

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2023**

Nº de Recurso: **1413/2023**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Lan-Arloko Sala

C/ Barroeta Aldamar, 10 7ª Planta - Bilbao 94-4016656 - EMAIL000

XXXXX

0001413/2023 Sección: FGD **Despidos / Ceses en general / Kaleratzeak/Kargu-uzteak oro har**

DEMANDA N.º: Despidos / Ceses en general, 0001413/2023

NIG PV:

NIG CGPJ

SENTENCIA N.º: 002616/2023

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 21 de noviembre de 2023.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./as. D./D.ª Juan Carlos Iturri Garate, Presidente en funciones, D. Florentino Eguaras Mendiri y Dª Maite Alejandro Aranzamendi, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes autos n.º 0001413/2023 sobre Materias laborales colectivas, en los que han intervenido, como parte demandante ELA SINDIKATUA, y como parte demandada SMART DELIVERY ROUTES SL, AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., DELCOM OPERADOR LOGISTICO SA, DELCOM DELIVERY S.L. (DELCOM GIPUZKOA).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Florentino Eguaras Mendiri, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se presentó el 28 de junio de 2023 demanda por la representación letrada de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA de conflicto colectivo en reclamación de cesión ilegal e impugnación de la decisión de despido colectivo en base a lo dispuesto en el art. 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, frente a las entidades SMART DELIVERY ROUTES SL, AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., DELCOM OPERADOR

LOGISTICO SA, y previa subsanación de la misma se celebró el juicio, con un inicial acto de conciliación finalizado sin acuerdo, suspendiéndose el pleito y en nueva convocatoria se celebró el mismo previa ampliación de la demanda que se había efectuado a la entidad DELCOM DELIVERY S.L. el 18 de septiembre de 2023.

SEGUNDO.- Previa conciliación finalizada sin acuerdo, se celebró la nueva vista oral y llevada a cabo la ratificación de la demanda se practicó la fase de alegaciones, con intervención del Ministerio Fiscal, y se recibió el pleito a prueba elevándose posteriormente las conclusiones a definitivas por los intervinientes, declarándose conclusos los autos que quedaron pendientes de sentencia.

TERCERO.- El acto judicial ha quedado reflejado mediante sistema digital. Se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El presente procedimiento se refiere a la totalidad de trabajadores que prestaban servicios para la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL en el centro de trabajo de la misma, sito en Oiartzun, siendo el número de afectados de 61.

SEGUNDO.- La empresa SMART DELIVERY ROUTES SL ha tramitado un expediente de extinción colectiva respecto a los trabajadores que prestaban servicio en el indicado centro de Oiartzun, constituyéndose la Comisión Negociadora de la representación de los trabajadores y llevándose a cabo, previa convocatoria del 2 de mayo de 2023, las reuniones los días 3, 16, 23 y 30 del indicado mes. La empresa comunicó a la autoridad laboral su solicitud y aportó diversa documental, y entre ella se incluía memoria explicativa e informe técnico confeccionado por ella misma y su asesoría externa. En la

indicada memoria se aludía a que se llevaba a cabo una prestación de servicio en la denominada distribución capilar o de última milla, en la forma determinada por el cliente, sujetándose a su dirección y que existe un incremento de costes salariales del centro de Oiartzun respecto a otros centros del 38%.

TERCERO.- En las reuniones del periodo de consultas la representación de los trabajadores en diversas ocasiones manifestó el incumplimiento por parte de la empresa de lo establecido en el artículo 37 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Guipúzcoa NUM000, así como la petición de que se ampliase la documentación aportada por la empresa, entre otros extremos, para considerar una posible situación de cesión ilegal con la entidad AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., instándose la presentación del contrato marco entre las empresas, los instrumentos y algoritmos, criterios de asignación y formas de control del proceso, software o producto utilizado, y la intervención de dicha empresa AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U. en el expediente. La empresa facilitó diversa información sobre el proceso de trabajo negándose a aportar el contrato marco concertado con la entidad AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U por entender que quedaba amparada su negativa por la necesaria confidencialidad que había convenido, oponiéndose a la intervención de cualquier otra entidad en el expediente que se tramitaba.

CUARTO.- Han existido diversas ofertas por parte de la empresa que se manifestaron en las reuniones del periodo de consultas, versando las mismas sobre las indemnizaciones cuantificadas que se elevaban con el importe correspondiente a un despido improcedente, la reubicación de trabajadores en otros centros y la propuesta de facilitar que otras empresas del sector contratasen a trabajadores afectados por el despido.

QUINTO.- En la última reunión de 30 de mayo de 2023 se tuvo por finalizado el periodo de consultas con el resultado de sin acuerdo, remitiéndose por la empresa un correo a la representación de los trabajadores en el despido colectivo comunicándoles la decisión de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo del centro de Oiartzun, con el listado de los afectados y antigüedad.

SEXTO.- Se ha remitido a cada uno de los trabajadores del centro de Oiartzun carta de extinción de su contrato por causa organizativa, fechada el 5 de junio de 2023, en la que, en síntesis, se indica que finalizado el periodo de consultas sin acuerdo procede el despido en cuanto que han existido pérdidas económicas en el centro con resultados negativos que ascienden en los años que se indican a: 2021, 734,30 euros; 2022, 112425,30 euros; y de enero a marzo de 2023 a 138334,67 euros. De estas cifras se deriva una evolución negativa que hace que la explotación sea económicamente ineficiente e inviable. Las causas de esta situación se cifran, en la carta de extinción, en la dispersión geográfica concurrente por la distancia del centro afectado respecto a otras sedes de la empresa; las dificultades de

reclutamiento de personal y contratación de furgonetas; y, los costes de personal derivados del Convenio Colectivo de aplicación. En base a estas causas, termina la comunicación, se acuerda el despido con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, sustituyéndose el preaviso por el abono de salarios y acompañándose liquidación de haberes y finiquito.

SEPTIMO.- Consta acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo del País Vasco de fecha 17 de mayo de 2021 en la que figura que la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL realiza la actividad principal de reparto a cliente final de los paquetes asignados por la empresa Amazon, y siendo de aplicación al personal el Convenio Colectivo de Mensajería de Nivel Estatal publicado el 12 de diciembre de 2006, y refiriéndose el acta a trabajadores afectados por el presente despido.

