

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

***Letrada de la Administración de Justicia
D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO***

SENTENCIA N^o: 49/2021

Fecha de Juicio: 10/3/2021

Fecha Sentencia: 22/3/2021

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: DESPIDO COLECTIVO 0000308 /2020

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO

Demandado/s: DIGITEX INFORMATICA SL, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES, INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUÑA, UNION SINDICAL OBRERA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, COMISIONES OBRERAS

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *Demanda de impugnación de despido colectivo la AN aprecia de oficio la excepción de falta de acción puesto que tras el periodo de consultas la empresa desistió de aplicar despido alguno y acordó con los sindicatos implementar un sistema de bajas incentivadas de libre adscripción por parte de los trabajadores lo que implica que no hubo en despido colectivo ya que todo despido implica la existencia de un declaración unilateral del empresario con efectos extintivos de la relación laboral, lo que en el presente caso no sucede. No se aprecia temeridad en la demanda de la actora.*



AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2020 0000314

Modelo: ANS105 SENTENCIA

DCO DESPIDO COLECTIVO 0000308 /2020

Procedimiento de origen: /

Sobre: DESPIDO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 49/2021

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

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

D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veintidós de marzo de dos mil veintiuno.

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

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento DESPIDO COLECTIVO 0000308 /2020 seguido por demanda de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (letrado D. Raúl Maíllo) contra DIGITEX INFORMATICA SL (graduado social D. Juan Navas), SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (letrado D. Carlos de Frías), INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUÑA (no comparece), UNION SINDICAL OBRERA (letrada D^a M^a Eugenia Moreno), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (letrado D. Roberto Manzano), COMISIONES OBRERAS (no comparece), sobre DESPIDO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 2 de septiembre de 2020 se presentó demanda sobre despido colectivo. Dicha demanda fue registrada con el número 308/2020.

Segundo.- Por Decreto de 14 de septiembre de 2020 se designó ponente y se fijó como fecha para los actos de conciliación y juicio el día 10 de marzo de 2020.

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

El letrado de CGT se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare la ILEGALIDAD y/o NULIDAD del Despido Colectivo impugnado y SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de no acordar lo anterior, dicte Sentencia que, en su Fallo, declare la INJUSTIFICACIÓN e IMPROCEDENCIA de la meritada medida.

En sustento de su pretensión adujo que la empresa el día 30-6-2020 comunicó la RLT su propósito de iniciar un periodo de consultas a fin de llevar a cabo un despido colectivo que afectaría a los centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Burgos, Santander, León y Jaén.

Señaló que desde el primer en que se constituyó la Comisión negociadora CGT manifestó que no existía causa, manifestación similar a la que efectuó el representante de UGT en la última de las reuniones de la Comisión negociadora.

Destacó que el periodo de consultas culminó con acuerdo que conlleva además de la constitución de tres comisiones, dedicadas a analizar la reducción del absentismo, a medidas sobre formación de personal, y a materias económicas acordándose la extinción de 352 extinciones, parece que de exclusiva adscripción voluntaria, en las condiciones económicas recogidas, imposibilidad de realizarse otro expediente de regulación de empleo hasta 30 de junio de 2021.

Con relación a las causas económicas refirió que se deben destacar determinados elementos que cuestionan la propia existencia de dicha causa, así si bien es cierto que la empresa aporta cifras en las cuáles el EBITDA se va reduciendo, éste sigue siendo positivo y debe matizarse sobre dicho dato con determinados elementos:

- se han incrementado de forma exponencial los gastos destinados a servicios profesionales exteriores, que en sentido estricto ni son recurrentes ni están relacionados con gastos recurrentes de la explotación ni de la propia actividad empresarial, siendo gastos puntuales, tales como el asesoramiento fiscal o gastos de headhunting;

- se ha incrementado la cuantía que contablemente queda reservada, con una cuantía de 2,5 millones de euros, cuantía correspondiente por un posible no cobro de cliente y que además de ser una mera estimación, tampoco es un elemento recurrente de la propia explotación, ni de la actividad ordinaria, no constituyendo conformador de situación estructural alguna;

- del análisis de las cuentas recibidas se debe destacar que hay un aumento cercano a los 8 millones de euros de reservas voluntarias, reservas de las cuáles se

desconoce su origen dada la magnitud de las mismas y las supuestas cifras negativas.

