

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Núm. de Procedimiento: 0000213/2014
Tipo de Procedimiento: DEMANDA
Índice de Sentencia:
Contenido Sentencia:
Demandante: FSC-CC.OO; CGT;
Codemandante:
Demandado: UNIPOST SA;

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA

SENTENCIA Nº: 0172/2014

Ilmo. Sr. Presidente:
D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

Madrid, a veintidos de octubre 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 0000213/2014 seguido por demanda de FSC-CC.OO(Letrado Miquel Josep Serra); CGT(Letrado Jacinto Morano); contra UNIPOST SA(Letrado Alex Santacana y Folgueroles); sobre impugnación despido colectivo .Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Según consta en autos, el día 17 de julio de 2014 se presentó demanda por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO), contra Unipost S.A., señalando como partes interesadas a la Unión General de Trabajadores (UGT), la Unión Sindical Obrera, el comité intercentros de Unipost S.A. y la Confederación General del Trabajo (CGT). La indicada demanda tiene por objeto la decisión empresarial de despido colectivo que se manifiesta que le fue comunicada por la empresa el día 18 de junio de 2014. Posteriormente, mediante escrito presentado el 21 de julio de 2014, corrigió la demanda para suprimir a los sindicatos y comité intercentros como interesados, dado que se trataba de demanda de despido colectivo sin acuerdo. El 21 de julio de 2014 la central sindical Confederación General del Trabajo presenta demanda contra Unipost S.A. impugnando la misma decisión de despido colectivo, que se manifiesta que fue comunicada a dicha central sindical el 20 de junio de 2014.

Segundo.- La Sala acordó el registro de las demandas y su acumulación y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 16 de octubre de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio.

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. – Las partes demandantes se ratificaron en su demanda, exponiendo el representante procesal de las mismas los motivos que fundan su pretensión. Se opuso a la estimación de la pretensión la parte demandada, por los motivos que igualmente argumentó, alegando en primer lugar la excepción de caducidad de la acción ejercitada por la Confederación General del Trabajo. Todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

Quinto. – De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

- Se notificó el despido colectivo a todas las secciones sindicales el 18.6.14, lo publico CGT en su blog.
- Se decidió que las negociación sería por secciones sindicales, no pudo constituirse la mesa negociadora por discrepancias entre las secciones CGT, CC.OO , UGT y USO.
- En las reuniones del periodo de consultas 30-4; 8-5; 16-5; 23-5, no hubo acuerdo de cual era la distribución de vocalías entre la parte social.
- En todo el periodo de consultas ha habido negociación y debate sobre los criterios de selección, número de afectados, fecha de ejecución, cuantía indemnizatoria.
- Se pacto que se retiraría el ERTE en la medida en que se desplegara los efectos del ERE.
- En la Comisión de Seguimiento del acuerdo del 24.2.14 en su reunión de 8 de Octubre se acordó que el máximo de despidos no superaría a 200.
- La situación de la empresa se ha mantenido estable.

HECHOS PACIFICOS:

- En el acta de 30 de Mayo CC.OO manda un burofax de 27 de Mayo en que se expresa que todo el proceso era nulo por no constituirse la Comisión Negociadora.
- En el informe de la Inspección de Trabajo se pone de manifiesto que no ha habido mala fe de la empresa en la negociación.
- En el acuerdo de 24.2.14 validado por esta Sala se había pactado que se promovería un ERE.
- El ERTE en vigor fue validado por Sentencia firme.
- La empresa tiene 21 millones de Euros de pérdidas.
- La empresa tuvo un 35% de reducción de actividad y 3% de reducción de personal.
- Los criterios de selección la Inspección de Trabajo indica que no son discriminatorios.
- Se distingue dos colectivos, operarios y técnicos respecto de los técnicos solo 7 son afectados de Administración y se aplicarían criterios de voluntariedad, amortización del puesto y en el supuesto en que dos personas estuvieran en la misma situación se atendería a la evaluación.
- Respecto del grupo de operarios los criterios de selección serían: 1) voluntariedad, 2) centro por centro factores como antigüedad, expediente, absentismo hasta el 5% anual excluyendo la actividad sindical, IT, etc.
- En la notificación a la Autoridad Laboral en 20.6.14 se aportaron las comunicaciones sin firmar.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Unipost S.A.U es una entidad mercantil cuya actividad es la promoción, difusión, comercialización, recogida, tratamiento y clasificación, franqueo, almacenamiento, transporte tanto por carretera, como naval y aéreo, distribución y entrega de bienes e información, impresos, envíos, etc. UNIPOST tiene centros propios y así mismo franquicias. Su plantilla es de alrededor de 2500 trabajadores. La empresa está participada al 100% por Unipost Servicios Generales S.L., que también tiene el 100% de Suresa CIT SLA, que tiene la misma actividad que Unipost SAU en distintas poblaciones dentro de España y genera la totalidad de sus ingresos por servicios facturados a Unipost SAU.

A noviembre de 2013 el resultado de explotación del ejercicio de la sociedad Unipost era negativo en 6.993.353 euros. Sumando los resultados negativos financieros las pérdidas eran de 8.076.560 euros.). A la misma fecha el resultado de explotación del grupo era negativo en 8.075.102 euros, siendo el resultado total negativo en 9.097.790 euros. La empresa Unipost SAU tenía un exceso de capacidad productiva en función de su plantilla para atender a su volumen de producción de alrededor de un 20%.

SEGUNDO.- En los últimos años en UNIPOST se han adoptado las siguientes medidas laborales en relación con la situación de desequilibrio económico:

En 2010 un expediente de Regulación de Empleo de extinción de 93 contratos de trabajo y pacto de congelación salarial.

En marzo de 2011 un expediente de Regulación de Empleo nº 39/11 con resolución de fecha 23 de marzo 2011, en virtud del cual se autoriza la reducción de jornada de un 15% hasta el 31 de diciembre de 2011, con una afectación de 640 trabajadores, ("ERE 2011").

En enero de 2012 otro expediente de Regulación de Empleo nº 3489/11 con resolución de fecha 30 de diciembre 2011, en virtud del cual se autoriza la reducción de jornada en un porcentaje del 25% durante 365 días de 1.972 contratos de trabajo ("ERE 2012").

En abril de 2012 un acuerdo de congelación salarial y prórroga del convenio colectivo de empresa hasta el 31-12-2013.

En agosto de 2012 tramitación de un procedimiento de inaplicación salarial de las tablas contenidas en el III Convenio Colectivo de UNIPOST SA 2011-2013, por causas económicas y productivas, el cual fue denegado por la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos.

En octubre de 2012 suspensión de contratos de hasta 120 días hábiles a aplicar desde el 24 de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 o, alternativamente, en función el centro de trabajo, reducción de jornada de hasta un 30% en el mismo periodo ("ERE 2013").

En agosto y septiembre de 2013 inaplicación de las tablas salariales (reducción de un 10%) del III Convenio Colectivo de UNIPOST S.A. para los meses de agosto a diciembre de 2013 y enero a abril 2014, así como modificación salarial con reducción del 10% de los complementos salariales y extrasalariales a mayores sobre el convenio a partir del 1 de septiembre de 2013.

TERCERO.- El 6 de noviembre de 2013 la empresa notificó al comité intercentros y a las secciones sindicales la apertura del periodo de consultas para la suspensión de contratos de trabajo en base a causas económicas, organizativas y productivas. La empresa propuso la suspensión de hasta 120 hábiles días de trabajo desde el día 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014. En la misma fecha abrió un periodo de consultas simultáneo de un despido colectivo para la extinción de 500 puestos de trabajo y otro para la inaplicación del convenio colectivo y modificación sustancial consistente en la reducción de salarios de un 10% adicional al ya aplicado.

En relación con la causa actual de las medidas propuestas se decía en la memoria de la empresa lo siguiente:

"Como se aprecia de la documentación económica que se adjunta así como de los cuadros reseñados, a pesar de los altísimos niveles de aplicación del ERTE de reducción y suspensión de 2013 así como la inaplicación salarial mencionada, UNIPOST acumula ya a septiembre de 2013 unas pérdidas de - 6.798.802 y de acuerdo con la previsión cerrará dicho ejercicio con unas pérdidas de -9.990.000€. Como se puede apreciar, el dramático incremento de las pérdidas a septiembre 2013 se ha producido teniendo en cuenta el descenso experimentado en la facturación en relación con el mismo periodo del ejercicio anterior. En octubre de 2012, la Sociedad planteó un ERTE, para el periodo comprendido entre el 24 de diciembre de 2012 y 31 de diciembre de 2013, de suspensión de hasta 120 días hábiles o reducción de jornada de hasta un 30% de la totalidad de la plantilla, medida que se decidió aplicar sin haber alcanzado acuerdo con los Representantes de los Trabajadores pero que ha sido posteriormente revisada y validada por la

Jurisdicción Social (Audiencia Nacional). Asimismo se planteó en el mismo expediente la extinción de 250 puestos de trabajo, si bien finalmente se renunció a la aplicación de esta medida. Por otro lado, se están aplicando una reducción salarial equivalente al 9,53% desde el 1 de agosto de 2013, en virtud de Resolución de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Organismo que tras no alcanzarse acuerdo con los Representantes de los Trabajadores autorizó esta medida con efectos 1 de agosto de 2013 hasta el 30 de abril de 2014, estimándose que se daban las circunstancias económicas prevista en la legislación laboral vigente y en virtud de una modificación de condiciones de trabajo, al amparo de lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores con efectos 1 de septiembre de 2013. Este conjunto de medidas supone a la Sociedad un menor coste de personal estimado para todo el ejercicio 2013 de aproximadamente 9.300.000 euros".