OCTAVO.- El 7 de febrero de 2023 se acordó entre la empresa y la representación de los trabajadores, los que habían sido elegidos en las elecciones practicadas en diciembre de 2022, que en el centro de trabajo de Oiartzun la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL aplica el Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Guipúzcoa, y que: con fecha límite del 17 de febrero se procedería a la novación de los contratos a jornada parcial a jornada completa; la modificación de la estructura de las nóminas para ser adecuada al señalado Convenio cambiando diversas categorías de los trabajadores a otras, así como abonar

los pluses del convenio y otros como el móvil y el de incentivo; medidas sobre el calendario laboral y la hora de entrada; limitación de máximos de días para la no asignación de ruta; y, una cláusula final de regulación del funcionamiento interno del centro en base al acuerdo suscrito.

NOVENO.- La empresa SMART DELIVERY ROUTES SL, tiene por objeto el transporte de mercancías por carretera y servicios auxiliares, siendo su principal actividad, al menos en 2021, respecto a un único cliente que es AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U. En Gipuzkoa inició sus actividades en 2019, contratando posteriormente a alguno de los trabajadores por un acuerdo individualizado en el que se señalaba que el trabajador se subroga en todas las obligaciones que tenía en el contrato que mantenía con la sociedad NR COURIER SL. La codemandada AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U designa en sus estatutos sociales que su objeto social es la prestación de servicios logísticos y de distribución, en particular el transporte, la manipulación y el almacenamiento.

que esta entidad fija el control de los plazos de entrega de los paquetes; programa los itinerarios de las rutas de distribución con rutas planificadas que deben ser asumidas por la transportista y que se le suministran con dos semanas de antelación; se atribuye derechos de auditoría del cumplimiento de lo pactado y verificación de los requisitos de los trabajadores de la contratada incluyendo su propia contratación, formación y actualización; se limita la posibilidad de la adjudicataria de subcontratar a otras entidades o trabajadores autónomos, incluyendo la inasistencia a fiestas o eventos de estos; facultades de la contratante principal Amazon de someter a los trabajadores de SMART DELIVERY ROUTES SL, a controles físicos y de sustancias como drogas o alcohol; se establecen las recomendaciones de la ropa que deben vestir los trabajadores de la última citada y la obligación de negociar los nuevos servicios que esta empresa introduzca; la posibilidad de la principal de retirar a cualquier trabajador y resolver el contrato por incumplimiento por parte de los trabajadores de la última señalada de alguna de las previsiones. Figura acuerdo denominado condiciones de servicio del proveedor de entrega AMZL, orden de trabajo, con efectos de 1 de agosto de 2021 entre las mismas empresas señaladas y que sustituye al de 2018.

DECIMOPRIMERO.- Para que la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL

cumpla con sus obligaciones se establece una operativa que incluye una aplicación específica utilizada por sus trabajadores y cuya titularidad es de la entidad AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., mediante la cual se incluyen, para que el transportista los conozca, los datos del nombre y dirección del destinatario; número de teléfono; y Amazon es por este cauce conocedora de la identificación del seguimiento de la mercancía y su estado, tránsito e incidencias de entrega; número de entregas por ruta programada; hora y fecha de entrega; y, de la jornada de los trabajadores. A través de esta aplicación, cuyo mantenimiento y soporte es exclusivo de AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., y puede ser utilizada por cualquiera de las integrantes del grupo de Amazon, se proporcionan a esta datos de geolocalización y rastreo, conociéndose a través de la tarjeta de seguridad vinculada a Amazon y GPS la ubicación en los puntos de distribución, hora de llegada para la recogida de los productos y de salida para la distribución, además de indicar la dirección próxima de entrega e itinerario, facilitando a Amazon el progreso, a través de la ruta programada de reparto designada, y si los envíos se han realizado correctamente.

DECIMOSEGUNDO. Existe un indicador clave de rendimiento donde se examinan los objetivos y su cumplimiento, la adecuación a la hora prevista de llegada y rendimiento de calidad de los clientes de Amazon y que se refiere a

S.L.U., es la encargada de suministrar los paquetes embalados a SMART DELIVERY ROUTES SL, confeccionando las etiquetas de envío y comprometiéndose esta a la entrega en los plazos prefijados por aquella. Todo el proceso de transporte es controlado por aquella con acceso al mismo.

DECIMOCUARTO.- Los vehículos con los que se realiza el transporte de las mercancías son utilizados por la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL mediante sistemas de arrendamiento. El material personal, electrónico, equipos de prevención de, y resto de elementos necesarios para el trabajo de los trabajadores son facilitados por esa empresa, siendo el suministro de combustible abonado por la empresa AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U.

DECIMOQUINTO.- La empresa SMART DELIVERY ROUTES SL comunicó, en carta fechada el 18 de abril de 2023, a AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., su intención de cerrar el centro de trabajo de Oiartzun y finalizar la actividad que en el mismo realizaba para la entidad Amazon.

DECIMOSEXTO.- En la actualidad, por un pacto verbal, el transporte y la entrega de los paquetes de la entidad AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., se llevan a cabo por la empresa DELCOM DELIVERY S.L. (DELCOM GIPUZKOA), la que utiliza la misma aplicación y operativa que venía llevando a cabo la codemandada SMART DELIVERY ROUTES SL, habiendo simultaneado ambas empresas durante unos días el servicio y perteneciendo

a ella misma –DELCON DELIVERY S.L.- los vehículos y material facilitados a los trabajadores para ejecutar sus servicios profesionales; un trabajador que era de SMART DELIVERY ROUTES SL prestaba servicios laborales al tiempo de celebrar el juicio en la empresa DELCOM DELIVERY S.L.

DECIMOSEPTIMO.- DELCOM OPERADOR LOGISTICO SA, desarrolla

actividad de transporte si bien lo hace en otros centros distintos al ámbito que venía ocupando SMART DELIVERY ROUTES SL en Guipúzcoa.

DECIMOCTAVO.- Consta informe remitido por la Inspección de Trabajo referente al presente despido colectivo cuya conclusión es la inexistencia de causa organizativa, y la remisión correspondiente a la resolución que se pueda dictar judicialmente.

