

Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa

STS, Sala Social, de 29 de enero de 2019 (RC núm. 168/2018)

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada

Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción

La STS objeto de comentario estudia la licitud de un procedimiento de despido colectivo (PDC) en el que dos empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial proponen 91 despidos y en el período de consultas presentan cómo en realidad al menos 58 de esos puestos podrían tener cabida en la propia organización pero cambiando las condiciones de trabajo.

La cuestión planteada puede ser frecuente en muchas empresas, de modo que la resolución ofrece aspectos de enorme interés y utilidad. Los principales son: revisión de la doctrina de la coexistencia de un despido colectivo con otras medidas de reestructuración laboral; resumen de la doctrina sobre la revisión de hechos probados de la sentencia de instancia y , por último, análisis de los pactos individuales en masa y prioridad de la autonomía colectiva.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: STS 68/2019 de 29 de enero.

Número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 168/2018.

ECLI: ES:TS:2019:556.

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Exmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

La sentencia comentada cuenta con una prolija exposición de los antecedentes de hecho (hasta 14 hojas ocupa). Si los hechos probados de una resolución judicial siempre son importantes, en un despido colectivo (DC) en el marco de un Grupo de empresas tal cuestión aparece como determinante. Tan es así, que la propia sentencia en su F.D. 4º, apartado 3, realiza una síntesis de cómo se desenvuelve este concreto DC para poder resolver las cuestiones más controvertidas planteadas.

A) El DC tiene lugar en el seno de un entramado empresarial que gira alrededor de dos empresas:

GGM: El Grupo Gasmedi SLU (mercantil constituida en 2006 que contaba con 513 trabajadores) fue adquirido por Air Liquide Ibérica de Gases SLU, la cual pertenece a Air Liquide Internacional SA y se integra en el grupo cuya sociedad dominante es la empresa francesa L'Air Liquide SA.

ALM: Air Liquide Medicinal SLU (mercantil con una plantilla de 216 empleados) pertenece a Air Liquide España, que a su vez pertenece a Air Liquide International Corporation y también integra en el grupo cuya sociedad dominante es la empresa francesa L'Air Liquide SA.

Ambas empresas integran la actividad de Healthcare, consistente en la distribución y suministro de todo tipo de gases medicinales y material médico-quirúrgico, así como la prestación de todo tipo de servicios necesarios de aerosolterapia y ventiloterapia, y mediante esta actividad suministran gases medicinales, cuidados de salud a domicilio, productos para la higiene, ingredientes galénicos y equipamiento médico, pero han funcionado siempre con total autonomía empresarial (HP 2º).

B) Con fecha 31 de octubre de 2017 GGM comunica su intención de promover un DC (incluyendo suspensión de contratos y reducción de jornada). Invoca causas organizativas y productivas y manifiesta su intención de que la comisión representativa de ALM asista a las deliberaciones del periodo de consultas.

Con la misma fecha se activa otro PDC en ALM, estrechamente relacionado con el anterior y en el que se prevé la terminación de doce contratos.

El sector de terapias respiratorias domiciliarias (TRD) pivota esencialmente sobre las licitaciones públicas y éstas han sufrido una reducción en el periodo 2011-2017 del 34%, unido a un descenso en los precios estipulados en los pliegos de liquidación por parte de la Administración y a la fuerte competencia en el sector, todo ello ha repercutido negativamente en este sector de TRD, junto con el cambio en el modelo de financiación que pasó de tener en cuenta el número de pacientes a un modelo de tarifa fija (HP 11º).

C) El periodo de consultas se desarrolla con siete reuniones durante 2017 con intercambio de propuestas, finalizando sin acuerdo.

Ya en la segunda reunión CGT y CC.OO., a pesar de que ambos sindicatos manifiestan estar de acuerdo en la necesidad de mejorar la organización de la empresa, entienden que debe retirarse el PDC y que la empresa plantee abiertamente si hay necesidad de despido de 91 trabajadores o si realmente el objetivo es modificar las condiciones laborales estando dispuestos a tratar estos temas pero no en el PDC.

En la tercera reunión (28-11) la empresa informa de datos concretos de la organización centralizada que pretende.