- se ha detectado un incremento de los gastos de tributación, de hasta el 158%, algo que tampoco está relacionado con la propia actividad ni se ha acreditado sea algo estructural relacionado con la actividad ordinaria de la empresa.

- se ha producido un gran incremento de los gastos financieros, que ha llegado al 94%.

Igualmente destacó que entre 2015 y 2019, la cifra de negocios ha aumentado en un 13% y el margen de bruto de explotación sobre los ingresos, es decir, beneficio directo que obtiene una empresa por realizar el servicio, ha pasado del 80% en 2015 al 93% en 2019.

Denunció que sea entregado un documento que es conjunto de memoria económica e informe técnico, lo que incumple lo establecido en la normativa vigente y que dicho informe en la medida en que se ha considerado absentismo cualquier ausencia fuera de las relacionadas con vacaciones, baja maternal y horas sindicales, implica un claro error y un importante cuestionamiento, tanto de las causas alegadas, como de los elementos tenidos en cuenta para adoptar la misma, como para la propia razonabilidad, justificación y proporcionalidad de la medida.

Destacó que, según los datos económicos facilitados por la empresa, los gastos en personal han ido aumentando a lo largo del periodo 2015-2019, en consonancia con el aumento del volumen de negocio que ha registrado la empresa, por lo que no sólo no constituyen causa económica, y menos aún productiva ni organizativa.

Que no se ha facilitado elemento alguno que acredite conforme a las causas organizativas ni productivas, ni desajuste de la plantilla conforme a la situación organizativa interna, ni de dimensionamiento conforme a la situación en el mercado.

Finalmente adujo que se ha producido un incremento y realización continuada de horas extraordinarias y de horas complementarias, numerosas de las cuales no han sido facilitadas o no estaban computadas en la información que aportaba la empresa cuando se contrastaban con los concretos centros de trabajo y que en cualquiera de los casos la realización continuada y habitual de horas extraordinarias y complementarias muestran la ausencia de causa organizativa o productiva alguna.

A la vista de estos datos negó la existencia de causa económica, productiva u organizativa alguna que justificase el despido colectivo que se impugna, y que constituye una discriminación la consideración de las bajas existentes en la misma sin excluir de éstas aquellas relacionadas con la discapacidad o con la protección comunitaria establecida para discapacitados y entendida por la Jurisprudencia Comunitaria como proyectable a aquellos que se encuentran ante bajas de larga duración y enfermedades de incierta curación.

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

Refirió que el despido que se impugna es fruto de un acuerdo con las organizaciones UGT, CCOO y USO logrado gracias a la mediación de la Dirección General de Trabajo y que fruto del mismo la empresa ha renunciado a realizar extinciones forzosas, siendo todas las extinciones de carácter voluntario.

Destacó que en el proceso de consultas se habían observado todas las formalidades exigidas por la legislación vigente y que el mismo se había logrado sin dolo, mala fe, fraude o abuso de derecho como puso de manifiesto la ITSS en el informe que emitió al respecto.

Seguidamente contestando a los hechos de la demanda refirió que la empresa pretendía abordar un total de 451 extinciones y que fruto del acuerdo se redujo a 352 potenciales extinciones, siendo todas ellas de carácter voluntario y que se habían acogido a los mismos un total de 215 trabajadores para los que se ha previsto una indemnización de 30 días por año de servicio por los doce primeros años y el resto a 20 días con un tope de 18 mensualidades, creándose una Comisión de Seguimiento con la RLT para la economía de la empresa, otra de formación y otra de absentismo.

Reconoció a CGT la representación en la empresa, aceptó que UGT mostró su duda sobre las causas, pero destacó que el acuerdo implícitamente implica el reconocimiento de las causas y reiteró la mediación efectuada por la DGT.