DECIMONOVENO.- Se ha celebrado el correspondiente acto de conciliación ante la sede territorial del Consejo de Relaciones Laborales el 30 de mayo de 2023, presentada la papeleta el 25 de mayo de 2023, y que terminó con el resultado de sin AVENENCIA.

PRIMERO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se indica que el relato de los hechos se ha desprendido de las alegaciones y manifestaciones de las partes, respecto a hechos que no fueron controvertidos y de la prueba documental aportada, significándose especialmente: el expediente administrativo y las actas incorporadas al mismo; acta de la inspección de 2021 y acuerdo de febrero de 2023 de los que se ha deducido que la empresa hasta esta última fecha no aplicaba el convenio provincial; los contratos suscritos entre las empresas en las traducciones aportadas; y, la actividad continuada por la empresa DELCOM DELIVERY S.L. (DELCOM GIPUZKOA), por la falta de contrato escrito, que se ha indicado que ha sido verbal según indicaron los implicados.

SEGUNDO.- La demanda interpuesta es de conflicto colectivo por la impugnación de la medida extintiva colectiva practicada por la empresa y que tuvo su origen en el procedimiento tramitado al efecto conforme al art. 51 ET, el que finalizó, después del periodo de consultas, sin acuerdo, dando lugar a las cartas de despido remitidas a los trabajadores con fecha de 5 de junio de 2023.

La parte actora insta con carácter principal que se declare la existencia de una cesión ilegal de trabajadores; nulidad por vulneración de derechos fundamentales; y, con carácter subsidiario: subrogación de los trabajadores en la empresa DELCOM DELIVERY S.L., por continuidad de la actividad; y no ser ajustada a derecho la decisión, negando la virtualidad de la causa organizativa que la empleadora esgrime.

Solicita diversas indemnizaciones, y, a lo largo de su escrito de demanda, alude a causas de nulidad como son: la quiebra del art. 37 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Guipúzcoa; la omisión de determinada documentación que se instó en el periodo de consultas; mala fe en la negociación; y, defectuosa comunicación de la decisión de despido por parte de la empresa.

TERCERO.- Se han interpuesto las siguientes excepciones que pasamos a resolver:

-Inadecuación de procedimiento y acumulación indebida de acciones. Desestimamos estas excepciones porque en el proceso de despido es posible el examen de otras circunstancias que influyan en el mismo, y, en nuestro caso, se impugna la decisión extintiva, entre otras causas, por la concurrencia

(STS 2-10-18, rc 3696/17), lo que aquí acontece y así se pide. A ello unimos el que en el proceso de despido es posible acumular la pretensión de cesión ilegal, de la que derivan unas consecuencias concretas (STS 23-2-22, rc 3248/19).

Encontrándonos ante una extinción colectiva, así tramitada por la misma empresa, es idóneo el procedimiento de conformidad al art. 124 de la Ley Reguladora, en el que se puede instar la tutela de un derecho fundamental y su reparación. Por ello, es rechazable la inadecuación de procedimiento y la presunta indebida acumulación de acciones.

- Caducidad: se alega esta excepción por DELCOM DELIVERY S.L., en cuanto que sostiene que la demanda ampliada se presentó transcurridos los 20 días del despido y que, por ello, la pretensión frente a esta empresa ha decaído por el instituto de la caducidad.

Es un criterio reiterado el de que en el proceso de despido la caducidad debe ser examinada con cautela y los plazos solo comienzan a computar desde que se tiene conocimiento expreso de los hechos que determinan la pretensión frente a un específico empresario. Sólo desde que es posible conocer al empresario se inicia el plazo de caducidad (STS 14-1-21, rc 888/19), de tal manera que exclusivamente concurre la caducidad en los supuestos de ampliación de la demanda si la parte trabajadora podía conocer con las cautelas ordinarias la realidad empresarial (STS 13-1-22, rc 39/19); la misma no es apreciable si la parte ha mostrado una diligencia en su actividad, acorde con las circunstancias concurrentes.

Desde lo anterior, nos basta observar las alegaciones que inicialmente formuló DELCOM OPERADOR LOGISTICO SA, para apreciar la dificultad de conocer la realidad de la empresa que había asumido la continuidad del proceso de entrega de los paquetes de la principal Amazon. El anterior juicio que se celebró se suspendió, precisamente, porque la representación letrada de DELCOM OPERADOR LOGISTICO, alegó su falta de legitimación pasiva señalando que no era ella quien prestaba actividad en Guipúzcoa. Requerida para que señalará la empresa que sí que lo hacía, la respuesta fue que se desconocía, y nuevamente instada esta parte para que manifestase si podía facilitar la identificación de la empresa que operaba en Guipúzcoa nos contestó que no conocía el dato, y que debía ser la empresa Amazon la que aportase los contratos y facturas donde se designase a la empleadora. Incluso, cuando se le advirtió que podía ser otra empresa del grupo DELCOM se insistió en que se desconocía su identidad.

de la empresa.

Como indica la parte actora, resulta sorprendente todo este avatar pues en los autos figura un contrato en el que DELCOM OPERADOR LOGISTICO SA, lleva a cabo en Oviedo la actividad de entrega de paquetería de la empresa Amazon. En definitiva, si una empresa del grupo DELCOM desconoce la identidad de la ahora codemandada, DELCOM DELIVERY S.L. (DELCOM GIPUZKOA), y, a ello añadimos, que está entidad nos manifiesta que ha suscrito un contrato que se dice que es verbal con AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., para la entrega de sus paquetes, vemos que era especialmente complicado el identificar a esta entidad como parte presunta del proceso actual. La integración en el mismo grupo de las empresas con muy similares denominaciones, nos conduce a entender que los actores han llevado a cabo una actividad diligente y ajustada a la confusión que la misma empresa ha propiciado, por lo que no hay ni indolencia ni dejadez en el ejercicio de los derechos.