En cuanto a la necesidad de las medidas se explicaba:

" En caso de no adoptarse las medidas que se pretenden por la Empresa, la previsión de los resultados del ejercicio 2013 y 2014 del grupo mercantil evidencian un incremento de las pérdidas hasta alcanzar los -9.990.000€ para el año 2103 y de 17.620.000 euros para el año 2014, lo que supone un aumento inasumible para la viabilidad de la Empresa".

En aquel periodo de consultas la empresa explicó que su intención era aplicar el ERE y no el ERTE, pero el problema viene por el dinero necesario para ello. Como ahora no se tiene, se aplicará el ERTE para conseguir reducir los gastos desde el primer día y conforme se tenga la financiación necesaria, se irá aplicando el ERE y se dejará de aplicar el ERTE. Siempre que el ERE se aplique en su totalidad en un centro de trabajo, se dejará de aplicar el ERTE en ese mismo centro. Únicamente se seguiría aplicando el ERTE en un centro ya afectado si volviera a bajar de forma importante la actividad.

Durante el periodo de consultas la empresa desistió del despido colectivo, adoptando la decisión, que notificó el 18 de diciembre, de aplicar una suspensión de contratos de 120 días hábiles o 180 días naturales a toda su plantilla desde el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, fijándose en anexo el calendario aplicable a cada trabajador, así como las reducciones salariales del 10% de conceptos salariales y extrasalariales por encima de convenio. Al mismo tiempo inició un procedimiento de inaplicación de convenio colectivo ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el cual fue denegado por la misma en resolución de 14 de enero de 2014.

La empresa inició un nuevo procedimiento de inaplicación de convenio colectivo y modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia salarial y el 24 de febrero de 2014 se llegó a un acuerdo entre la empresa y la mayoría del comité intercentros, formada por los representantes de la Unión General de Trabajadores y la Unión Sindical Obrera, el cual consta en el descriptor 3 de los autos y se tiene por reproducido en su integridad. Del mismo cabe destacar el siguiente contenido:

-Reducción salarial, con efectos del 1 de enero de 2014, del 7% sobre las tablas del convenio colectivo ya previamente reducidas en un 10%;

-Reducción salarial, con efectos del 1 de enero de 2014, de un 12% de los complementos por encima del convenio colectivo, sustituyéndose con dicho acuerdo la decisión empresarial en materia salarial de 18 de diciembre de 2013.

-Una recuperación de las reducciones salariales mediante subidas salariales pactadas entre 2015 y 2018.

- En relación con el ERTE, que durante el período de suspensión de los contratos de trabajo no afecta ni al devengo de las vacaciones del año 2014 ni a los días de disfrute, debiendo por tanto la Empresa a tal efecto adecuar los calendarios de vacaciones del año 2014 con los cambios oportunos. Y también que el personal afectado con más de 1 mes de ERTE no se les aplicase más de 1 mes consecutivo de suspensión de contratos.

-La obtención de fondos por parte de la empresa para poder financiar su actividad y el conjunto de medidas previstas, mediante una ampliación de capital de 3 millones de euros a desembolsar por completo durante marzo de 2014, un plan adicional de financiación con entidades financieras y recursos propios adicionales por valor de 6 millones de euros, que había de completarse durante mayo de 2014 y una renegociación de la deuda bancaria prevista para abril de 2014.

-Plazos para el abono de los salarios pendientes de pago a los trabajadores y fechas de pago estrictas a partir de julio de 2014

-En relación con un futuro despido colectivo pactaron literalmente lo siguiente:

"3.1.- DESPIDO COLECTIVO. La Empresa manifiesta que existe un excedente de plantilla de aproximadamente del 20%, excedente que ya no puede considerarse coyuntural sino que tiene carácter estructural. Por ello, y con el fin dimensionar la estructura de la empresa de forma que permita la viabilidad de forma consistente a largo plazo de la misma, las partes acuerdan que la Dirección de la Empresa abrirá un nuevo proceso de negociación de despido colectivo durante la segunda quincena del mes de Abril de 2014 con el fin de implementar el citado despido colectivo a efectuar como máximo el 31 de Mayo de 2014, cuyas condiciones serán, como mínimo, las condiciones previstas en la propuesta que la Empresa realizó el 10 de diciembre de 2013. La aplicación de esta medida hará que el ERTE en aplicación desde el 1 de enero de 2014, y hasta el próximo 31 de diciembre de 2014, deje de aplicarse a partir del 1 de junio de 2014. Ambas partes acuerdan que con el fin de reducir lo máximo posible el impacto social de la reestructuración pendiente de realizar, se negociará en el marco de la comisión de seguimiento del presente acuerdo fórmulas para la recolocación de personal excedente en nuevas posiciones que se puedan generar desde la firma del presente acuerdo hasta el momento en que se haga efectiva la reestructuración mediante despido colectivo".

-Creación de una comisión de seguimiento del pacto compuesta por dos miembros por parte de la empresa, un representante de UGT y otro de USO, entre

cuyas competencias estaba el seguimiento del acuerdo, negociar fórmulas de recolocación para reducir el impacto de la reestructuración de plantilla y cualquier otra cuestión que permitiese gestionar los acuerdos adecuadamente.

Impugnados por los sindicatos Comisiones Obreras y Confederación General del Trabajo la decisión empresarial de 18 de diciembre de 2013 sobre suspensión de contratos y el acuerdo de 24 de febrero entre la empresa y el comité intercentros sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación de convenio colectivo, la primera demanda fue desestimada por sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 2014 (procedimientos 13/2014) y la segunda fue estimada parcialmente por sentencia de la misma fecha (procedimiento 74/2013), exclusivamente en lo relativo al carácter retroactivo de la reducción salarial pactada. Debe especificarse que en el marco del procedimiento 74/2013 los demandantes cuestionaron la legitimación para pactar el acuerdo por parte del comité intercentros, por tener mayoría en el mismo los sindicatos UGT y USO, quienes no la tendrían ya en función de los resultados electorales producidos en la empresa, conforme a los cuales la mayoría habría pasado a ser de CCOO y CGT. Esta Sala rechazó tal argumentación porque en el momento de la firma del acuerdo la composición del comité intercentros, constituido con arreglo al convenio colectivo aplicable, no había sido modificada conforme a las previsiones aplicables, siendo por tanto su composición válida a efectos de la negociación y acuerdo.

CUARTO.- El 22 de abril de 2014 la empresa Unipost remitió a las secciones sindicales de UGT, USO, CCOO y CGT, así como al comité intercentros, comunicación manifestando su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo el día 30 de abril de 2014, convocando a los citados representantes para dicha reunión inicial e instando a los mismos para que con anterioridad a dicha fecha constituyesen la comisión representativa de los trabajadores (descriptores 6 y 67).

El día 30 de abril de 2014 se celebró la primera reunión del periodo de consultas (acta obrante en el descriptor 7). La empresa entregó a los representantes de los trabajadores (a cada una de las secciones sindicales) la comunicación de inicio del periodo de consultas de un despido colectivo de 372 trabajadores por causas económicas y productivas, que debieran ejecutarse antes del 30 de septiembre de 2014, así como la siguiente documentación (descriptores 8 y 69):

a) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 1: Copia de la comunicación dirigida a los representantes de los trabajadores de su intención de iniciar el proceso de despido colectivo.

b) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 2: Listado del número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la medida de despido colectivo.

c) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 3: Sin contenido. Aunque en el índice de documentación se dice que en este lugar se entrega la documentación acreditativa de la constitución del Comité Intercentros y la atribución al mismo de la capacidad de negociar el presente ERE, lo cierto es que no consta tal documento como entregado y en el acta de la reunión del 30 de abril, como veremos, lo que se acuerda es que la negociación se llevará a cabo por las secciones sindicales. En la posterior comunicación a la Autoridad Laboral el documento que se inserta como

anexo número 3 es el acta de la reunión de 30 abril de inicio del periodo de consultas.

d) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 4: Listado del número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año en la Empresa.

e) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 5: Copia de la escritura de apoderamiento del legal representante de UNIPOST, firmante de la presente comunicación en nombre y representación de la Empresa.

f) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 6: Memoria explicativa de los motivos, hechos y causas en los que se fundamenta la medida y motivan la adopción de la misma, así como de los criterios de afectación de los trabajadores afectados.

g) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 7: Informe Técnico elaborado por expertos independientes ajenos a la Empresa, justificativo de las causas que fundamentan la adopción de la medida de despido colectivo.

h) Como DOCUMENTOS ANEXO 8 Y 9: Cuentas anuales de UNIPOST S.A.U. debidamente auditadas, correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012, incluyendo:

- a. Balances de situación.
- b. Cuentas de pérdidas y ganancias.
- c. Estados de cambios en el patrimonio neto.
- d. Estados de flujos de efectivos.
- e. Memorias de los ejercicios e informe de gestión.

i) Como DOCUMENTOS ANEXOS NUMEROS 10 Y 11: Cuentas anuales e informe de gestión consolidados del grupo mercantil debidamente auditadas correspondientes a los ejercicios económicos 2011 y 2012.

j) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 12 Y 13: Cuentas provisionales del ejercicio 2013 a 31 de diciembre con cierre provisional y cuentas provisionales relativas al primer trimestre de 2014 (balance y cuentas de pérdidas y ganancias) de UNIPOST SAU y consolidado a fecha de 31/03/14 debidamente firmadas por los representantes de la Empresa.

k) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 14: Declaraciones anuales del Impuesto sobre el Valor Añadido relativos a los ejercicios 2011, 2012 y 2013 (modelo 390) de UNIPOST SAU, para acreditar la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas.

l) Como DOCUMENTO ANEXO NÚMERO 15: Plan de recolocación externa.