En cuanto a las causas destacó que la actora reconoce las cifras y que en el informe técnico se efectúa un estudio de la evolución de la empresa desde 2015 donde se ve una caída exponencial del EBIDTA, siendo las pérdidas superiores a 6M de euros a fecha 31 de mayo de 2.020.

Refirió que la empresa ha perdido volumen de facturación por reducción de las campañas que implicaron la reducción de 12 M de facturación a finales de 2.019 quedándose una parte importante de la plantilla sin ocupación, lo que hacía que el coste de personal elevado por el exceso de plantilla dificultase la adjudicación de nuevos servicios a realizar por la empresa.

En cuanto a las reservas voluntarias que aparecen en el año 2018 puntualizó se deben a la fusión por absorción de la empresa OVERTOP por Digitex adquirida en 2017 por lo que las reservas de ésta pasaron a Digitex.

Refirió que los gastos de determinantes de las pérdidas actuales no influyen de forma directa en la situación existente en 2.020, y esta situación que se agrava por el COVID pues las pérdidas del ejercicio en febrero de 2.020 eran ya de 2,9 M.

Negó que hubiese aumentado la facturación pues esto se debe a la facturación de Overtop, ni que hubiese habido un exceso de personal.

Con relación al absentismo se adujo que el número de bajas por IT es el 18,23 por ciento siendo la del sector del 10 por ciento lo que aumenta los gastos de personal.

Negó que la aportación de un informe unido a la Memoria infringiese la legalidad vigente.

Finalmente, alegó el aumento de horas extraordinarias que se refiere en la demanda no aparece justificado.

El letrado de UGT se opuso a la demanda adhiriéndose a lo alegado por la empresa, destacó la actividad negociadora realizada por dicha organización lográndose que la empresa desistiese a los despidos forzosos mejorando las indemnizaciones.

La letrada de USO se opuso a la demanda adhiriéndose a lo alegado por la empresa y UGT destacando el papel mediador de la ITSS.

STC solicitó el dictado de una sentencia ajustada derecho.

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

Hechos pacíficos: Las adscripciones fueron de carácter voluntario. – Informe y Memoria se aportan en documento único.

Hechos controvertidos: Hay 212 trabajadores afectados. - La existencia de pérdidas y su causa- El origen de las reservas voluntarias- La existencia de gastos extraordinarios- Si la situación de la COVID aparece como causa de los despidos- El incremento de la facturación y de personal- El incremento de horas extras.

Seguidamente se procedió a la proposición y práctica de la prueba documental y pericial.

Con carácter previo a las conclusiones la Sala compelió a las partes para alegasen sobre la posible temeridad de la demanda.

Las partes elevaron sus conclusiones a definitivas, señalando la actora que su demanda no resultaba temeraria, y el resto de las partes dejaron la apreciación de tal circunstancia a juicio de la Sala.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. – Habiéndose comunicado por parte de la empresa demandada a la representación legal de los trabajadores su intención de promover un despido colectivo que afectaría a un total de 451 trabajadores que prestan servicios en los centros de Madrid, Viladecans, Espulgues de Llobregat, Cantabria, La Carolina, León y Aranda de Duero, el día 8-7-2.020 se constituyó la comisión negociadora con la participación de las secciones sindicales siguientes:

-CCOO a la que atribuyeron 3 miembros en la comisión social y un voto ponderado del 23,30 por ciento;

- CGT a la que atribuyeron 3 miembros en la comisión social y un voto ponderado del 20,39 por ciento

- UGT a la que atribuyeron 2 miembros en la comisión social y un voto ponderado del 17,4 por ciento

-USO a la que atribuyeron 2 miembros en la comisión social y un voto ponderado del 14,56 por ciento

- IAC a la que atribuyeron 2 miembros en la comisión social y un voto ponderado del 11,65 por ciento

- STC a la que atribuyó 1 miembro en la comisión social y un voto ponderado del 10,68 por ciento

En dicha reunión constitutiva de la Comisión negociadora las partes se emplazaron para iniciar el periodo de consultas ese mismo día.- descriptor 28.-.