Por ello, según el criterio que hemos referido de que la caducidad solo se computa desde que se tiene conocimiento del real empresario, no fue, en nuestro caso, sino hasta después del juicio que se pudo identificar a la codemandada DELCOM DELIVERY, y, de aquí, el que no sólo rechazamos la excepción de caducidad sino que, además, destaquemos que sólo la irregularidad del comportamiento procesal de las partes puede constituir al proceso en un “cepo para los no prevenidos” (STS 23-1-06, 1604/05). Tenemos en cuenta que el proceso de impugnación del despido colectivo se presenta como un mecanismo privilegiado de tutela del empleo, y, en consecuencia, la conclusión es que, coordinando todo lo dicho, se rechace la excepción interpuesta.

- Falta de legitimación pasiva de la entidad DELCOM OPERADOR LOGISTICO SA. No consta que esta empresa sea la que presta servicios en la zona de Guipúzcoa, por lo que no hay inconveniente en admitir su falta de relación con el proceso.

- Falta de legitimación activa para instar una indemnización para el Comité de Empresa. Si examinamos la petición indemnizatoria que se instrumentaliza en la demanda observaremos que se solicita una indemnización para el sindicato accionante y los trabajadores, de manera que no concurre esta excepción.

CUARTO.- Somos conscientes de que las pretensiones de tutela de derechos fundamentales son prioritarias en cualquier proceso, y más en los de despido

quiebra de los derechos fundamentales.

QUINTO.- Concurre la nulidad del despido porque el procedimiento extintivo articulado adolece de defectos sustanciales que determinan su carencia de operatividad.

No se ha actuado conforme al art. 37 del Convenio Colectivo de Transportes Mercancías por Carretera de Guipúzcoa que establece que en los despidos colectivos o por causas objetivas, que entre otros motivos sean organizativos, las empresas vendrán obligadas a notificar por escrito al comité de empresa la medida que se vaya a adoptar, su fundamento y documentos en los que se justifique su pretensión, concediendo un plazo de 72 horas desde dicha “modificación”, para que los representantes de los trabajadores emitan informe al respecto, el que no tendrá carácter vinculante. Termina este precepto por señalar que el incumplimiento por parte de la empresa de tales requisitos formales traerá consigo “la nulidad del despido”.

Es un hecho pacífico que en diciembre de 2022 se constituyó la representación unitaria en la empresa después del proceso electoral; también, que el 7 de febrero de 2023 se suscribió el pacto que hemos consignado en el relato fáctico. Una de las primeras actuaciones de la representación laboral fue, por tanto, la concertación de este pacto. El mismo supuso la aplicación del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Guipúzcoa en la empresa.

Aunque la empresa demandada alega que ya anteriormente venía aplicando este Convenio, nuestra conclusión no es esa, por cuanto que la lectura del pacto nos demuestra que en el mismo se establece la implantación de la norma convencional provincial a los trabajadores del centro de Oiartzun, que hasta entonces se regían por

el Convenio al que alude el acta de la Inspección de 2021 a la que hemos hecho referencia en el relato de los hechos –HP 7-. Deducimos, en consecuencia, que si en el acuerdo suscrito en febrero de 2023 se estableció la implantación en las nóminas de la estructura del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Guipúzcoa, y con anterioridad constan actuaciones objetivas de la Inspección donde se expresa que la demandada aplicaba el convenio nacional de mensajería, no ha sido sino hasta este pacto del presente año, en el que se ha fijado el marco convencional aplicativo del convenio provincial, que el mismo ha sido admitido por la empresa.

Los Convenios Colectivos gozan en nuestro derecho de una naturaleza

11, rc 25/11), y de aquí que, si bien el convenio está supeditado al principio de jerarquía normativa y de sometimiento a la ley (STS 19-7-23, rc 16/21), en general lo que se hace por su cauce es completar la normativa básica complementando los derechos laborales. La ampliación de las garantías de los trabajadores es una consecuencia del carácter protector del derecho del trabajo, y su desconocimiento un recorte de los derechos de los trabajadores.

Si el convenio colectivo que venimos examinando, artículo 37, establece un marco de garantías para los trabajadores, introduciendo un elemento nuevo y previo de conocimiento y examen, como es el del traslado de la voluntad empresarial a los representantes unitarios de los trabajadores en los procesos de despido colectivo, su preterición supone vulnerar una previsión que se sanciona por el mismo convenio con la nulidad.

Una interpretación literal del texto del precepto examinado nos basta para obtener el significado de lo que el mismo establece (sobre vías interpretativas, por todas, STS 16-5-23, rc 7/21), y es la preservación, por un lado, de los derechos de representación en un ámbito tan disperso y atomizado como es el del transporte; y, de otro, la garantía de los trabajadores de que sus intereses podrán ser tutelados por quienes los representan. Si las partes han querido, en nuestro caso, que este convenio sea el aplicable, el principio holístico del pacto colectivo, hace que el mismo se contemple en su integridad, según la voluntad de los negociadores, teniendo virtualidad todas sus cláusulas para los implicados por su eficacia –ex art. 82 ET-.

A la empresa se le pone de manifiesto en la primera de las reuniones del periodo de consultas la omisión del trámite previo del art. 37 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Guipúzcoa, y en ningún momento se subsanó por ella este defecto en el que había incurrido la empresarial. Siendo que el precepto referido implica la consecuencia de la nulidad del despido cuando no ha sido observado, el que, si precisamente una de las reivindicaciones de la representación de los trabajadores fue que se aplicase este convenio provincial, observemos que su inaplicación supone no solo el que el postulado previsto en el artículo 37 del referido convenio tenga toda su eficacia –la nulidad-, sino que también se nos acredite cierta voluntad rebelde a cumplir el pacto suscrito en febrero de 2023, y las previsiones del mismo convenio que habían acordado las partes sería el vinculante para la relaciones en el centro de Oiartzun.

El esfuerzo negociador de las partes para alcanzar el acuerdo de aplicación del Convenio provincial exige una mayor rigurosidad a la hora de procurar dotar a sus previsiones de efectividad.

S.L.U., así como peticiones de que se incorpore determinada información sobre los vínculos operativos entre las empresas, y todo ello se insta por causa de apreciar una presunta cesión ilegal de trabajadores.

La petición formulada por los trabajadores en el periodo de consultas, varias veces reiterada, no es ni gratuita ni accesorio, integrando una manifestación del derecho de defensa de los trabajadores en el proceso de despido, y se acomoda a las obligaciones y deberes empresariales que recoge el art. 51, 2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación al art. cinco del RD 1483/12.