En el listado de trabajadores afectados por el despido (descriptor 68) se especificaba el número de afectados dividiéndolos por provincias y centros dentro de cada provincia y distinguiendo entre el grupo de operativa y el grupo de técnicos y administrativos. De este último grupo el número de afectados era de 7. En la memoria (descriptor 72) se dice que los criterios aplicables para la selección de los concretos trabajadores despedidos serían los siguientes:

. Afectación por centro: Las 372 extinciones se realizarán de acuerdo al número de afectados por población previsto en el Anexo 2.

. Voluntariedad: Durante el proceso se abrirá la posibilidad de que los trabajadores voluntariamente se presenten como posibles afectados por la extinción

del contrato. Los trabajadores interesados deberán dirigirse por escrito remitido a la Dirección de Recursos Humanos de la Empresa.

De dicha posibilidad de adscripción voluntaria se excluye a:

. Personal de 50 o más años: Esta exclusión por edad se realizan en consonancia con la reciente legislación que pretende el favorecimiento de la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad promoviendo el envejecimiento activo (Real Decreto Ley 5/2013) y con el fin evitar el sobrecoste económico que puede o podría producir la afectación de dichos trabajadores, inasumible en la actual situación económica y de tesorería de la Empresa.

. Se limitara el número de adscripciones voluntarias a las previstas por Grupo profesional por centro de trabajo. La Empresa se reserva en cualquier caso la opción de no aceptación de solicitudes de personal Directivo, así como del incluido en el Grupo Profesional de Técnicos y Jefaturas Operativas y los que tenga categoría de Asesor Comercial.

. Edad: El despido colectivo afectara a empleados menores de 50 años, dado que el colectivo mayor de dicha edad se entiende que tienen mayores dificultades para el acceso a un nuevo empleo, todo ello en consonancia la reciente legislación que pretende el favorecimiento de la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad promoviendo el envejecimiento activo (Real Decreto Ley 5/2013).

. Nivel competencial: El despido colectivo tendrá en cuenta el nivel competencial de los empleados. Así, se realizará una evaluación de competencias corporativas por parte de la Dirección de la Empresa que tendrá en cuenta:

- Orientación al cliente
- Orientación a resultados.
- Iniciativa.
- Orientación al cambio.
- Trabajo en equipo.
- Flexibilidad.
- Adaptabilidad

Dicha evaluación permitirá tener una evaluación global del empleado y aquellos que reciban una menor valoración serán los afectados.

- Situación familiar:El despido colectivo preferenemente no afectará a los empleados que acrediten pertenecer a una familia con 3 hijos o más menores de 18 años.

. Protección a las víctimas de violencia de género. El despido colectivo preferentemente no afectará a quienes acrediten la condición de víctimas de violencia de género.

7.3.2 Afectación por grupos profesionales:

Las 372 extinciones se distribuyen del siguiente modo según clasificación de grupos profesionales establecidos en el Convenio Colectivo de la Empresa vigente:

-7 de las extinciones corresponderán a los Grupos de Personal Técnico y al Grupo de Personal Administrativo.

- 365 de las extinciones corresponderán al Grupo de Personal de Operativa.

En la reunión de inicio del periodo de consultas celebrada el 30 de abril participó, junto con la representación de la empresa, un representante de cada una de las cuatro secciones sindicales (UGT, CCOO, CGT y USO). Los representantes sindicales manifestaron unánimemente que la negociación se llevaría a cabo con las cuatro secciones sindicales. Manifestaron sin embargo que existían divergencias entre las mismas sobre el número de delegados de personal y miembros de comités de empresa de cada una de ellas, por lo que no les era posible determinar su respectiva representatividad y por ello el número de miembros que les correspondían a cada una y la composición de la comisión negociadora. Se dio por iniciado el periodo de consultas sin concretar la concreta composición de la comisión negociadora y se fijó un calendario de reuniones. La empresa manifestó que el criterio de adscripción voluntaria era uno de los prioritarios y que por ello abría un plazo para la adscripción voluntaria, garantizando a los trabajadores que la aceptasen una indemnización de 24 días por año de antigüedad.

Mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2014 a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se comunicó a la Autoridad Laboral la apertura del periodo de consultas, con los documentos anexos (descriptor 66).

QUINTO.- El 8 de mayo de 2014 se celebró la segunda reunión del periodo de consultas (descriptor 9), asistiendo por parte de los trabajadores 6 representantes de UGT, 4 de CCOO, 3 de CGT y 1 de USO, además de los asesores. CCOO y CGT hicieron entrega de un documento conjunto según el cual tendrían la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa, de manera que la composición correcta de la comisión negociadora sería UGT 5, CCOO 4, CGT 3 y USO 1, por ser la distribución de representantes en la empresa la siguiente: UGT 68, CCOO 47, CGT 34 y USO 12. La empresa dice no estar de acuerdo con lo manifestado en el documento respecto a que se había negado a entregar los datos de representación actualizados, dado que no se le habían pedido y se compromete a llevarlos a la siguiente reunión. UGT manifiesta no estar de acuerdo con el criterio de CCOO y CGT, debiendo ser la composición de la comisión negociadora de UGT 5, CCOO 4, CGT 2 y USO 1, con doce miembros y no trece, siendo la distribución que a ellos les consta de representantes la siguiente: UGT 68, CCOO 47, CGT 33, USO 12 y CIG 1.

CCOO designó cuatro miembros de la comisión negociadora y CGT 3, negándose a designar miembros UGT por no estar de acuerdo con la composición numérica, mientras que USO, al que en todo caso correspondería un miembro, se reservó su opinión sin designar ningún componente. La empresa instó a UGT y USO a dar los nombres de sus titulares, para evitar que no se tenga por constituida, pero que en todo caso el periodo de consultas continuaba corriendo. La designación del

secretario de actas de la comisión se resolvió por el voto de la empresa junto con el de USO y UGT. A partir de ese momento el contenido de la reunión se centra en discutir sobre los datos y consecuencias del despido colectivo y del ERTE, convocándose la siguiente reunión para el día 16 de mayo.

El día 16 de mayo se celebra la siguiente reunión (descriptor 13), asistiendo 6 representantes de UGT, 4 de CCOO, 2 de CGT y 1 de USO, además de los asesores. Al comienzo de la sesión se reanuda la discusión sobre la composición de la comisión negociadora, constatando que existen divergencias entre los datos de la empresa y de las diferentes centrales sindicales. La empresa manifiesta que no está claro ni siquiera el número total de representantes, que oscila entre 161 y 164. CGT discrepa de los datos de la empresa en que dice tener 34 delegados y no 33, dado que en Murcia a fecha 30 de abril tenían una delegada que dejó de prestar servicios al día siguiente. No se produce acuerdo y la reunión continúa debatiendo temas de fondo sobre el despido colectivo y la situación de la empresa. Se convoca la siguiente reunión para el día 23 de mayo.

El día 23 de mayo se celebra la siguiente reunión (descriptor 14), a la que acuden 6 representantes de UGT, 4 de CCOO, 3 de CGT y 1 de USO, además de los asesores. Se discute sobre el acta de la sesión anterior y después sobre las cuestiones de fondo del despido colectivo, incluidos los criterios de selección y las adscripciones voluntarias. UGT pide que los criterios sean más concretos y no tan genéricos. En un momento de la reunión se vuelve a discutir sobre la composición de la comisión, en concreto por el problema respecto al abono por la empresa de los gastos de viaje de un determinado número de representantes de cada sindicato. UGT y USO manifiestan no estar de acuerdo con la composición de la comisión pretendida por UGT y USO y no reconocen la comisión negociadora. UGT manifiesta que la empresa debe respetar los términos del acuerdo de 24 de febrero de 2014 sobre el despido colectivo y que en otro caso ellos manifiestan su desacuerdo. CGT preguntó a la empresa por la financiación comprometida, la cual contestó que estaba en proceso y que se preveía que estuviese culminada a finales de ese mes de mayo. Se convoca la siguiente reunión para el día 30 de mayo.

El 27 de mayo la sección sindical de CCOO dirigió burofax a la dirección de recursos humanos de Unipost (descriptor 15) señalando que, según la empresa, el número de representantes era de 67 UGT, 46 CCOO, 33 CGT, 12 USO, 2 SL y 1 CIG y manifestando discrepancias en relación con el cómputo en centros de Vigo, A Coruña, Sanlúcar y Murcia, por lo que tras analizar los datos entienden que deberían computarse 66 representantes de UGT, 49 de CCOO y 34 de CGT, de manera que la comisión negociadora debería ser de 5 representantes de UGT, 4 de CCOO, 3 de CGT y 1 de USO, sobre la base de una comisión negociadora que señala que habría de ser de 13 miembros. Por ello informaba a la empresa, a efectos de gastos de viaje y crédito horario, de que a la siguiente reunión asistirían 4 representantes de CCOO. La dirección de Unipost recibió el burofax el 29 de mayo y respondió a la sección sindical de CCOO con otro burofax (descriptores 19 y 93) indicando que las discrepancias sobre la correcta composición de la comisión negociadora se producían entre los sindicatos y no con la empresa y que ésta sería la primera interesada en que se pudiera constituir la comisión negociadora.