SEGUNDO.- La primera de las reuniones del periodo de consultas tuvo lugar el día 8-7-2.020 en dicha reunión la empresa refiere hacer entrega de la

documentación exigida por el art. 51. 1 E.T y expone que el despido colectivo se funda en causas económicas, organizativas y productivas y que afectaría a un 15 % por de la plantilla – un total de 451 trabajadores- que prestan servicios en los centros de Madrid, Viladecans, Espulgues de Llobregat, Cantabria, La Carolina, León y Aranda de Duero.- descriptor 38-.

La documentación aportada a tal reunión obra en los descriptores 29 y ss y consiste en comunicación del inicio de las consultas a la autoridad laboral, solicitud de informe a la RLT, empleados en la empresa en el último año desglosados por categoría y centro de trabajo, especificación de las causas que motivan el despido colectivo, listado de trabajadores afectados por centro y categoría, periodo previsto para la extinción de los contratos, criterios de designación de los trabajadores afectados, Informe técnico y Memoria explicativa (en único documento) y Plan de Recolocación.

En el escrito de especificación de las causas se señala lo siguiente:

“Las causas que motivan el despido colectivo en Digitex Informática S.L.U. son de 3 tipos:

A. ECONOMICAS

B. ORGANIZATIVAS

C. PRODUCTIVAS

Aunque en el Informe Técnico se podrá encontrar toda la información detallada que sustenta dichas causas, introducimos a continuación muy ejecutivamente cada una de ellas.

A. SOBRE LAS CAUSAS ECONOMICAS

El resultado neto de la Compañía ha registrado pérdidas en todo el período que abarca desde el ejercicio 2016 al 2019. En concreto, la Compañía pasó de registrar un resultado neto positivo por importe de 1,6 millones de euros en el ejercicio 2015 a pérdidas por importe de 2,9 millones de euros en el ejercicio 2019, esto es, una caída del 282,6%.

Esta situación de pérdidas desde el ejercicio 2016 se genera por una falta de adaptación de la estructura de costes a las fluctuaciones de los ingresos, tal como se detallará en el Informe Técnico.

En lo que respecta al EBITDA, la evolución ha sido similar a la del resultado neto, aunque la tendencia decreciente se registra en todo el período analizado, esto es del ejercicio 2015 al ejercicio 2019, sufriendo una caída constante del 78,6%.

Esta situación no solo se mantiene en el ejercicio 2020 sino que se agrava sustancialmente, pasando a registrar en el primer trimestre de 2020 unas pérdidas por importe de 2,6 millones de euros, y si se considera el acumulado a mayo de 2020 las pérdidas ascienden a 6,0 millones de euros.

La Compañía ha experimentado en este periodo una importante pérdida sobre la cuota en el mercado de Contact centers en España, apuntando dicho hecho a que Compañía no está siendo capaz de ser competitiva en este difícil mercado.

B. SOBRE LAS CAUSAS ORGANIZATIVAS

Existe un claro sobredimensionamiento de los recursos humanos disponibles en la organización, algo fácilmente constatable en un presupuesto de personal del 77% cuando la media del sector se encuentra en el 69,3%. Este sobredimensionamiento y el exceso de costes generado por él es un auténtico lastre para la competitividad de la empresa.

Como se puede ver en el informe y la memoria aportados, existe un sobredimensionamiento casi a todos los niveles con respecto al resto de compañías del sector. La Compañía cuenta con más agentes de los necesarios en muchas campañas y con más coordinadores, supervisores, agentes de calidad o formadores de los que la competencia tiene por servicio.

El hecho de contar con un absentismo varios puntos por encima de la media del sector no hace más que lastrar todavía más nuestra capacidad para competir en igualdad de condiciones con el resto de empresas del sector.

C. SOBRE LAS CAUSAS PRODUCTIVAS

Además de las causas económicas, y organizativas señaladas anteriormente, la compañía en los últimos meses ha visto alterada su demanda de servicios. En este sentido, dos de los servicios prestados por Digitex informática para uno de los clientes más importante de la compañía se ha visto reducido en un porcentaje muy severo, tal como se detalla en el Informe Técnico.