Reiterado es el criterio de que la documentación exigible al empresario en estos procesos es aquella que precisan los trabajadores para la defensa de sus derechos, y por ello debe de existir un principio a favor de que se constituya una situación de plenitud de la documental aportada. Para ello se exige que la documental cuya ausencia de impugna haya sido pedida, se muestre necesaria y sea sustancial (STS 25-9-18, rc 43/18). La documentación enumerada legalmente puede ser ampliada siempre que se evidencie que es necesaria para conocer aspectos imprescindibles sobre la veracidad y el contorno del despido practicado (STS 20-11-14, rc 114/14). El criterio de valoración de si la entrega documentación entregada es suficiente es el de la importancia de la misma en proporción al interés legítimo de los trabajadores sobre ella.

La petición de los trabajadores, reiteradamente llevaba a cabo, para que se aportase en el periodo de consultas la documental relativa a la relación entre SMART DELIVERY ROUTES SL, y AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN

S.L.U, era necesaria para su pretensión de una posible la cesión ilegal de trabajadores. La defensa empresarial, que apoya su negativa a suministrarla en la confidencialidad del contrato suscrito entre las empresas, no se considera causa suficiente para que no se facilitase lo reclamado, no superándose con este proceder el

juicio de racionalidad entre lo pedido y lo negado. Cautelas y advertencias hubieran sido suficientes para prevenir cualquier consecuencia nociva para la empresa, mientras que los derechos de los trabajadores han sido gravemente lesionados en su tutela y las garantías que en todo despido colectivo se establecen a favor suya y que dimanaban también de la normativa comunitaria, Directiva 98/59/CE, y no solo de los preceptos ya citados -51 ET y RD 1483/12.

Deducimos del proceder empresarial que en todo momento ha procurado eludir el posible conocimiento de las relaciones entre las empresas implicadas por parte de los trabajadores, minando el derecho de los mismos por ello,

comunicó a ellos la resolución de los contratos, y, la falta de acompañamiento de datos, no conduciría a la nulidad pedida. Si bien ello es así, no supone lo indicado que desconozcamos el derecho de la representación de los trabajadores a tener conocimiento de las circunstancias en las que se produce la decisión definitiva de la empresa, siendo necesario que la comunicación incorpore las medidas paliativas de la misma (STS 19-11-2014, 183/14), pero en nuestro supuesto se alega la inexistencia de comunicación y sí que ha existido, aunque haya sido deficiente. De aquí el que no podamos establecer ninguna consecuencia superior a lo dicho.

OCTAVO.- Tampoco es estimable la alegación referente a esa presunta omisión de un informe independiente, porque no consideramos que implique lo acreditado una irregularidad del procedimiento, pues la misma empresa SMART DELIVERY ROUTES SL expresó a la autoridad laboral que en la elaboración del informe presentado había intervenido una entidad ajena, como era su asesoría externa. Se cumplieron de esta forma los requisitos de acompañamiento documental a los que aluden los artículos 51 del Estatuto y cinco del Real Decreto 1483/2012.

NOVENO.- Se esgrime que la empresa ha actuado de mala fe en su proceder porque desde el principio ha presentado una postura inamovible de cierre del centro. Es cierto que la empresa desde el inicio del expediente señaló su intención de cerrar el centro, pero en el periodo de consultas también se objetiva una voluntad y conducta flexibles. Propuestas de traslado y de gestión de recolocaciones, y ofertas de una bolsa de viaje y unas indemnizaciones de despido improcedente, superiores a las del despido objetivo, se han manifestado expresamente y constan en las actas. De aquí, el que consideremos que, en este aspecto, ha concurrido una buena con contra ofertas empresariales que evidencian una intención de paliar los efectos del despido (STS 23-9-14, rc 52/14).

Resumiendo, lo hasta ahora referido nos conduce a que ha concurrido un supuesto de mala fe en la negociación por las anomalías indicadas, y que lo actuado no se ajusta a derecho.

DECIMO.- Coincidimos plenamente no sólo con los demandantes, sino también con la apreciación realizada por la Inspección de Trabajo, cuando precisan que la causa organizativa en la que se apoya el despido colectivo es imprecisa e injustificada.

Define el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores la causa organizativa

supuestos en los cuales hay cambios en los sistemas y métodos de trabajo o en el mecanismo productivo, sino que también puede existir cuando acontece un mayor ajuste en la configuración de la fuerza del trabajo (STS 20-11-15, rc 104/15). Lo que no es admisible es que la causa organizativa se apoye en una intención de incrementar los beneficios empresariales (STS 21-12-12, rc 199/12), en cuanto que no podemos omitir que toda extinción colectiva se apoya en la racionalidad, y que el derecho al trabajo y la estabilidad en el mismo implica que la facultad resolutoria de la empresa sea reglada (STS 12- 5-16, rc 3222/14). Y ello nos conduce a que la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL no quiere reorganizar su sede en Guipúzcoa, lo que invoca es que no le es rentable, según expresa, el centro de Oiartzun y por ello lo cierra. Este proceder no es ninguna adaptación del método o sistema productivo, o una reordenación del trabajo. Simplemente le es gravoso el centro y prescinde del mismo.

Esta causa no está justificada en un motivo organizativo. No nos consta, además, una acreditación de la causa, la medida es indefinida y poco explicitada, apreciamos más bien en lo que refiere la empresa, como motivos de su decisión, una extinción por voluntad de ella, en cuanto que el proyecto que diseñó no ha funcionado como lo esperaba; sus previsiones, de hace tres años, no se han confirmado, pero lo que sí se objetiva es que la empresa tenía trabajo y pedidos, que no se le ha limitado el importe de la contratación tanto económico como de volumen. Debía aportarse, cuando menos en el expediente, una reorganización no un cierre del centro. No nos consta que haya incidido en el proceder del trabajo nada nuevo que determine la existencia de una variación del sistema productivo que se inició en 2019, y que implique el que ahora en 2023 se introduzcan nuevas necesidades de organización, de las que, a su vez, deriven la necesidad de extinguir contratos, y menos todos los de los de los trabajadores del centro afectado. Hay, en el mejor de los casos para la empresa, un desajuste en la proporcionalidad de la medida, la que no se muestra idónea (STS 10-9-20, rc 105/18).