El día 30 de mayo se celebra nueva reunión de la comisión negociadora (descriptor 21), a la que acuden 6 miembros de UGT, 4 de CCOO, 3 de CGT y 1 de USO, además de los asesores. Se da traslado a todas las secciones de los escritos intercambiados entre la sección de CCOO y la empresa antes reseñados. Ante la situación manifiesta que, en la medida en que existe riesgo de nulidad del despido por tal causa, ello obliga a retrasar la aplicación de los despidos y mantener por tanto el ERTE de suspensión hasta que "no se aclare dicho tema", por lo cual la programación del ERTE se mantiene al menos durante el mes de junio. CGT pregunta si conforme se fueran realizando las extinciones se mantendría el ERTE, a lo que la empresa contesta que, dado que se cuestiona por CCOO la validez del proceso, lo recomendable sería no realizar los despidos hasta que se despejen las dudas sobre su validez y, por ello, el ERTE se mantendrá, de momento. UGT manifestó que todo ello era una excusa de la empresa para forzar una prórroga del ERTE e incumplir el acuerdo que firmó con UGT y USO. UGT y USO piden una convocatoria urgente de la comisión de seguimiento del acuerdo. USO también denunció diversos incumplimientos del acuerdo. Sigue una discusión sobre la situación de la empresa y el despido colectivo, pidiendo CGT aumentar el plazo para adscripciones voluntarias y las indemnizaciones, así como evitar las exclusiones a la posibilidad de adhesión. La empresa manifestó que el proceso de refinanciación no estaba finalizado. Se oferta por la empresa un acuerdo reduciendo los afectados a, así como aumentando el periodo de adscripción voluntaria, prolongando el periodo de ejecución de los despidos hasta el 31 de diciembre y manteniendo el ERTE hasta entonces. Se entrega un nuevo listado de número de trabajadores afectados por centros y grupos. Por otro lado la empresa señala que como la comunicación a la Autoridad Laboral no se hizo hasta el 5 de mayo, el periodo de consultas se va a prorrogar con otra reunión adicional hasta el 5 de junio, para evitar problemas. Se convoca la siguiente reunión para el día 5 de junio.

El día 5 de junio se celebra la última reunión del periodo de consultas (descriptor 23), a la que acuden 6 miembros de UGT, 4 de CCOO, 3 de CGT y 1 de USO, además de los asesores. Se discuten varios aspectos sobre la aplicación del ERTE y pago de nóminas y la empresa pide una respuesta a su propuesta de acuerdo formulada en la sesión anterior. USO responde que agradece la reducción a 300 del número de extinciones, pero que no van a aceptar nada que no sea el cumplimiento del acuerdo de febrero, haciéndose efectiva la financiación prevista y la retirada inmediata del ERTE. UGT también exige el cumplimiento del acuerdo. CCOO y CGT piden la retirada del despido colectivo y también del ERTE y pasa a discutirse sobre la apertura de las negociaciones del convenio colectivo. Se dice que los precios de adjudicación de los últimos concursos son muy bajos y que habría que aumentar los mismos y el margen de beneficios, a lo que la empresa contesta que está condicionada por la competencia desleal y abuso de posición dominante de Correos. Finalmente el periodo de consultas se cierra sin acuerdo y con la posición en contra de las cuatro secciones sindicales.

En las diferentes reuniones de la comisión negociadora se producen variaciones en la identidad de las diferentes personas que representan a cada sindicato, no siendo siempre todos coincidentes.

SEXTO.- El día 18 de junio de 2014 la empresa adoptó su decisión final, tras la realización del periodo de consultas en los términos analizados, siendo ésta la siguiente (descriptor 24):

Despido colectivo de 340 trabajadores, conforme al número y clasificación profesional que se especifica en anexo. Los despidos se llevarán a cabo desde esa fecha hasta el 31 de diciembre de 2014, "a medida que la producción y la organización del trabajo lo permitan y se vayan clarificando los diversos procedimientos judiciales y sus efectos para la empresa en los próximos meses". "En el momento en que se hagan todas las extinciones automáticamente dejará de aplicarse el ERTE que se está aplicando en la actualidad".

c) Voluntarios.

Desde esta comunicación hasta el día 31 de agosto de 2014, sin perjuicio de poder ampliar el plazo dependiendo de la fecha final de ejecución de las extinciones, se reabre la posibilidad de que los trabajadores voluntariamente se presenten como posibles afectados por la extinción del contrato al amparo del presente despido colectivo. Los trabajadores interesados deberán dirigirse por escrito a la Dirección de Recursos Humanos de la Empresa. - De dicha posibilidad de adscripción voluntaria se excluye a: • El personal de 50 o más años de edad, a la fecha de efectos de despido. • Se limita el número de adscripciones voluntarias a la previstas por Grupo profesional por población en el mapa final de afectación que consta en el Anexo 1, reservándose la Empresa en cualquier caso la opción de no aceptación de solicitudes de personal. Esta medida se orienta a que las extinciones de los contratos de trabajo se lleven a cabo de la manera menos traumática posible.

d) Criterios de afectación.

A continuación, se detallan los criterios generales de exclusión y afectación que se aplicarán para la designación de las personas afectadas siendo aplicados en cada población y cada caso conjuntamente de forma ponderada: • Criterios de exclusión: > Edad: El personal con 50 o más años de edad, a la fecha de efectos de despido, quedará excluido del despido. Esta exclusión por edad se realiza en consonancia con la reciente legislación que pretende el favorecimiento de la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad promoviendo el envejecimiento activo (Real Decreto Ley 5/2013) y con el fin evitar el sobrecoste económico que puede o podría producir la afectación de dichos trabajadores, inasumible en la actual situación económica y de tesorería de la Empresa. > Situación familiar: El despido colectivo no afectará preferentemente a los empleados que acrediten pertenecer a una familia con 3 hijos o más menores de 18 años. > Protección a las víctimas de violencia de género: El despido colectivo preferentemente no afectará a quienes acrediten la condición de víctimas de violencia de género. • Criterios de afectación. > Afectación por población: El primer criterio de afectación tendrá en cuenta el mapa de afectación por población. Así, las 340 extinciones que como máximo se llevaran a cabo, se realizarán de acuerdo al mapa final de afectación, que se acompaña como Anexo 1, afectación que se ha basado en el descenso de producción por población que se evidencia mediante el nivel de aplicación del ERTE por población. Por grupo profesional los afectados serán: - 7 de las extinciones corresponderán a los Grupos de Personal Técnico y al Grupo de Personal Administrativo. - 333 de las extinciones corresponderán al Grupo de Personal de Operativa. > Voluntariedad: Tomando en consideración el citado

mapa de afectación los primeros afectados serán los voluntarios adheridos y aceptados por la Empresa, en los términos expuestos anteriormente. > Cierre del servicio: Una vez afectados los voluntarios se tomará como criterio de afectación el cierre del servicio en determinadas poblaciones. Así, quedará afectado el empleado que esté realizando el servicio en la población en la que se deja de prestar el servicio por parte de la Empresa. > Una vez aplicados los anteriores criterios, en el caso del Grupo de Personal de Operativa, se tomarán en consideración los siguientes criterios que se ponderarán en cada población dependiendo de las características del mismo: o Antigüedad: Preferentemente quedarán afectados los trabajadores con trabajo a tiempo completo que tengan una antigüedad menor a 10 años en la Empresa. Dicho criterio tiene como objetivo reducir el número de afectados y el coste de las extinciones. Así, de afectarse a contratos a tiempo parcial la afectación sería mayor dado que para resolver la sobrecapacidad productiva de cada población debería afectarse a un mayor número de trabajadores para amortizar las jornadas sobrantes. Afectando preferentemente a trabajadores a jornada completa se afectará a menor número de trabajadores. Respecto a la antigüedad, dicho criterio permite reducir el coste de las indemnizaciones: > Absentismo: Preferentemente quedarán afectados los trabajadores con un absentismo superior al 5% anual incurrido en los 12 últimos meses, entendiendo por absentismo las faltas de asistencia no justificadas y por Incapacidad Temporal por contingencias comunes (salvo las derivadas del embarazo y del parto). > Repartidores con moto: Preferentemente no se verán afectados los trabajadores con categoría de Repartidor que lleven a cabo su actividad de forma habitual con moto, percibiendo por ello el "plus actividad moto" previsto en Convenio de forma regular en los últimos 12 meses, dada su especialidad difícil de suplir. > Expediente: Preferentemente quedarán afectados los trabajadores que en su expediente consten sanciones firmes durante los últimos 3 años. > En el caso del Grupo de Personal Técnico y Jefaturas Operativas y al Grupo de Personal Administrativo se tomarán en consideración los siguientes criterios de afectación: o En primer lugar, quedarán afectados los trabajadores cuyo puesto de trabajo o función sea amortizado. o Si el puesto o función amortizado está ocupado por dos o más empleados, para la elección de la persona afectada se tendrá en cuenta el nivel competencia) de los empleados. Así, se realizará una evaluación de competencias corporativas por parte de la Dirección de la Empresa que tendrá en cuenta: â Orientación al cliente. > Orientación a resultados. > Iniciativa. > Orientación al cambio. > Trabajo en equipo. > Flexibilidad. > Adaptabilidad. Dicha evaluación permitirá tener una valoración global del empleado y aquellos que reciban una menor valoración serán los afectados.

En cuanto a la indemnización se establece lo siguiente:

"Los trabajadores afectados por la extinción percibirán, a pesar de no haber alcanzado un acuerdo, una indemnización que supera el mínimo legal previsto en el artículo 53 del TRLET (20 días por año de servicio con un tope de 12 mensualidades) a fin de que los trabajadores afectados puedan incrementar sus ingresos, quedando atenuado el efecto económico de la extinción de sus contratos. Así, los trabajadores afectados por el despido colectivo tendrán derecho a percibir una indemnización equivalente a 24 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de 12 mensualidades, calculada en el momento de extinción del contrato de trabajo. Para el cálculo de la referida indemnización se tendrá en cuenta el salario

fijo bruto vigente a fecha de hoy, tras la aplicación del acuerdo de 24 de febrero de 2014. El salario día para el cómputo de la indemnización resultará de la división del citado salario bruto anualizado entre 365 días".

Finalmente, en cuanto al plan de recolocación, de conformidad con lo previsto en el artículo 51.10 del TRLET, la Empresa ofrece a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de la Empresa de recolocación autorizada LEE HECHT HARRISON. Dicho plan, está diseñado para un periodo de 6 meses, e incluye medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo; Se acompaña a este escrito el citado Plan de recolocación.