En la del 13.12 ofrece con carácter definitivo una propuesta que se adjunta al acta en la que parte de los 91 despidos iniciales pero ya " en conjunto " de ALM y GGM; ofrece un mínimo de 58 puestos susceptibles de ser ocupados por los

trabajadores potencialmente afectados, siempre que tengan el perfil adecuado, especificando las necesidades concretas de estos de trabajo en los proyectos del Informe Técnico; ofrece también recolocaciones externas (4); plantea incluir como criterio para las extinciones de contratos el de voluntariedad y la indemnización de 33 días por año; y la creación de una comisión de seguimiento que realizaría el control y seguimiento de la aplicación de las condiciones pactadas, el grado de implantaciones de los distintos proyectos a efectos de valorar la adecuación del calendario de ejecución de las extinciones contractuales (hasta el 30.6.2018) y las posibles oportunidades de recolocación adicionales que pueden surgir durante el período de ejecución de los despidos.

En las intermedias (5 y 12-12) se pide nueva información sobre datos de los proyectos y GGM dice que existen unos 45 puestos susceptibles de ser ocupados por los despidos de ACM y GOM.

En la última sesión la empresa manifiesta que ha puesto sobre la mesa 6 meses para la ejecución de los proyectos pero no tiene inconveniente en que se proponga y negocie un plazo superior, y los sindicatos manifiestan que son conscientes de que es preciso adoptar medidas, pero la forma y el tiempo que se maneja no son adecuados porque no es correcta la base de la que se ha partido. Las partes dan por finalizado el período de consultas sin acuerdo.

D) El 3 de enero 2018, la empresa comunica a la RLT su decisión final, advirtiendo que los dos DDCC están entrelazados, que el número de extinciones no superará las 91 (proponiendo 12 de ALM y 79 de GGM), abriéndose un periodo de adscripción voluntaria.

La comunicación empresarial detalla los criterios adicionales para determinar quiénes quedan afectados por el DC, contempla medidas sociales de acompañamiento (recolocaciones internas y externas) e incorpora un calendario aplicativo.

E) ALM y GASMEDI ofertaron hasta 76 recolocaciones, de manera que si se materializasen solo habría 15 extinciones contractuales.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional

La sentencia 72/2018 de 7 mayo (proc. 22/2018), dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, estima la demanda y declara nulo el DC por varias causas. Sus núcleos argumentales pueden resumirse del siguiente modo:

Aprueba fraude en la conducta empresarial, sobredimensionando las extinciones para lograr una serie de medidas de flexibilidad interna a las que no se hace referencia principal en el periodo de consultas. "La verdadera intención empresarial queda plasmada en los propios términos en que se expresa la decisión final adoptada, donde se aprecia de modo claro que el fin que se proponía el empresario no era tanto la extinción de los puestos de trabajo, como llevar a cabo la reestructuración de la plantilla en los términos expuestos".

Tal fraude implica además infracción de los deberes de información y documentación y vulnera el derecho a la negociación colectiva y libertad sindical de los sindicatos recurrentes. La decisión empresarial cuestionada "implica en la práctica la oferta al colectivo de trabajadores afectados de una serie de medidas de flexibilidad interna que debieron ser objeto de un específico procedimiento de negociación colectiva, lo que implica la oferta en masa de las mismas para que sean aceptadas a título individual por estos, obviando el derecho a la negociación colectiva de las representaciones sindicales reconocido en el art. 2.2 de la LOLS como contenido esencial del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 de la CE".

No determina la nulidad del despido el hecho de que el número final de afectados haya quedado por debajo de los umbrales del art. 51.1 ET pues en un principio si los superaba.

IV. Posiciones de las partes

Se plantean al Tribunal Supremo las dos cuestiones principales siguientes:

- Existencia de fraude en el PDC desarrollado por la empresa, derivado de la intención de la empresa porque, en realidad, el propósito final no era el DC sino las medidas de flexibilidad interna presentadas como medidas alternativas al despido para minimizar el impacto del mismo.
- Vulneración de la libertad sindical puesto que la empresa oferta pactos individuales en masa ante la negativa de la representación legal de los trabajadores de alcanzar un acuerdo para poner en marcha esas medidas de flexibilidad interna.

1. La empresa (recurrente)

La empresa formaliza recurso de casación, en el que solicita tanto la revisión de los hechos probados cuanto la anulación de la sentencia por haber infringido diversos preceptos. Está estructurado en cinco motivos.