La misma carta remitida a los trabajadores se muestra insuficiente, vaga e imprecisa aludiendo a la dispersión geográfica, dificultades en el reclutamiento de personal o de suministro de vehículos, pero no oferta ninguna organización, aludiendo a causas que más parecen económicas que organizativas.

En consecuencia, consideramos injustificada la medida pues no se nos acredita la causa organizativa.

trabajadores veremos que la misma supone un supuesto de tráfico de mano de obra, que lleva consigo una devaluación de la persona en cuanto que la misma es tratada como mercancía –homo aeconomicus-, y no como un sujeto del contrato de trabajo –homo iudicis-. Esta institución responde a la confusión del empresario, y a una difuminación del mismo que vela su identidad a través de algún sujeto interpuesto, el que se presenta como real empresario, siendo que, sin embargo, no lo es. El art. 43 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la cesión ilegal de trabajadores precisando los contornos de esta figura como la contratación de trabajadores para cederlos a otra empresa. La enumeración del precepto en la definición que propone descriptivamente, es que se prohíben los casos de puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria, y aquellos en los que la empresa que contrata a los trabajadores carezca de actividad o de organización propia. Es un supuesto también especialmente reseñable de cesión ilegal el de quien no ejerce las funciones inherentes a la condición empresarial respecto a los trabajadores, delegándolas en otro empresario.

Desde otra perspectiva, la cesión ilegal de trabajadores se configura como un medio de articulación y garantía de la lícita competencia entre las empresas, limitando los supuestos de precarización del trabajo que redundan en costes inferiores, y por los que se termina desdibujando los márgenes e índices económicos de la producción, en perjuicio de quienes respetando los derechos de los trabajadores quedan perjudicados por los que trafican con la mano de obra.

El art. 43 referido del Estatuto redundante en la aplicación tanto del art. 35 como del 38, ambos de la Constitución, o lo que es lo mismo: protege, de un lado, el trabajo y el derecho a un trabajo en situación de seguridad y digno; y, de otro, la libertad de las empresas dentro del márgenes de una competencia legítima.

Los actuales mecanismos productivos de descentralización vertical y horizontal, así como los fenómenos de externalización productiva de las empresas, en fases como son las revoluciones 3.0, 4.0 y hoy en día la 5.0, obligan a examinar la tutela de los derechos de los trabajadores dentro de la complejidad de los arquetipos tanto mercantiles y de personas jurídicas, como de la implantación de sistemas de inteligencia artificial o de diseño de las comunicaciones y procesos productivos, los que son de difícil evaluación por los instrumentos tradicionales ideados por el derecho al trabajo para la protección de los trabajadores. Este no puede quedar desbordado y amparar zonas oscuras o de vacíos en los cuales no exista una afectación jurídica, donde el derecho no se aplique, ya que el derecho es fruto de la razón –nihil

tradicional doctrina del levantamiento del velo para cotejar los derechos de los trabajadores y las nuevas técnicas de mercado que se han implantado tanto en la sociedad tecnológica como en la de la comunicación. Los criterios heredados de la doctrina de la búsqueda del empresario real (STS 26-12-01, rc 139/2001), no nos resultan insuficientes ante la nueva realidad productiva, si llevamos a cabo una reinterpretación actualizada de la misma, y ello es claramente posible, pues la teoría del disregard of legal entity -velo societario- si algo ha demostrado ha sido su ductilidad y permeabilidad a los cambios y el tiempo, siendo prueba de ello el largo periodo que ha transcurrido desde que nació hasta ahora.

Hoy se encuentran superadas esas cesiones ilegales gruesas en las que una empresa sin entidad traspasaba personal a otra para que trabajase en ella, sin ningún enmascaramiento y constituyéndose exclusivamente para tal fin. Estas manifestaciones a nivel de grandes empresas, y sobre todo en el ámbito de las contrataciones a las que se refiere el art. 42 del Estatuto, no son lo habitual. Los modelos industriales muestran en la actualidad realidades empresariales veraces y ciertas. Las estructuras organizativas de las empresas, aunque tengan la finalidad de traspasar mano de obra, se objetivan como entidades reales, con capacidades de organización y dirección de los trabajadores. Pero, estas apariencias no impiden la investigación sobre una presunta y posible simulación de la actividad del trabajador que enmascare una prestación a favor de otra empresa, distinta a la que se presenta como empleadora y con la que se constata, al menos a priori, la concurrencia de un trabajo por cuenta ajena del tipo que regula el artículo uno, uno del Estatuto.

La apreciación de un supuesto de cesión ilegal requiere la existencia de un empresario interpuesto que degrada las condiciones laborales, en cuanto que pone a disposición de otra empresa a los trabajadores. Hay, en definitiva, un contrato simulado, desde la perspectiva jurídica, entre las empresas que alcanzan un acuerdo para llevar a cabo actividades independientes, pero lo que sucede en la realidad es que el trabajo efectivo no es para quien figura como empresario del trabajador, sino para otro produciéndose una aportación de mano de obra a su favor (STS 17-12-19, rc 27766/17). La pluralidad de fórmulas y medios utilizados por los conglomerados empresariales, aunque no exista mala fe sobre ellos, obliga a examinar cada caso (STS 12-1-22, rc 1903/20).

Para supuestos límites de cesión ilegal versus descentralización, que son los que se presentan en algunas de las subcontrataciones productivas, son

En nuestro caso, nos encontramos con dos entidades con capacidad organizativa propia, gozan las dos de infraestructuras individualizadas y autónomas; también contamos con un contrato entre ambas para la prestación del servicio de reparto; y, por último, se objetiva un encuadre de los trabajadores en los medios de producción de SMART DELIVERY ROUTES SL. En apariencia no existe el fenómeno de interposición ilícita, pero, si nos adentramos en mayor medida en la forma en que se lleva a cabo la subcontrata, tal y como se nos muestra en el contrato suscrito y según lo manifestado por las partes, observaremos que, por un lado, se evidencia que AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U, ostenta facultades directas frente a los trabajadores de SMART DELIVERY ROUTES SL, como si fuese su real empresario; y, de otro, el sistema productivo, léase el transporte que se realiza, se lleva a cabo en el complejo organizativo que diseña aquella empresa, Amazon, con un control efectivo y permanente del mismo que comprende todo el proceso del transporte, desde su inicio hasta el final, afectando la supervisión tanto a los medios materiales como personales.