La citada decisión se comunica al sindicato CCOO el mismo día 18 de junio (hecho décimo quinto de su demanda). La comunicación al sindicato CGT se realizó el 20 de junio (hecho décimo de su demanda).

El 20 de junio de 2014 la decisión de despido colectivo fue comunicada a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (descriptores 57 y 58). A la citada comunicación se acompañan las comunicaciones de la decisión de despido colectivo a las cuatro secciones sindicales, todas ellas fechadas el 18 de junio, pero sin firma acreditativa de su recibo.

SÉPTIMO.- El 8 de octubre de 2014 se reunió la comisión de seguimiento del acuerdo de 24 de febrero de 2014, formada por la representación de la empresa y un representante de UGT y otro de USO, alcanzándose un acuerdo en virtud del cual redujeron el número de trabajadores afectados por el despido colectivo a 200, aprobando un nuevo esquema de afectación por centros. En la fecha del juicio, 16 de octubre de 2014, la empresa no había ejecutado ningún despido.

OCTAVO.- La empresa Unipost SAU tuvo en el ejercicio 2013 unas pérdidas de 9.377.676 euros, siendo el resultado de explotación negativo en 1.173.147 euros (descriptor 78). En el primer trimestre de 2014 el resultado de explotación fue negativo en 711.226 euros y las pérdidas eran de 800.501 euros. La actividad en los últimos años ha caído un 35%, siendo la reducción de personal solamente del 3%, por lo que existe un excedente estructural de plantilla (no controvertido). La actividad de Unipost en el mercado y los precios en el mismo se ven condicionados por la posición dominante en el mismo de la Sociedad Estatal de Correos, resultando que con fecha 21 de enero de 2014 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia declaró acreditada la comisión por dicha sociedad estatal de una infracción única y continuada de las prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, consistente en "impedir a los operadores alternativos competir en el segmento de los grandes clientes de servicios postales", infracción que se calificó como muy grave y dio lugar a la imposición a la sociedad estatal de una multa de 8.178.698 euros (descriptor 91).

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.5 y 67 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en el artículo 8 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, se expresa que los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

Los ordinales primero a tercero resultan de los antecedentes recogidos en las sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 2014 en los procedimientos 74/2013 y 13/2014, a los cuales se remitieron las partes. Por otro lado el contenido del pacto de 24 de febrero de 2014 entre la empresa y el comité intercentros consta en el descriptor 3. En cuanto a los datos del grupo, los mismos resultan de la memoria presentada por la empresa (descriptores 50 y 72).

Los ordinales cuarto, quinto, sexto y octavo resultan de los descriptores que en cada caso se van indicando. Específicamente y en cuanto a la fecha de notificación al sindicato CGT de la decisión empresarial de despido colectivo, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba de la entrega de dicha notificación correspondería a la parte que afirma la existencia de la misma y Unipost S.A. no ha conseguido acreditar mediante una prueba concluyente en qué fecha notificó al sindicato CGT la decisión empresarial de despido colectivo, dado que el escrito de notificación que se presenta a la propia Autoridad Laboral carece de firma de acuse de recibo. Debe además rechazarse la toma en consideración de la prueba documental presentada por la empresa sin respetar, de forma no justificada, el plazo de cinco días de antelación al acto de la vista fijado en el artículo 124.10 de la Ley de la Jurisdicción Social, que como consecuencia de tal retraso figura incorporada a los autos tras la vista (descriptores 107 a 115). Salvo por lo que se refiere a prueba documental de nueva noticia e imposible aportación previa (como es el caso del documento obrante en el descriptor 108), las restantes pruebas deben ser presentadas con la antelación prescrita legalmente para posibilitar su examen y evitar indefensión en el acto de la vista. Aún más, incluso si admitiésemos la misma para su valoración, resultaría que ésta no acredita la entrega de la decisión empresarial el día 18 de junio. Los correos electrónicos obrantes en los descriptores 109 y 110 tienen naturaleza documental, puesto que el correo electrónico tiene carácter escrito y el soporte en el que conste el correo electrónico tiene naturaleza de prueba documental (artículos 23.3 y 24.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), tal y como señalamos en sentencia de 6 de febrero de 2004 (proc. 3/2014). Pero esos correos electrónicos solamente acreditan el envío de los mismos y no su concreta recepción por los destinatarios, ni la fecha de tal recepción, no constando probada respuesta ni acuse de recibo, por lo que el correo electrónico alegado tiene el mismo valor que las otras comunicaciones presentadas como prueba en las que tampoco consta acuse de recibo, por ejemplo el documento que figura como descriptor 113. Por lo que se refiere a las copias de una web sindical que obran en el descriptor 109, no consta la concreta autoría, ni la fuente de la información y lo allí afirmado podría ser un indicio de la recepción en la fecha que se indica. Para su valoración hay que tener también en cuenta que si la comunicación empresarial tiene fecha de 18 de junio ello pudo mover al redactor a hacer figurar tal

fecha, pero lo cierto es que el post en el blog sindical, según figura en el propio documento presentado, se hizo el 20 de junio y no antes. Por ello no estima esta Sala que sea concluyente, máxime cuando la diligencia empresarial a la hora de cumplir su obligación legal de notificar su decisión, aún cuando no le sean aplicables las normas y requisitos de las notificaciones administrativas de los antiguos expedientes de regulación de empleo, debe llevar a dejar constancia de la misma, receptor y fecha, como garantía para que opere un plazo tan breve y de efectos tan trascendentes como es el de caducidad de 20 días. Por tanto no se estima probada la notificación a CGT el día 18 de junio y, como quiera que la propia central sindical demandante admite en su demanda haberla recibido el 20 de junio de 2014 a esa fecha hemos de atenernos y considerarla como probada.

El ordinal noveno resulta del documento presentado como prueba en el acto del juicio por parte de los demandantes.

TERCERO. – Comenzando por lo relativo a la excepción de caducidad de la acción ejercitada por la Confederación General del Trabajo, hemos de comenzar por observar que en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores se dice respecto a la comunicación de la decisión empresarial producida tras el periodo de consultas lo siguiente:

"Transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo".

A su vez el artículo 12.1 del Reglamento de Despidos Colectivos, aprobado por Real Decreto 1483/2012, dice:

"A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1. La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas".

El artículo 124.6 de la Ley de la Jurisdicción Social establece:

"La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo".

Por consiguiente, si no se ha producido acuerdo en la comisión negociadora durante el periodo de consultas, el empresario ha de adoptar su decisión de despido colectivo y notificarla a los representantes legales de los trabajadores, comenzando a correr el plazo de caducidad de la acción impugnatoria desde la notificación de dicha decisión a los representantes de los trabajadores.

Hay que tener en cuenta que los sujetos legitimados para impugnar la decisión empresarial, conforme al artículo 124.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, son los representantes legales de los trabajadores y los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. En sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2014 (proc 500/2013) dijimos que el término "implantación suficiente" del citado artículo 124.1 no se corresponde con el previsto en el artículo 154 de la misma Ley para los conflictos colectivos. La legitimación para promover conflictos colectivos se basa en el principio de correspondencia, exigiéndose a los sindicatos u órganos de representación unitaria que cumplan el requisito de que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto mismo (por todas STS de 19-12-2012, rec 282/2011 y SAN de 10-2-2014). Pero 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 pueda accionar cualquier órgano de representación unitaria que represente colectivamente a trabajadores afectados por el despido y, en el caso de sindicatos, que aquél 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 ello puede y suele ocurrir que existan sujetos legitimados diferentes a los que formaron la comisión negociadora, resultando que la notificación a que se refiere el artículo 124.6 no es otra que la referida en el artículo 51.6 del Estatuto de los Trabajadores y solamente tiene como destinatarios a los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora. Desde que se produzca esa notificación comienza a correr el plazo de caducidad para todos los sujetos legitimados, incluso si no hubieran formado parte de la comisión negociadora.

En cuanto a los representantes de los trabajadores que forman parte de la comisión negociadora y a los que sí debe dirigirse la notificación cuya práctica determina el inicio del plazo de caducidad, éstos pueden ser una sola representación unitaria, en cuyo caso bastará con una sola notificación a la misma en la persona del presidente del comité o mancomunadamente a los delegados de personal, o estar formado por varias representaciones unitarias, incluso por comisiones ad hoc. Cuando, conforme a los artículos 51 y 41.4 del Estatuto de los Trabajadores la comisión, como aquí ocurre, se forme a partir de los sindicatos, la notificación habrá de hacerse a cada sindicato que forme parte de la comisión negociadora, comenzando para cada uno de ellos a computar el plazo de caducidad desde que es notificado. En este caso CGT fue notificado, según declara en su demanda, el 20 de junio de 2014 y la empresa no ha conseguido acreditar una notificación en una fecha anterior, por lo cual en el momento en que presentó su demanda la acción no había caducado. La excepción ha de ser rechazada.

CUARTO.— La demanda de Comisiones Obreras pide a título principal la declaración de nulidad del despido colectivo y, a título subsidiario, la declaración de no ser ajustado a Derecho. También plantea, lo que debemos considerar subsidiario en último grado, la nulidad de parte de los criterios de selección del personal afectado.

Lo mismo ocurre con la demanda de la Confederación General del Trabajo, si bien en cuanto a los criterios de afectación, cuya ilegalidad plantea escuetamente y centrada en dos criterios concretos, no determina con exactitud la consecuencia jurídica que a su juicio debiera resultar de estimarse la citada ilegalidad. Al tratarse de una nulidad concreta de dos criterios, que dejarían subsistente los demás, la consecuencia sería solamente la supresión de esos dos criterios, lo que en su caso se podría plantear, como hemos dicho, de forma subsidiaria respecto de la pretensión de que se declare el despido no ajustado a Derecho.