? Consorcio de seguros: la Compañía hasta la fecha estaba contratada por la sociedad CATSA para cubrir el desborde del servicio que ésta última mantenía con la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias desde el 17 de julio de 2017. Sin embargo, dado que el cliente de CATSA no renovó el contrato tras su expiración en fecha 30 de junio de 2020, se dejó de demandar el servicio de desborde a la Compañía.

? Gestión de pedidos: el cliente ha comunicado una reducción del servicio lo cual genera que numerosos puestos de trabajo queden vacíos de contenido.”

TERCERO.- Las actas de las diversas reuniones mantenidas a lo largo del periodo de consultas y la documentación que se entregó en el desarrollo de las mismas obra en los descriptores 38 y 43 y ss cuyo contenido damos por reproducido, si bien destacamos:

- que las reuniones se celebraron los días 8, 15, 22, 23, 29 y 30 de julio de 2.020, celebrándose estas dos últimas en sede del Ministerio de Trabajo y Economía Social con la mediación de la Directora General de Trabajo;
- que el 30 de julio de 2.020 se suscribe acta de preacuerdo entre la empresa, CCOO, UGT y USO suscrito igualmente por el mediador;
- que el periodo de consultas se da por finalizado con acuerdo el día 5 de agosto de 2.020;
- que en el acta de 30 de julio de 2.020 consta la siguiente manifestación e UGT: *“Respetamos la postura de las secciones. La parte no ha sido convencida de las causas por parte de la empresa. Si no firmamos el acuerdo se acometerán despidos. Cada uno tiene su responsabilidad, nosotros acogemos la respuesta de la empresa y lo valoraremos” –.*

CUARTO.- El texto del Acuerdo obra en el descriptor 40 cuyo contenido damos por reproducido si bien del mismo destacamos que en su inicio las partes acuerdan lo siguiente:

“Al objeto de minorar el menor perjuicio social y minorar los efectos que la medida de despido colectivo comporta, y tras las sucesivas propuestas que sobre el particular se han ido formulando, teniendo en consideración lo dispuesto en el acta de julio de 2.020(número 5 del periodo de consultas) con la mediación de la Dirección General de Trabajo, representada en este proceso por D^a Verónica

Martínez Barnero, Directora General de Trabajo, y D. Juan Manuel Gutiérrez Hurtado, vocal asesor de dicha Dirección General, tras las reuniones de mediación mantenidas entre las 11:00 y las 22:30 horas del día 29 de julio y entre las 10:00 y las 14:30 horas del día 30 de julio de 2.020, este acuerdo se basa en la renuncia por parte de la empresa a los despidos y su sustitución por medidas basadas en la voluntariedad, y otras de carácter coyuntural, conforme al procedimiento establecido al efecto por el Estatuto de los Trabajadores.

MEDIDAS ACORDADAS PARA EVITAR EL DESPIDO COLECTIVO.

1) Adscripciones voluntarias.-

Todos los trabajadores, de los centros afectados por el periodo de consultas, podrán acogerse desde la comunicación final del periodo de consultas a la autoridad laboral, y hasta el 31 de agosto de 2.020, a una adscripción voluntaria con una indemnización de 30 días por año de servicio durante los doce primeros años antigüedad. Para antigüedades superiores a doce años, se abonará, los primeros doce años a razón de 30 días de salario por año de servicio y el resto de antigüedad, a razón de 20 días de salario por años de servicio con un límite de 18 mensualidades.

Estas adscripciones tendrán las siguientes excepciones:

- a) Personal perteneciente a los servicios de Telefónica (1002 y 1004) a nivel de Teleoperador/Especialistas y Gestores;*
- b) Trabajadores mayores de 50 años.*

De entenderse necesario, las partes firmantes de este acuerdo podrán ampliar el plazo para la adscripción a esta medida más allá de la fijada en el apartado anterior.

El máximo de personas que pueden sumarse a esta posibilidad es de 352. De alcanzarse dicho número antes de la fecha fijada como plazo máximo para la adscripción, no se admitirán más solicitudes.