El examen de la documental aportada evidencia una realidad, la que no se ha considerado necesario completar con otras pruebas en el juicio, las que solo podían redundar en lo que en ella consta. Examinada la prueba, decimos, incluyendo la pericial, podemos deducir una operativa que nos conduce a una cesión ilegal de trabajadores.

DECIMOSEGUNDO.- Desarrollando algo más cuanto hemos expresado en el párrafo anterior, nos basta acudir a las facultades que presenta la empresa Amazon y que son directamente de control, supervisión y verificación de los trabajadores afectados en el presente despido. Los elementos de organización y dirección que normalmente son el núcleo de diferenciación del trabajo por cuenta ajena, y que sirven para delimitar la capacidad empresarial

– ex art 20 ET-, en nuestro caso, se muestra que son elementos accesorios (retribución, jornadas o turnos) y sobre los que gravita organizativamente un ente superior - AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U.- que puede vetar a los trabajadores, someterlos a controles y verificar su acomodo a las pautas externas que él/ella mantiene en el mercado, tanto de apariencia externa como de servicio. Incluso esta empresa participa en la selección del personal y supervisa y fiscaliza el mantenimiento de los requisitos de los trabajadores. Igualmente ostenta capacidad fiscalizadora respecto al material como es en lo relativo a la flota de furgonetas.

Pero, lo que es más importante, el sistema de la actividad de SMART

diseña todo el trabajo en su núcleo esencial y se encuentra en conexión directa con el trabajador, el que se somete a su pauta directiva en los tiempos, las rutas, las mercancías y el diseño del proceso de entrega de paquetería.

El escaso margen en el diseño de la actividad de recogidas y entregas por parte SMART DELIVERY ROUTES SL implica el que la base del sistema del reparto se constituye mediante un método configurado por una aplicación y las previas configuraciones de los repartos que se llevan a cabo por Amazon, la que se introduce en el sistema productivo de la subcontratada de tal manera que arrincona a esta a simples labores de gestión de personal, pero no en la organización del trabajo. Los trabajadores afectados, igualmente, pueden ser considerados de la contratista principal, y aparecen como más de una empresa que de la otra, puesto que si faltase quien les ha contratado podrían seguir prestando su trabajo y si Amazon les priva de la herramienta implantada no podría llevar a cabo la actividad. Este test de sustitución entre ambas empresas nos lleva a una conclusión: concurre un supuesto de traspaso de mano de obra prohibido en el art. 43 ET.

Los Hechos Probados 10 a 15 son el reflejo de cuanto hemos indicado, y el contrato suscrito entre las empresas – punto 1.3 de cargos por combustible- nos refiere, incluso, que el combustible lo abona AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U. La firma de los consentimientos y de las informaciones que exige Amazon a los trabajadores, por medio de la empresa subcontratada, evidencia una clara relación con los medios propios de aquella empresa –Amazon-, siendo ésta la que también ostenta facultades disciplinarias e incluso de control sobre la propia persona del trabajador (registros, vetos en contratación, control de verificación de los requisitos....).

Llegados a este punto y aceptada como conclusión la pretensión actora de la cesión ilegal de trabajadores, la extinción tramitada resulta nula porque se realizó por quien no era el único empresario, existiendo una dirección empresarial bifronte que implica que ambas empresas deben participar en las relaciones laborales, y no lo han hecho.

DECIMOTERCERO.- El fenómeno de la sucesión de empresa exige la concurrencia de los requisitos que ha previsto el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. A través de este instrumento, de naturaleza indisponible para las partes (STS 11-12-20, rc 416/18), se pretende dotar de estabilidad y continuidad a las relaciones

laborales (STS 1-6-12, rc 1630/11), de forma que los cambios empresariales, bien en las titularidades de la empresa o en las

formulas que sintéticamente podemos agruparlas en la necesidad de que concurren continuidades materiales, dotando de mayor valor a los objetos que a las personas, resultando menos apreciables y concurrentes las subrogaciones que responden al mantenimiento de las plantillas, o las que son derivadas de convenios colectivos, o las que responden a unidades productivas basadas en la actividad (STS 26-9-23, rc 485/21).

Aquí, como en la cesión ilegal, nos volvemos a encontrar en esta institución con la necesidad de examinar cada caso concreto (STS 10-1-19, rc 199/17). Cuando se produce una continuidad en la que el elemento fundamental lo constituye el sistema operativo y las aplicaciones que continúan en la sucesora, y sin las que no puede llevarse a cabo el servicio, entonces es apreciable una sucesión de empresa (STJUE 26-11-15, C-509/14). En el caso que abordamos, nos encontramos ante un fenómeno de subrogación de empresas y ello es así porque la empresa cesionaria mantiene una unidad productiva habiéndosele transmitido por la contratista principal lo esencial de su cometido, que era lo que había recibido la anterior adjudicataria del transporte - SMART DELIVERY ROUTES SL-, y que se integra por las aplicaciones y el sistema diseñado de la actividad de transporte por AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN; sigue siendo esta la que ostenta todo el capital industrial y permite su gestión a la subcontratada manteniendo sobre ella las prerrogativas enunciadas anteriormente (el llamado contrato verbal existente entre AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN y DELCOM no permite otra conclusión, admitiéndose la utilización de las aplicaciones y método de producción). La nueva entidad que accede al transporte aparentemente aporta los medios materiales y el personal, pero lo hace sobre una plataforma que le es transmitida por el contratista principal. En definitiva, de toda la estructura y funcionamiento definidos ya anteriormente, cuando hemos examinado la cesión ilegal, se desprende la concurrencia del fenómeno sucesorio.

En fin, concluimos que se ha producido una sucesión, la que, aunque no se ha admitido, no deja de implicar los efectos de la misma, con la responsabilidad consiguiente que de ella se deriva, en orden a las entidades AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U, y DELCOM DELIVERY S.L.