Por tanto vamos a analizar en primer lugar las causas de la nulidad pedida, de manera que solamente en caso de desestimación de tal pretensión habrán de analizarse las pretensiones subsidiarias.

Las causas de nulidad alegadas en las demandas y ratificadas en el acto del juicio son las siguientes:

a) Alega la demanda de CC.OO. infracción de los arts. 51.2 y 41.4 ET en relación con los arts. 28.1 y 37 de la Constitución española y 2.2.d) de la Ley orgánica de libertad sindical, por cuanto la empresa no reconoció la comisión negociadora constituida por las secciones sindicales "en una inadmisibles injerencia". Esta misma infracción se denuncia en la demanda de CGT calificando lo sucedido como "incumplimiento de la obligación de llevar a cabo un período de consultas".

b) Alega la demanda de CC.OO. infracción de los arts. 51.2 y 41.4 ET por mala fe en el período de consultas. La empresa no habría seguido el período de consultas con voluntad de llegar a ningún acuerdo, sino a la de imponer el contenido del acuerdo anterior de 24 de febrero, lo que supondría un fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil y vulneración de un derecho fundamental reconocido en el art. 28.1 CE, ya que el período de consultas no habría representado más que un simple trámite formal, sin contenido real de negociación. Esta alegación no aparece en la demanda de CGT.

c) Alega la demanda de CC.OO. infracción de los arts. 51.2 y 41.4 ET por mala fe de la empresa, que habría incurrido en abuso de derecho y fraude de ley al imponer un despido colectivo mientras seguían vigentes medidas de suspensión temporal de los contratos de hasta un 25 por ciento de la plantilla. Este mismo motivo se alega en la demanda de CGT, aún con un giro argumental contradictorio con el motivo anterior de la demanda de CC.OO., ya que invoca, en la línea manifestada por UGT y USO durante el período de consultas, que el mantenimiento del ERTE hasta el mes de diciembre vulnera lo pactado con esos dos sindicatos en el acuerdo de 24 de febrero de 2014.

Con carácter previo al análisis de estas causas de nulidad ha de decirse que no constituye el objeto de este litigio el acuerdo de 8 de octubre de 2014 en el marco de

la comisión de seguimiento del acuerdo de 24 de febrero del mismo año, aún cuando su existencia pudiera tener alguna utilidad para interpretar y calificar los hechos acaecidos, en cuanto pudiera aportar luz para comprender el proceso desarrollado. Lo que es objeto del presente litigio es la decisión empresarial de despido colectivo adoptada y notificada en el mes de junio y el proceso no ha perdido su objeto por cuanto la misma se mantiene en la generalidad de sus términos, aún cuando se haya producido una reducción significativa del número de trabajadores afectados por el acuerdo de 8 de octubre de 2014.

QUINTO.- Se alega en primer lugar que la deficiente composición de la comisión negociadora, la negativa de la empresa a aceptar como válida la composición de la misma defendida por CC.OO y CGT y su no reconocimiento de la comisión negociadora formada supondrían una injerencia en la negociación y, en la tesis de CGT, una infracción equivalente a la omisión del periodo de consultas.

Para comenzar hemos de recordar lo que dijimos en la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2014 en el procedimiento 500/2013:

El desarrollo de un periodo de consultas efectivo y de buena fe, es esencialmente una exigencia procedimental que se impone al empresario para legitimar el ejercicio de su potestad para despedir colectivamente (art. 2.1 directiva comunitaria y 51.2 ET) cuyo incumplimiento dará lugar a la nulidad de la decisión adoptada y así lo indica el art. 124.11 LRJS: La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas.

Pero la consecución de acuerdos en el periodo consultivo no constituye el título habilitante para ejercer la potestad de despedir sino que se configura como una condición limitativa de su ejercicio que encuentra justificación en los intereses, bienes y derechos comprometidos, especialmente el derecho al trabajo protegido por el art. 35.4 CE , el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE y el derecho de los trabajadores a participar en la empresa , art. 129.2 CE .

En palabras del TJUE, caso Mono Car Styling SA contra Dervis Odemis y otros, Sentencia de 16 julio 2009, el derecho de información y de consulta previsto en la Directiva 98/59, en particular en su artículo 2, está concebido en beneficio de los trabajadores como colectivo y tiene pues una naturaleza colectiva, lo que permitió a este Tribunal, SAN 25-7-12, sentar el criterio de que el periodo de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, criterio que ahora se reitera.

De este modo, alcanzado acuerdo en el periodo consultivo, el empresario adquiere el compromiso de que la decisión que adopte se corresponda con lo negociado con la representación de los trabajadores. De no actuar así estaría incurriendo en fraude de ley dando lugar a una decisión nula por esta causa (STS 17-2-2014 rec. 142/2013). Por otra parte es cierto que, si se alcanza acuerdo, éste puede tener contenidos muy diversos, que traten contenidos propios de la negociación colectiva laboral más allá del estricto despido colectivo objeto de las consultas. La legalidad de esos pactos , es cierto, pueden verse afectados por los defectos en la constitución de la comisión negociadora, con criterios análogos a los aplicables a cualquier otro proceso de negociación colectiva. Pero la decisión

empresarial de despido colectivo no está condicionada a la existencia de pacto, sino solamente a la existencia de negociación, por lo que la eventual nulidad del pacto no determina automáticamente la nulidad de la decisión de despido colectivo en todos los casos. Cuestión distinta es que se ejercitasen pretensiones de nulidad de lo pactado, pero en el caso que nos ocupa lo pedido por los demandantes es la nulidad del despido, no de un inexistente pacto. Esa nulidad pretendida del despido habría de derivar del incumplimiento de las obligaciones empresariales de negociación previa en el periodo de consultas.

Para que la negociación tenga efecto, obvio es que el empresario necesita de un interlocutor representativo del colectivo afectado por la medida que pretende imponer. A su identificación dedica el legislador el art . 51.2 y 41.4 ET .

Sea cual sea la ruta elegida, sindicatos o representantes unitarios, o en su defecto los llamados "representantes ad hoc", es evidente que para que la comisión a tal efecto elegida pueda concluir válidamente acuerdos debe conformarse siguiendo las reglas legalmente establecidas que la cualifican como "representativa" y que se asientan en el principio de proporcionalidad. Así se dice expresamente en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores: "En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen".

Ahora bien que la comisión alcance la cualidad de representativa del colectivo representado y pueda alcanzar acuerdos que les afecten, presupuesto básico del ejercicio del derecho de negociación colectiva, es obligación y responsabilidad de quienes están facultados para la designación de dicha comisión . En este proceso electivo el empresario no está presente y no puede estarlo pues si incidiera en su elección lo perjudicaría de plano. Su actividad se concreta en, correspondiéndole la iniciativa del proceso, dar cuenta del mismo a los representantes de los trabajadores para que en los plazos y aplicando las reglas legales, elijan dicha comisión. Así lo establece en el artículo 41.4 ET: "La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas" y "a estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo", siendo "el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa ... de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días". La formación de la comisión representativa es de plena competencia y responsabilidad de los representantes de los trabajadores, hasta el punto de que el art. 41.1 prevé que "la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas (...)".

Si la comisión no se constituyera de forma debida no alcanzando por tanto su cualidad de "representativa" del colectivo afectado por la medida empresarial se estaría perjudicando el derecho de ese colectivo a que se alcanzasen acuerdos que paliaran o limitaran los efectos de la medida empresarial, perjuicio que ha de

imputarse a sus representantes al no haber actuado respetando el principio de proporcionalidad en la elección de la comisión. Ahora bien, lo que no podría verse afectado por este proceder es la decisión posterior adoptada por el empresario en orden a llevar a cabo la medida adoptada en los términos expresados por él tras la finalización del periodo consultivo y que gozaría de plena eficacia. La indebida conformación de la comisión representativa equivaldría así a su falta de constitución, supuesto que como se acaba de indicar ni impide el inicio ni el transcurso del periodo de consultas que debe entenderse a estos efectos como celebrado.

Cabe pensar en supuestos de mala fe empresarial en los cuales el empresario fomente la falta de constitución regular de la comisión representativa alentando o acogiendo las pretensiones manifiestamente infundadas de determinados sindicatos para obviar la constitución de la misma y evitar ilegítimamente la preceptiva negociación colectiva, lo que daría lugar a la declaración de nulidad del despido. Pero, excluidos aquellos casos en los que la conducta empresarial incide directa o indirectamente en la inadecuada determinación de la comisión representativa o en la falta de constitución de la misma, la inadecuada conformación de la representación de los trabajadores, tal como reconoce la STS de 17-2-2014 Rec. 142/13, no es causa de nulidad de la decisión empresarial de despido. Lo contrario sería tanto como trasladar al interlocutor empresarial en el periodo consultivo las consecuencias de la propia e inadecuada conducta de la contraparte dando con ello incluso a una situación de manifiesta injusticia y fomento de conductas fraudulentas que propiciarían el establecimiento de comisiones "no representativas" o al fracaso en el acuerdo en la constitución de la comisión con el objetivo final de lograr la nulidad de las decisiones empresariales sobre medidas de flexibilidad interna o externa, haciendo en definitiva inoperativa la institución.