2) Compromiso de no realización de despidos colectivos.

La empresa se compromete a no iniciar despidos colectivos antes del 31 de julio de 2.021.

En este sentido, si durante el periodo afectado por este compromiso las circunstancias de la empresa así lo exigieran, la empresa no efectuará despido colectivo alguno, procediendo de ser necesario a la tramitación del correspondiente expediente de regulación temporal de empleo (ERTE).

En caso de incumplimiento del compromiso previsto en este apartado, la empresa deberá abonar, como mínimo una indemnización de 45 días de salario por año de servicio con el límite de 42 mensualidades a los eventuales despidos que se efectúen en el ámbito de dicho incumplimiento.”

QUINTO.- *Obra en los descriptores 41 y 42 la comunicación de la finalización con acuerdo del periodo de consultas tanto a la RLT como a la Autoridad Laboral.*

SEXTO.- *Damos por reproducido cuanto obra en el informe técnico aportado por la empresa en el periodo de consultas respecto de la situación económica, productiva y organizativa de la empresa*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial*, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá.

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

TERCERO.- La Sala a la vista del contenido del acuerdo que se alcanzó a la finalización del periodo de consultas se ha planteado la concurrencia en el presente procedimiento de la excepción de falta de acción, toda vez que la empresa en el acuerdo con el que se cerró el periodo de consultas manifiesta su renuncia a los despidos y su sustitución por medidas basadas en la voluntariedad-

Como recuerda la STS de 15 de septiembre de 2015 (rec. 252/2014), citando las anteriores de 18 de julio de 2002 (rcud. 1289/2001); 1 de marzo 2011 (rec. 74/2010) y de 8 mayo 2015 (rec. 56/2014), " la denominada " falta de acción" no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia. Ello ha propiciado que, según las ocasiones, se la haya identificado, y no en todos los casos acertadamente, con: A) Un desajuste subjetivo entre la acción y su titular. B) Una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada. C) La ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas. D) Una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada".

Señala la STS de 22-2-2017 – rec 120/2016- que la falta de acción es apreciable de oficio cuando está directamente vinculada con la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, porque en estos casos concurre una ineludible cuestión de orden público que no queda a disposición de las partes (SSTS, entre otras, 30-6-2016, rec. 231/2015 ; 22-12-2014, rec. 81/2014 ; 2-7-2012, rec. 2086/2011 ; 21-6-2010, rec. 55/2009 ; 26-1-2010, rec. 230/2009 ; 7-4-2009, rec. 56/2008 ; 22-12-1994, rec. 811/1994).

Consideramos que en el presente caso concurre la falta de acción por encontrarnos ante un supuesto de inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada por cuanto que en el presente caso las extinciones que se produzcan con fundamento en el Acuerdo de 5-8-2.020 con el que concluyó el periodo de consultas tienen su encaje en el apartado a) del art. 49.1 E.T y no en el apartado i) del referido precepto legal y ello por las razones que pasamos a exponer:

1.- La doctrina científica tradicional -Montoya Melgar- ha venido definiendo el despido como la declaración unilateral del empresario constitutiva y recepticia encaminada a extinguir la relación laboral. En este mismo sentido, la Sentencia del Pleno de la Sala IV TS de 18-12-2.019 – rcud 71/2.009- indica que "el acto de

despido sí es una declaración unilateral que tiene efectos por sí misma en orden a la extinción del contrato”.

