a nuestro juicio, que los sindicatos no firmantes tenían derecho a influir eficientemente en la decisión de los trabajadores, a quienes UGT, CCOO y FASGA llamaron generosamente a decidir. – Tenían derecho, además, a controlar el cumplimiento de la condición, asumida por ATENTO, UGT, CCOO y FASGA el 31-07-2014, en sus propios términos y con las debidas garantías democráticas, lo que sería imposible si no conocían el censo de afectados con anterioridad a la votación, ni la composición imparcial de mesas electorales, ni el modo de asegurar el ejercicio del voto personal, libre y secreto de los afectados y si, además, el recuento de votos no se iba a realizar públicamente y con todas las garantías de imparcialidad.

Admitir la tesis contraria, según la cual el cumplimiento de la condición afectaba únicamente a los firmantes del acuerdo y a los trabajadores afectados, lo cual justificaba la exclusión de los sindicatos no firmantes, comportaría que los firmantes se apropiarían de los afectados, cuya voluntad democrática quedaría a su arbitrio, puesto que fueron ellos los que decidieron quien votaba, excluyendo sorprendentemente a los 154 trabajadores previstos inicialmente y excluidos en la oferta vinculante, aunque se verían afectados por el despido, si no se aceptaba mayoritariamente por los 672 afectados finales. – Fueron también ellos quienes controlaron la votación, así como el modo en que se ejerció el voto y finalmente el recuento de los votos.

La Sala no cuestiona que los firmantes del acuerdo organizaran la votación, puesto que no existe una regulación legal para la organización de referéndum en la empresa, sin que quepa la aplicación analógica, al menos en su totalidad, de los artículos 77 a 80 ET, por cuanto la convocatoria se realizaba por secciones sindicales y no por representantes unitarios y no convocaba al voto a toda la plantilla de cada centro, sino a los despedidos en cada centro. – Pero una cosa es el derecho a organizar la votación y otra las condiciones en que se organiza la

votación, puesto que si no se publicitó el censo de afectados, ni la composición pública e imparcial de las mesas electorales, ni se aseguró el voto personal, libre y secreto de los afectados, siendo llamativo que no votaran la totalidad de los 672 trabajadores llamados a la votación, puesto que 131 afectados no votaron, ni se recontó de modo público el resultado, no puede admitirse que se cumpliera la condición en los términos pactados en el acuerdo de 31-07-2014 con una mínimas garantías democráticas.

Como anticipamos más arriba, la delegación de la decisión en los trabajadores afectados, supuso que las secciones firmantes renunciaran a su derecho a concluir por si mismas el período de consultas con acuerdo, así como la apertura de un nuevo espacio de confrontación sindical para el cumplimiento de la condición, puesto que CGT, STC y USO, que tenían cinco representantes en la comisión negociadora, no firmaron el acuerdo, teniendo derecho, por consiguiente, a influir eficientemente en los trabajadores afectados para que votaran en contra de la propuesta de UGT, CCOO y FASGA.

Se ha demostrado que no se les entregó el censo de votantes, ni se les explicó la composición de las mesas electorales, ni el sistema de votación, no permitiéndoseles participar ni en el proceso de votación, ni tampoco en el recuento de los votos, lo que acredita, a nuestro juicio, una vulneración frontal de su derecho a la libertad sindical, en su vertiente funcional a la negociación colectiva, puesto que se les impidió influir de modo efectivo en una decisión que afectaba a sus afiliados, así como al resto de trabajadores afectados por el despido colectivo, a quienes aspiran legítimamente a representar, al haberles impuesto el supuesto cumplimiento de una condición, cuya ejecución no ha asegurado las mínimas garantías democráticas. – Dicha conclusión no puede enervarse, porque participaron en las asambleas celebradas entre el 1 y el 6-8-2014, por cuanto no disponían del dato fundamental, que era el censo de afectados, impidiéndoseles influir personalmente en dichos trabajadores, algunos de los cuales estaban afiliados a dichos sindicatos.

La Sala ha precisado, por todas SAN 16-05-2014, proced. 500/2013 que las irregularidades, producidas en el período de consultas, no provocan mecánicamente la nulidad del despido, pudiendo suceder que se anule o no se le de valor al acuerdo, sin que dicha circunstancia comporte la nulidad del despido, puesto que el art. 51.2 ET no exige, para que el empresario despidiera colectivamente, que el período de consultas concluya con acuerdo y ello es así por cuanto la consecución de acuerdos en el período de consultas no constituye título habilitante para despedir, sino un límite a la decisión que el legislador confiere a favor del empresario. - Dicha doctrina no es aplicable al supuesto debatido, por cuanto aquí ATENTO, al igual que UGT, CCOO y FASGA, se sometió a la decisión de los trabajadores afectados, como se deduce del apartado denominado "RATIFICACIÓN Y VINCULACIÓN A LA TOTALIDAD" de la "OFERTA VINCULANTE PENDIENTE DE APROBACIÓN POR LOS TRABAJADORES EN REFERÉNDUM", de manera que asoció **indisolublemente la decisión de despedir colectivamente al resultado del referéndum**, que organizó solidariamente con los sindicatos firmantes al punto de que expresamente manifestó ATENTO que si la oferta no fuera aceptada, quedará sin efecto, quedando la empresa libre de todas las propuestas incluidas en la misma. De este modo la oferta empresarial quedó plenamente contaminada con el desarrollo del referéndum. - Consiguientemente, acreditada la vulneración de la libertad sindical de los sindicatos demandantes en la organización del referéndum, se hace

evidente que el despido colectivo, ejecutado por ATENTO, vulneró el derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional del derecho a la negociación colectiva.

Así pues, nos vemos obligados a declarar la nulidad del despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS, puesto que la vulneración del derecho a la libertad sindical de los demandantes se ha producido en el período de consultas del despido colectivo, al haberse condicionado el acuerdo a una decisión de los trabajadores afectados, en cuya gestación se les ha preterido, lo que ha supuesto objetivamente que el resultado de la votación quede absolutamente cuestionado, al no haberse asegurado las mínimas garantías democráticas, tal y como defendió el MINISTERIO FISCAL.

La declaración de la nulidad del despido, nos impide entrar a conocer sobre las razones de su justificación o injustificación.

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

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

FALLAMOS

En la demanda de impugnación de despido colectivo, promovida por CIG contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, SLU, UGT, CCOO y FASGA, estimamos la excepción de falta de legitimación activa de dicho sindicato, alegada por UGT, por lo que no entramos a conocer del fondo del asunto de la misma.

Estimamos parcialmente las demandas acumuladas de impugnación de despido colectivo, promovidas por STC, CGT y USO, declaramos la nulidad del despido y condenamos solidariamente a ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, SLU, UGT, CCOO y FASGA a estar y pasar por dicha declaración. Condenamos a ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, SLU a readmitir a los despedidos en sus propios términos, así como abonarles los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 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 nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0251 14; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0251 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico

por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, 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.