El primer motivo interesa la rectificación de diversos extremos fácticos. El segundo combate la existencia de fraude. El tercero censura el criterio de la sentencia sobre insuficiente documentación. El cuarto ataca la calificación de nulidad anudada a la vulneración de derechos fundamentales. El quinto defiende que estamos ante un DC ajustado a Derecho.

2. Los sindicatos

Los sindicatos formalizan oposición a la totalidad de los motivos del recurso.

Exponen las razones por las que ninguna de las tres revisiones fácticas pedidas cumple con las exigencias jurisprudencialmente acuñadas al efecto.

Asimismo combaten la proclamada ausencia de ocultación sobre las verdaderas intenciones empresariales y refuerzan las afirmaciones de la sentencia recurrida sobre falta de información adecuada para una correcta negociación.

Consideran que la empresa acaba vulnerando la libertad sindical por cuanto realiza una oferta masiva de adhesión a medidas rechazadas en el procedimiento de negociación.

3. El Ministerio Fiscal

La representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta se opone al éxito de todos los motivos, excepto del cuarto, centrado en la ausencia de vulneración de derechos fundamentales. Considera que la infracción de los términos del derecho a la negociación colectiva no puede subsumirse en tal supuesto dado que existe una específica causa de nulidad que la contempla.

V. Normativa aplicable al caso

Sin duda el precepto que se aplica en este supuesto de hecho es el que regula el despido colectivo, art. 51 del ET siendo sus párrafos más decisivos –todos incluidos dentro del apartado 2–, los siguientes que versan sobre la negociación con los representantes de los trabajadores y la documentación a aportar:

2. El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.

(...)

La comunicación de la apertura del periodo de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.

b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.

c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.

d) Periodo previsto para la realización de los despidos.

e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales.

La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.

(...)

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

VI. Doctrina básica

Los contenidos doctrinales de la sentencia comentada se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. Sobre la revisión de hechos probados de las sentencias de instancia (FJ 2º)

La sentencia contiene un resumen muy ilustrativo de la revisión de hechos probados, esto es, la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas que por su interés pasamos a transcribirlo a continuación. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo lo siguiente:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido - eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo. La revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, "la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes" (STS de 27 de marzo de 2000, rcud 2497/1999). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente, pues, reiteramos, el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida (STS 11 de febrero de 2014, rec. 27/2013).

2. Sobre la negociación de medidas de flexibilidad interna en el seno de un despido colectivo

Que en el seno de un proceso de despido colectivo aparezcan medidas de flexibilidad no extintivas, sea como propuestas iniciales, sea como alternativas surgidas al hilo de la negociación, en absoluto vicia el periodo de consultas.

El procedimiento de deliberación y consultas contemplado en el art. 51 del ET y concordantes alberga un nivel de exigencias o garantías superior al que las normas contienen de cara a la introducción de otras medidas de reestructuración, como la movilidad geográfica (art. 40 ET) o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET).

Por lo tanto, la STS no comparte que la introducción de medidas de ese tipo a través del cauce diseñado para el despido colectivo comporte, por ello, una minoración de derechos, una elusión de la regulación aplicable puesto que el propio diseño normativo alienta la introducción de medidas paliativas de las extinciones contractuales.

En conclusión: el hecho de que en el marco de un despido colectivo la empresa haya introducido, de forma originaria o sobrevenida, la adopción de medidas de movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo ni vulnera la libertad sindical, ni ataca el derecho a la negociación colectiva, ni sobrepasa los límites del diseño legal de lo que sea el PDC.

3. Sobre la lesión de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva por la oferta de pactos individuales en masa

La STS examinada censura el proceder empresarial pues a través de la oferta de pactos individuales en masa se habría hurtado la intervención de la representación legal de los trabajadores, lesionando su libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

El Alto Tribunal se alinea con la jurisprudencia, suya y del Tribunal Constitucional, para impedir que "la autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio" (STS 825/2016 de 11 octubre (rec. 68/2016) sintetiza la doctrina sentada al respecto).