La doctrina de la sentencia de 16 de mayo de 2014 (proc 500/2013) ha de reiterarse en este caso, sin que pueda decirse que la conducta empresarial haya alentado a los sindicatos UGT y USO a sostener una oposición irrazonable a la constitución de la comisión representativa, ni que haya acogido una posición de éstos manifiestamente carente de base. Pero es que además hay que tener en cuenta que durante el denominado periodo de consultas se satisfacen tres derechos de los representantes de los trabajadores, que en este caso, por acuerdo entre las secciones sindicales, eran los cuatro sindicatos mayoritarios en la empresa. Esos tres derechos son:

a) Información, manifestada en la recepción de documentación y en la satisfacción de las peticiones de documentos e informaciones que puedan ser relevantes al caso y se planteen durante el periodo de consultas;

b) Consulta, manifestada en la posibilidad de hacer observaciones y propuestas al empresario durante las reuniones del periodo de consultas en relación con la medida de despido colectivo y/o aquellas otras sobre las que verse el periodo de consultas;

c) Negociación, concretada en el intercambio de propuestas entre las partes con objeto de intentar un acuerdo sobre la medida de despido colectivo y/o aquellas otras sobre las que verse el periodo de consultas, incluidas las medidas de acompañamiento y las consecuencias y forma de aplicación del despido.

Y en este caso nos encontramos con que, más allá del mero nominalismo, lo cierto es que el periodo de consultas se ha desarrollado efectivamente y que los sindicatos demandantes han podido ver satisfechos durante el mismo todos los derechos afectados, puesto que ni CCOO ni CGT fueron excluidos del proceso y durante el mismo recibieron toda la información propia del mismo (no denuncian falta alguna de ésta), escucharon las propuestas empresariales y pudieron formular propuestas para su consideración por las demás partes negociadoras y pudieron llegar a un pacto sobre el despido colectivo y sus medidas de acompañamiento, que no se alcanzó por discrepancias con la postura empresarial, pero no por falta de negociación. Lo único que estaba en cuestión por ello era la atribución de votos de cara a haber suscrito un posible pacto y computar la mayoría necesaria para firmar el mismo válidamente, pero este punto resulta en este concreto caso totalmente irrelevante, dado que no se produjo acuerdo alguno de la empresa con ninguno de los cuatro sindicatos que formaban parte de la comisión negociadora.

Finalmente, en cuanto a los problemas de gastos de viaje y crédito horario no se concreta cuál fue la repercusión concreta que los mismos pudieron tener en el desarrollo de la negociación, sin que haya obstáculo alguno para que se pueda reclamar alguno de estos derechos de la empresa incluso a posteriori, si existe fundamento para ello.

SEXTO.- Se dice por parte de CC.OO. que el periodo de consultas ha sido inexistente por cuanto el acuerdo de 24 de febrero de 2014 suscrito por la empresa con el comité intercentros predeterminaba el contenido de la negociación, hurtándola a sus actuales protagonistas, al haber cambiado la mayoría en la representación de los trabajadores. Frente a lo cual ha de decirse que el pacto de 24 de febrero de 2014 era un pacto válido, suscrito con el comité intercentros entonces vigente y vinculante para la empresa, siendo perfectamente lícitos y aplicables aquellos pactos y acuerdos colectivos que establecen obligaciones para el futuro y vinculan a la empresa de cara a la adopción de medidas colectivas como las de despido colectivo. No ha de confundirse la preexistencia de un pacto sobre contenido mínimo de los derechos de los trabajadores para el caso de despido colectivo (como, por ejemplo, lo relativo a la incompatibilidad con la suspensión de contratos o la elevación de la indemnización legal de despido) con la imposibilidad de negociación. Aunque la mayoría haya cambiado, nada impide la negociación y la posibilidad de acuerdos, que incluso podrán derogar y sustituir los acuerdos anteriores. Solamente si no se produce el acuerdo, aquel pacto previo tiene como efecto limitar la libertad de acción de la empresa para adoptar la medida de despido colectivo. El valor de los convenios y pactos colectivos para limitar la facultad empresarial de practicar despidos colectivos o condicionar sus efectos está admitido por la jurisprudencia, por ejemplo sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2013 (recurso 47/2013) o sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2014 (proc 218/2012). Y ello no implica condicionar o limitar la negociación en los futuros periodos de consultas, porque, como decimos, esos pactos no limitan la posibilidad de acuerdos en el periodo de consultas que se separen de los mismos y los deroguen o sustituyan, total o parcialmente. Lo que limita es, precisamente, la libertad empresarial para despedir a falta de acuerdo en el periodo de consultas, pero tal limitación proviene de la voluntaria asunción de la misma en una negociación preexistente.

SÉPTIMO.- Queda por tanto por analizar el último motivo de nulidad del despido colectivo que se alega, como es la compatibilización de la medida de despido colectivo acordada con la suspensión de contratos durante el año 2014 establecida por la empresa por decisión de diciembre de 2013, ratificada por posterior acuerdo de 24 de febrero de 2014 con el comité intercentros y que fue confirmada por esta Sala en su sentencia de 30 de mayo de 2014 (proc 13/2014),

Hemos de partir de que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sentencias de 12 de marzo de 2014 (RCUD 673/2013), 26 de marzo de 2014 (rec 86/2012) ó 18 de marzo de 2014 (recurso 15/2013) ha establecido que mientras que se encuentra en vigor una suspensión de contratos o reducción temporal de jornada no cabe, si no hay alteración de las circunstancias, proceder a despidos individuales o colectivos por las mismas causas económicas. Dice el Tribunal Supremo que en tales casos, estando vigente una suspensión de contratos amparada en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, para que el despido pueda realizarse es preciso:

1) que la causa alegada sea distinta y sobrevenida de la tenida en cuenta para la suspensión;

2) que si se trata de la misma causa, se haya producido un cambio sustancial y relevante respecto a las circunstancias que motivaron que la suspensión.

Lo contrario supone una vulneración de la buena fe y abuso de derecho por parte de la empresa, máxime si la suspensión de contratos proviene de un acuerdo alcanzado en periodo de consultas con la representación de los trabajadores.

Pues bien, en este caso la causa del despido sigue siendo la misma que dio lugar a la suspensión, que no es otra que el exceso de capacidad productiva de la empresa, que se cifraba en un 20% y ahora en un 17% e incluso se ha reducido en el mes de octubre de 2014, como manifiesta el acuerdo en la comisión de seguimiento el día 8 de dicho mes. Aunque formalmente se aleguen como causa pérdidas o reducción de la cifra de negocios, los hechos probados son concluyentes y la empresa manifiesta reiteradamente que se trata de un ajuste de la capacidad productiva y que dicho ajuste se viene produciendo por la vía del ERTE de suspensión de contratos, siendo la intención en convertir el ajuste en definitivo acudiendo al despido colectivo, que en diversas ocasiones se había planteado anteriormente sin llegar a su ejecución por falta de liquidez para el pago de las correspondientes indemnizaciones.

Lo novedoso sería que en este caso se dice por la empresa que el despido se hace ahora posible (no en vano se trata de una medida que ya se ha planteado varias veces con antelación, sin llegar a ejecutarse), por cuanto la empresa anteriormente no tendría capacidad financiera para atender las indemnizaciones previstas y es ahora, al obtener dicha financiación, cuando tiene la posibilidad real de ejecutar los despidos. Pero dicho argumento no puede acogerse, en primer lugar porque la falta de liquidez o solvencia para hacer frente al pago de las indemnizaciones constituye, conforme al artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, al cual se remite el artículo 51, una causa que evita que el impago condicione la legalidad de los despidos. Pero, en todo caso, aunque entendiésemos

como prudente y razonable evitar una situación agravada de conflicto al sumar al despido el impago de las indemnizaciones, por más que exista la posibilidad legal, lo cierto es que no consta acreditada la supuesta solvencia actual de la empresa para afrontar dicho pago, máxime cuando a la finalización del periodo de consultas y como consta recogido en las actas del mismo, no se habían concluido las maniobras necesarias para obtener la necesaria solvencia, operaciones que además constituirían un compromiso de la empresa conforme al acuerdo de 24 de febrero de 2014 y que, como denunciaron UGT y USO en el periodo de consultas, se habían incumplido por la empresa. Por tanto nos encontramos con un ERTE de suspensión vigente hasta finales de 2014, una misma causa (exceso de capacidad productiva) que si ha sufrido alguna variación es en sentido de reducir su gravedad (lo que ha permitido ir reduciendo el número de trabajadores afectados hasta los 200 del pacto de octubre en la comisión de seguimiento) y una falta de prueba del cambio de la circunstancia esencial a la que la empresa atribuye la falta de una previa decisión de despido colectivo (la falta de solvencia para el pago de indemnizaciones).

A lo anterior ha de añadirse, tal y como plantea en su demanda CGT (siguiendo en este punto lo que en el periodo de consultas se denunció por los sindicatos UGT y USO), que la decisión empresarial de despido colectivo impugnada supone un incumplimiento del pacto de 24 de febrero de 2014 de la empresa con el comité intercentros, al cual está vinculada, salvo que hubiera obtenido otro pacto colectivo en el periodo de consultas en sustitución del anterior. En aquel pacto se fijó como fecha para ejecutar el despido colectivo el 31 de Mayo de 2014, de manera que la aplicación de esa medida haría que el ERTE en aplicación desde el 1 de enero de 2014 (previsto hasta el 31 de diciembre de 2014), dejase de aplicarse a partir del 1 de junio de 2014. Y ello sumado a una serie de aportaciones financieras por la empresa, incluyendo la ampliación de capital, que no consta probado que se hayan cumplido. Lo que la empresa acuerda en el despido colectivo es contrario a dicho pacto, puesto que no solamente no aparece acreditada la aportación financiera, sino que esencialmente se mantiene la aplicación de la suspensión de contratos (ERTE) hasta la fecha inicialmente prevista de 31 de diciembre de 2014, en lugar de finalizar el 1 de junio, y además se solapa con el despido colectivo, cuyo plazo de ejecución se amplió durante el periodo de consultas hasta el 31 de diciembre. No solamente la compatibilidad de ambas medidas es contraria a lo pactado el 24 de febrero de 2014, sino que con ello se aplaza, una vez más, la ejecución del despido colectivo, lo que pone en duda la actualidad de la causa (cuestión que ya tratamos en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2014, proc. 500/2013), como lo demuestra el que desde la finalización del periodo de consultas hasta el 8 de octubre, en tres meses, el excedente de personal se haya reducido muy sustancialmente (de 340 a 200). Lo que no puede admitirse es una situación en la cual concurren durante más de medio año dos medidas distintas adoptadas por la empresa por la misma causa y con la misma finalidad, que además han de ser mutuamente excluyentes, en cuanto una, la suspensión de contratos, debe ir destinada a una dificultad temporalmente delimitada, mientras que la otra, el despido colectivo, está concebida para solucionar un problema que no tiene un límite temporal definido y, por ello, debe ser ejecutada de forma casi inmediata al momento en que se adopta la decisión. De esa forma, manteniendo durante meses el despido total o parcialmente sin ejecutar y al mismo tiempo aplicando la suspensión contractual con un calendario que se va adaptando por decisiones unilaterales de la empresa, las relaciones laborales en esa empresa quedan sujetas a una total discrecionalidad de la dirección. Los mecanismos de