2.- En consonancia con lo anterior y desde una perspectiva procesal la modalidad procesal de impugnación de despido del Capítulo I del Título II de la LRJS resulta idónea para impugnar todas aquellas decisiones unilaterales del empleador extintivas de la relación laboral. En este sentido, la STS de 16-7-2012- rcud 2005/2011- con cita de la precedente STS de 23-12-1996 recuerda que: *"la expresión despido no debe entenderse constreñida, en principio, al que tuviera origen disciplinario, ya que su significado también comprende por lo general cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun cuando estuviera fundado en causa ajena a su incumplimiento contractual, grave y culpable. El despido, pues, constituye concepto genérico, diversificable, por razón de su causa, en especies distintas. Es cierto que el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores (EDL 1995/13475) , en su versión anterior a la reforma aprobada por la Ley 11/1994, al enunciar las causas de extinción, utilizaba la voz despido con relación al disciplinario, sin hacerlo cuando mencionaba otras que también derivaban de la unilateral voluntad del empresario. Mas ello no significaba que el cese que por estas otras causas se impusiera no manifestara despido, como lo ponía de relieve el artículo 52.c), en su versión también anterior a la mencionada reforma, en el que se hacía alusión al trabajador despedido. Incluso después de la referida reforma, el citado artículo 49 también utiliza la voz despido para el colectivo, que, como es sabido, encuentra causa en motivos no inherentes a la persona del trabajador. A igual conclusión conduce el Convenio número 158 de la OIT , ratificado por España y publicado en el BOE de 29 de junio de 1985 (referido a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador, en el que, al exigir concurrencia de causa justificada, refiere éstas a la capacidad del trabajador, a su conducta o a las necesidades de funcionamiento en la empresa). En tal sentido también es de oportuna cita la Directiva 75/129 , reformada por la 92/56, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de despidos colectivos, los cuales han de encontrar fundamento en causas no inherentes a las persona del trabajador”.*

3.- Por todo ello, hemos de concluir que para que la nota característica del despido es la imposición unilateral del mismo por el empleador y el efecto extintivo de la misma en la relación laboral. Así, a la hora de determinar el objeto de la impugnación en el procedimiento del art. 124 de la LRJS, el apartado 1 de tal norma hace referencia a la “la decisión empresarial”, la cual puede traer causa de un periodo de consultas finalizado con acuerdo, o sin acuerdo.

4.- En el caso que nos ocupa no existe decisión unilateral extintiva alguna por parte del empleador, antes al contrario, al finalizar periodo de consultas y con la mediación de la Autoridad laboral, este desistió de su intención de efectuar un despido colectivo, y las partes negociadoras convinieron el establecimiento de un sistema de bajas incentivadas, las cuales para tener efectos extintivos de las diferentes relaciones de trabajo necesitan en todo caso del consentimiento de los trabajadores afectados.

5.- En el suplico de la demanda rectora de la presente litis ratificada en el acto de la vista se interesa se declare la ILEGALIDAD y/o NULIDAD del Despido Colectivo impugnado y SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de no acordar lo anterior, dicte Sentencia que, en su Fallo, declare la INJUSTIFICACIÓN e IMPROCEDENCIA de la meritada medida. Pero como vemos, no se ha materializado despido colectivo alguno, sino que dicha medida inicialmente propuesta por el empleador a la RLT ha sido sustituida por un Acuerdo de bajas incentivadas, que en modo alguno puede ser conceptuado como despido colectivo, pues para que las extinciones puedan llevarse a cabo es necesario el concurso de la voluntad del empleado mediante su adscripción a las mismas, renunciando en todo caso el empleador a su imposición de forma unilateral.

6.- La consecuencia de no haber tenido lugar un despido colectivo no ha de ser otra que apreciar la falta de acción del actor para impugnar de forma colectiva las extinciones producidas.

CUARTO.- La Sala sometió a la consideración de las partes la posibilidad de apreciar temeridad en la demanda de CGT al amparo del art. 97.3 de la LRJS. Examinado el caso, y dado el carácter procesal de la presente sentencia, del que esta Sala desconoce que existan precedentes jurisprudenciales resolviendo idéntica cuestión, no impondrá sanción pecuniaria alguna por este motivo.

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

FALLAMOS

APRECIANDO DE OFICIO LA FALTA DE ACCIÓN DE CGT desestimamos la demanda de impugnación de despido colectivo deducida por dicha organización sindical frente a DIGITEX INFORMATICA SL, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES, INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUÑA, UNION SINDICAL OBRERA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES y COMISIONES OBRERAS, dejando imprejuizado el fondo del asunto.

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 0308 20; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0308 20 (IBAN ES55), pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.