4. Sobre la existencia de fraude de ley por sobredimensionamiento del despido colectivo

Desde el inicio del período de consultas y en virtud del contenido de la Memoria y sobre todo del Informe Técnico, queda claro que lo que se pretendía realmente era crear una estructura conjunta en ambas sociedades que iban a suponer movilizaciones geográficas y funcionales, y así se lo dicen los representantes legales de los trabajadores. Sin embargo, la empresa manifiesta su intención exclusivamente de extinguir 79 puestos de trabajo por motivos productivos y organizativos.

Dado que ya en la Memoria y en el Informe Técnico se reconocía que la nueva estructura obligaría a ampliar la plantilla en determinados proyectos, desde el primer momento la empresa (GGM) está reconociendo que el número de despidos está sobredimensionado. Si a menos de un mes del inicio del período de consultas ya presenta una propuesta ofreciendo 58 puestos susceptibles de ser ocupados por los trabajadores potencialmente afectados por el despido colectivo, parece bastante evidente que no quiso utilizar las posibilidades de movilidad geográfica y funcional que le ofrecían los arts. 40 y 41 del ET, porque lo que no resulta ajustado a Derecho es que primero anuncie 79 despidos para luego ofrecer a quienes fueran resultando afectados por la ejecución sucesiva de los proyectos, la posibilidad de reincorporarse en otros lugares o con otras condiciones de trabajo. Esta pretensión antijurídica quedó plenamente acreditada en la decisión final del despido colectivo que comunicó a la representación legal de los trabajadores.

VII. Parte dispositiva

Como se desprende de cuanto antecede, la STS decide que el recurso no puede prosperar y debe quedar firme la sentencia que declara la nulidad del despido colectivo. En esencia, porque no ha habido verdadera negociación sobre las medidas de reestructuración laboral que lo acompañan (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales) y, pese a ello, la empresa ha acabado optando por implantarlas a través de una oferta individual masiva.

Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación interpuesto por la empresa contra la sentencia 72/2018 de 7 mayo (proc. 22/2018), dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos de la resolución comentada se encuentran en:

Por un lado, el párrafo segundo del apartado quinto del F.D.Tercero:

“B) El problema no es que se haya incorporado al PDC la negociación, originaria o sobrevenida, de medidas flexibilizadoras de carácter no extintivo. Ni siquiera que, tras fracasar el procedimiento negociador, se haya realizado una oferta de adscripción voluntaria a las mismas.

El problema es que la empresa no ha negociado realmente durante el procedimiento previsto al efecto esas medidas, poniendo en conexión sus problemas organizativos o productivos con la entidad y tipología de las decisiones que pretendía implementar.

C) Por lo tanto: hay que confirmar la vulneración de la libertad sindical si, como entiendo la sentencia de instancia, puede apreciarse una conducta empresarial fraudulenta, esto es, tendente a esconder su verdadero propósito, sobredimensionando el perímetro del DC de manera artificial”.

Y, por otro, en el último párrafo del apartado 4 del F.D. Cuarto donde indica:

“De este modo, la nulidad del PDC no surge, como quiere dar a entender el recurso, porque la empresa haya acudido al procedimiento del artículo 51 ET incluyendo medidas flexibilizadoras, sino porque no ha cumplido realmente con el periodo de consultas de tales medidas, respecto de las cuales no ha habido verdadera negociación, ni en los específicos procedimientos de los arts. 40 y 41 ET (como algún pasaje de la sentencia y de la impugnación al recurso consideran imprescindible) ni en el seno del PDC (como hemos expuesto que es posible)”.

IX. Comentario

1. *En el despido colectivo se exige a la empresa la negociación real de las medidas a adoptar para sortear las dificultades sobrevenidas*

En la sentencia estudiada se enjuicia un despido colectivo de una empresa que está pasando, de forma innegable, verdaderos problemas por un auténtico proceso de transformación del sector económico en el que interviene. Por tanto, existe causa empresarial para tomar medidas. Ahora bien, ello no obsta para que dichas medidas deban ser razonables. Por consiguiente, la resolución que se comenta -como también la de la Audiencia Nacional-, es un exponente del rigor judicial en el control de la razonabilidad de las medidas adoptadas por la empresa. Ésta lo que necesitaba realmente no era un despido colectivo para 91 empleados/as sino extinguir, a lo sumo, en torno a 30 puestos de trabajo y al resto del personal cambiar las condiciones de trabajo (crear una estructura conjunta de ambas sociedades que implicaba una mayor movilidad geográfica). Pero presentó un PDC para lograr que sus trabajadores se adscribieran voluntariamente en dichas condiciones de trabajo presionándoles a ello al exponerles que si no aceptaban, la solución que les quedaba era el despido.