regulación de empleo de los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores están concebidos para resolver problemas actuales y concretos de la empresa, mediante medidas llamadas a su ejecución en plazos adecuados a la finalidad para la que se adoptan, no como instrumentos meramente preventivos destinados a dotar a la empresa durante un periodo más o menos amplio de una flexibilidad en materia de jornada, salario y despido que excede ampliamente de la permitida por la legislación.

Se concluye por ello que la adopción de la medida de despido colectivo, en los concretos términos que han quedado acreditados y por lo razonado, se ha hecho en fraude de Ley y en contra de lo pactado previamente en el acuerdo con el comité intercentros del 24 de febrero de 2014. La consecuencia del fraude de Ley en los despidos colectivos, esto es, de su uso para finalidades distintas de las previstas en el ordenamiento jurídico, es la nulidad de los mismos, conforme a la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencias de 17 de febrero 2014, rec 142/2013, 19 de febrero de 2014, rec 174/2013, 19 de febrero de 2014, rec 150/2013 y muchas otras subsiguientes, así como, para este mismo tipo de supuestos, la de 26 de marzo de 2014 (rec 86/2012). Las demandas por ello son estimadas y el despido colectivo declarado nulo.

OCTAVO.— El artículo 124.9 de la Ley de la Jurisdicción Social, en la redacción dada a dicha norma por el Real Decreto-Ley 3/2012 disponía:

"La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y será recurrible en casación ordinaria. Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida. La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. La sentencia declarará no ajustada a Derecho, la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva".

Tras la Ley 3/2012 tales previsiones se trasladan al apartado 11 del artículo 124 y se les dota de una nueva redacción relevante, indicándose desde entonces:

"La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y será recurrible en casación ordinaria. Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida. La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva. La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida

empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley".

Este artículo 123, en sus números 2 y 3, de la Ley de la Jurisdicción Social establece:

"2. Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso.

3. En los supuestos en que proceda la readmisión, el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia".

Esta norma a su vez conduce al artículo 113 que dispone:

"Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador".

Se aprecia con ello que tras la reforma operada con la Ley 3/2012 las sentencias que se dicten declarando la nulidad del despido colectivo tienen los efectos condenatorios previstos en la norma que se acaba de indicar, lo que obliga a la Sala no solamente a dictar un fallo en consonancia con ello sino también a pronunciarse acerca de las consecuencias anexas a tal condena: consignación y eventual ejecución provisional del fallo, pronunciamiento que estimamos debe realizarse en esta resolución y a efectos de así garantizar el acceso al recurso de los condenados a la vista de las previsiones contenidas en el artículo 230.4 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Con relación a la consignación se aprecia que esta modalidad procesal de despido colectivo que desarrolla el artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social no contiene concretas previsiones al respecto y que sin duda, por tratarse de un proceso de afectación múltiple y en el que no se debate y puede que en la mayor parte de las ocasiones no consten los parámetros precisos para la determinación de la cuantía de la condena, su consignación puede resultar complicada.

Sin embargo estos interrogantes, que se tratan a continuación, no pueden ser obstáculo para rechazar la obligación de consignar para recurrir en esta clase de procesos.

Debe partirse de que el artículo 24.1 de la Constitución garantiza a los ciudadanos su derecho a recibir tutela judicial efectiva. La efectividad tiene una traducción palmaria y es que la justicia no acaba diciendo el derecho sino dotándole de eficacia material ("juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado" dice el artículo 117.3 de la Constitución).

Y siendo así que la dación de justicia se articula en el marco de un servicio público que cuenta con medios limitados y a través de un proceso que impone plazos y tiempos, sería paradójico que el ejercicio del derecho a la tutela judicial constituyera a su vez el propio límite a su eficacia. Es por ello que históricamente la ley procesal laboral, con el objetivo de impedir que la tramitación de los procesos y en concreto el acceso al recurso, hicieran ineficaz el derecho dicho en instancia, ha venido condicionando la fase de recurso al aseguramiento de la condena a través de un doble mecanismo: la consignación (hoy así lo establece el artículo 230.1 de la Ley de la Jurisdicción Social para todo recurso de suplicación o casación) y la ejecución provisional (hoy en los términos del Título II del Libro IV de la Ley de la Jurisdicción Social).

Paralelamente la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en redacción originaria de 1881 no contaba con adecuadas previsiones al respecto, introduce desde la actual Ley 1/2000 y con carácter general el principio de ejecución provisional de las sentencias, de suerte que una vez dictada y sin esperar a su firmeza la resolución que pone fin al proceso puede ser ejecutada (artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En este contexto es contrario a la lógica legal el que, a falta de previsión expresa que contemple otra solución distinta, las sentencias que declaren la nulidad de un despido colectivo y conlleven la condena a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación, carezcan de las cautelas precisas que garanticen la eficacia de lo sentenciado, máxime si tenemos en cuenta que los despidos individuales vinculados al despido colectivo quedan condicionados por el resultado de éste, según prevé el artículo 124.13 b) de la Ley de la Jurisdicción Social. Existiendo pronunciamiento de condena al pago de los salarios dejados de percibir y no existiendo previsión legal expresa en otro sentido, lo que debe aplicarse es la norma legal. Por el contrario, admitir recurrir la sentencia sin asegurar el cumplimiento de la condena, colocaría en situación de riesgo potencial grave la eficacia del fallo, vulnerándose así el art. 24.1 de la Constitución.

Efectivamente si la sentencia declarando la nulidad del despido colectivo no pudiera ser garantizada por el doble mecanismo de consignación de su contenido hasta el fallo y ejecución provisional de sus consecuencias posteriores, estaríamos situando a quienes han obtenido una resolución judicial a su favor en peor condición de los trabajadores que alcanzaron un acuerdo indemnizatorio con los demandados y además se estaría poniendo en peligro el futuro reintegro de las prestaciones de desempleo solapadas con el periodo en que los trabajadores tienen derecho conforme esta sentencia a percibir salarios de tramitación.

No considera esta Sala que la falta de cuantificación de la cantidad en el fallo sea un obstáculo para la consignación, debiendo recordar que se trata de condena al pago de salarios durante el periodo de tramitación del despido y que, en el caso de los salarios de trámite en las sentencias recaídas en procedimientos individuales de despido es muy habitual que la condena no incluya su cuantificación, sin que ello haya impedido nunca la exigencia de la debida consignación o aval.

Hay que tener en cuenta, en fin, que el auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013 (recurso de queja 8/2013) entendió que no era

preciso, para entablar el recurso de casación, consignar el importe de la condena en los procedimientos de despido colectivo, pero lo hizo precisamente porque el fallo de esas sentencias, bajo la regulación del Real Decreto-Ley 3/2012, incorporaba pronunciamientos de condena, sino que era meramente constitutivo. La lógica de esa misma resolución lleva a que ahora sí sea exigible la consignación o aval, tras la reforma del procedimiento de impugnación de despido colectivo por la Ley 3/2012, de manera que en caso de declaración de nulidad del despido el fallo sí incorpora un pronunciamiento de condena, que incorpora una condena pecuniaria al abono de los salarios devengados y no percibidos desde el despido y durante la tramitación del proceso.

Una vez establecido en esta sentencia y en su fallo el ámbito subjetivo de afectación y fijadas las concretas responsabilidades de cada uno de los demandados, quien pretenda recurrir deberá consignar de acuerdo con el art. 230.1 en relación con el 113 de la Ley de la Jurisdicción Social los salarios devengados por los trabajadores durante la tramitación del procedimiento en la instancia incluidos en el pronunciamiento de condena, por el periodo que media desde la notificación de los despidos hasta la fecha de notificación de esta sentencia y a tal efecto deberá con el escrito de anuncio de recurso explicitar los criterios y cálculos empleados para fijar el importe de la condena consignada, tanto para su verificación por la Secretaría Judicial como por la parte contraria así como para su eventual subsanación y en su caso controversia y determinación en la fase procesal de anuncio del recurso.

Y todo ello sin perjuicio de los derechos de ejecución provisional que asistirían a la parte actora, lo que se resolverá en caso de así interesarse.

NOVENO.– No se hace imposición de costas por no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

FALLAMOS

En el procedimiento 213/2014 seguido por demandas acumuladas de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra Unipost S.A., sobre impugnación de despido colectivo. Desestimamos la excepción de caducidad de la acción de impugnación del despido colectivo ejercitada por el sindicato Confederación General del Trabajo. Y, en relación con el fondo del asunto, estimamos las demandas de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra Unipost S.A. y declaramos la nulidad del despido colectivo recurrido y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión de los trabajadores despedidos, con abono de los salarios dejados de percibir.

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 0213 14; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0213 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.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.