La parte sindical no rehúye la necesidad de tomar decisiones drásticas pero quiere que la negociación se realice fuera de un PDC que, en el fondo no es real pues está sobredimensionado.

Los tribunales declaran que esta forma de actuar empresarial no es conforme a Derecho. Y no lo es porque en verdad el empresario no ha querido negociar un despido colectivo sino un cambio en las condiciones de trabajo.

El PDC puede ser un espacio en el que poder negociar medidas de flexibilidad interna como vía de evitar despidos o minimizar su impacto. Así lo quiere expresamente la ley y la resolución comentada es interesante para clarificar el juego existente entre el despido colectivo y “otras medidas de reestructuración laboral”. Como indica literalmente, F.D. 3º, apartado 3 “En conclusión: el hecho de que en el marco de un PDC la empresa haya introducido, de forma originaria o sobrevenida, la adopción de medidas de movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones de trabajo ni vulnera la libertad sindical, ni ataca el derecho a la negociación colectiva, ni sobrepasa los límites del diseño legal de lo que sea el PDC”.

En cambio, el procedimiento de despido colectivo no permite sobredimensionar inicialmente el número de despidos necesarios con el solo interés de presionar hacia la modificación de las condiciones de trabajo del personal planteando que, en caso de no adherirse a las nuevas cláusulas de regulación queridas por el empleador, la única salida fuera el despido. Es imprescindible que la documentación presentada por la empresa sea coherente con su verdadera intención que pretende con el PDC para que, como exige el TS, se atisbe una actitud real de negociación de buena fe, más allá de cumplir formalmente con la exigencias del art. 51 del ET.

2. Sobre los pactos individuales en masa

La STS comentada se alinea con sus precedentes (sintetizada en STS 825/2016, recurso 68/2016) al afirmar que los pactos individuales en masa que lleva a cabo la empresa hurtan la intervención de la representación legal de los trabajadores, lesionan su libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

Ahora bien, dicho lo anterior, parece que nuestro Alto Tribunal deja la puerta entreabierta a que si la empresa hubiera realizado una auténtica negociación en el seno del procedimiento colectivo de las medidas de reestructuración laboral para sortear la situación en la que se encuentra la empresa, es decir, si hubiera existido una actitud negociadora verosímil de la empresa en la que desde el inicio hubiera expuesto su auténtica intención, pudiera acudir a los pactos individuales en masa en caso de no llegar a un acuerdo con la representación legal de los trabajadores. En palabras de nuestro Tribunal Supremo, F.D.Tercero, apartado 5º:

El problema no es que se haya incorporado al PDC la negociación, originaria o sobrevenida, de medidas flexibilizadoras de carácter no extintivo. Ni siquiera que, tras fracasar el procedimiento negociador, se haya realizado una oferta de adscripción voluntaria a las mismas. El problema es que la empresa no ha negociado realmente durante el procedimiento previsto al efecto esas medidas, poniendo en conexión sus problemas organizativos o productivos con la entidad y tipología de las decisiones que pretendía implementar.

Atentos que tendremos que estar a próximas resoluciones para, en su caso, confirmar si ésta fuera la solución en casos en que la oferta en masa de medidas de flexibilidad no extintivas provengan de un período de consultas de DC en el que bien inicialmente o como alternativas surgidas al hilo de la negociación se introduzcan medidas paliativas a las extinciones contractuales.

X. Apunte final

Que el PDC sea un espacio de verdadera negociación colectiva, como por todos es sabido, no debe llevar a confusión de que lo que en él haya de negociarse no deba ser otra cosa que el número de despidos por causas empresariales. Evidentemente, es posible que se puedan negociar otras medidas de flexibilidad internas con el objetivo de reducir o minimizar el impacto del despido colectivo. Pero en ningún caso este procedimiento debe utilizarse para proponer cambios en las condiciones de trabajo en masa, so pena de despido en caso de no adherirse voluntariamente a ellas. La resolución comentada es un ejemplo más del papel principal que siguen jugando en las relaciones laborales actuales la representación legal de los trabajadores en general y los sindicatos en particular.