Sigue en la actividad una empresa, Amazon, que es empresaria de los demandados.

DECIMOCUARTO.- En cuanto a la tutela de los derechos fundamentales, en las dos manifestaciones expresadas en la demanda, relativas a la libertad

probandi- procede si concurre el presupuesto indiciario.

El derecho a la libertad sindical tiene un núcleo básico, como es la posibilidad de fundar sindicatos, afiliarse a ellos y desarrollar la actividad sindical (STS 12-7-16, rc 361/14). Ésta, a su vez, se integra por manifestaciones como el derecho de actuar y manifestar opiniones (STS 28-2-17, rc 103/16) o de llevar a cabo las negociaciones con la empresa (STS 11-3-14, rc 77/13). Es sobre esta última posibilidad sobre la que se articula la tutela por el sindicato accionante, y apoyándose en el hecho de que después de las elecciones, y que el nombramiento fue mayoritario en ellas a favor del sindicato ELA en la representación unitaria, la continuidad después de su elección en su actividad mediante la gestión de la negociación suscitada en la empresa, y que ha sido plasmada en el acuerdo de febrero de 2023, ha sido el motivo y detonante de que la empresa proceda a despedir a toda la plantilla con el cierre del centro de Oiartzun. En apoyo de su tesis la parte actora alude a que, incluso, se puede apreciar que en la documentación aportada al despido se aprecia que la empresa hace referencia a un coste de los salarios superior al resto de los centros de la empresa, expresándose en la carta de despido, entre las causas determinantes del mismo, una referencia expresa a los costes de personal derivados del Convenio Colectivo aplicable.

La garantía de indemnidad implica y significa el que el ejercicio de los derechos fundamentales no lleve consigo ningún tipo de represalia o conducta reactiva del empresario hacia quien ha ejercitado un derecho tutelado constitucionalmente (STS 27-4-16, rc 3711/14). Con ello se pretende llevar a cabo una restitutio ad integrum del ordenamiento jurídico suprimiendo la violación constitucional que ha practicado el empresario. Pero, hay otro elemento a destacar en esta figura y es el de que del ejercicio de los derechos no puede derivar un perjuicio, o un sentir perceptivo de que, a la postre, resulta más beneficioso el acomodarse con lo existente que intentar su remoción por las vías jurídicas. Si la convicción final es la de que ejercitar los derechos lleva consigo un perjuicio, antes o después, y se alcanza el convencimiento de que el estatismo es más beneficioso que la dinamicidad de los derechos, entonces ha existido un fracaso jurídico, y concretamente el derecho laboral no ha sido capaz de imponerse ante las realidades del mundo productivo. Por ello, es imprescindible el ahondar en las realidades objetivas, con independencia de la voluntariedad de las conductas, pues estas aunque no se encuentren integradas por una mala fides, pueden resultar en la práctica, bajo su apariencia neutra, perjudiciales para el derecho fundamental.

Examinamos conjuntamente ambas denuncias de quiebra de los derechos

un acuerdo de aplicación de un convenio más beneficioso para los trabajadores que el que venía siendo el que consideraba la empresa que regía las relaciones; y, de otro, el que cronológicamente esa reivindicación ha determinado expresamente que para la empresa ya no sea provechoso el mantenimiento del centro de trabajo, y haya operado, en menos de tres meses desde que se alcanza el acuerdo, un despido de la totalidad de los trabajadores.

Objetivamente consta que si llevamos a cabo, nuevamente, el test de sustitución podemos concluir que si no se hubiese llevado a cabo la negociación es probable que no hubiese acontecido el despido. Ya hemos indicado, y hacemos nuestra la reflexión actora, que la empresa alega expresamente como una causa del despido el coste de aplicar el convenio, Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Guipúzcoa. Y, reiteramos, este Convenio provincial no es el que la empresa aplicaba a los trabajadores antes del pacto de febrero ya aludido.

Es apreciable, en consecuencia, que el ejercicio de la actividad sindical ha concluido en un perjuicio para los trabajadores. Tanto el derecho a la negociación ha sido violentado, pues el llevar a cabo su práctica ha supuesto una situación peyorativa; como se ha perjudicado la garantía de indemnidad, ya que podemos concluir que por haber obtenido ese logro en la negociación la empresa ha actuado una medida que no sólo lo enerva, sino que lo anula con un claro perjuicio consistente en la pérdida del trabajo, a partir de la que ya no hay convenio ni mejora. La negociación ha determinado una consecuencia perjudicial. Se hace de mejor calidad en el trabajo a quien no instrumentaliza los medios que el derecho laboral ha articulado, que a quien los ejercita.

La pretensión de tutela de la libertad sindical y de la garantía de indemnidad por el ejercicio de la misma también se estima, por tanto, y a la hora de valorar una indemnización por el daño causado, el que es consustancial a la apreciación de la violación de un derecho fundamental (STS 10-1-23, rc 2582/20), y acogiéndonos a las circunstancias y a la fijación prudencial que es admisible en la ponderación de la cuantía indemnizatoria, establecemos un importe de 5000 € a favor del sindicato accionante, pues él ha sido el perjudicado. Con ello desestimamos la indemnización para cada trabajador en cuanto que fue este sindicato, a través de los representantes unitarios, el que había conformado el órgano representativo que llevó a cabo la negociación, en su caso mediante los representantes. Fuera de este proceso colectivo quedan los derechos individuales que por otros conceptos pudieran reclamar los trabajadores.

DECIMOQUINTO.- Las consecuencias de todo lo referido son: se declara nula la decisión extintiva practicada por la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL.

Los efectos de esta declaración se aplican directamente sobre las entidades

AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U y DELCOM DELIVERY S.L. en

cuanto que aquélla mantiene la titularidad empresarial y ésta la adquiere por sucesión de la predecesora SMART DELIVERY ROUTES SL, concurriendo idénticas circunstancias en la acometida de la producción de transporte que existían con anterioridad a la sucesión, según se ha indicado previamente, con la apreciación de los requisitos de subrogación aludidos.

De la decisión extintiva nula deriva la readmisión obligatoria y los salarios de tramitación, y el reintegro de la indemnización recibida, ex arts. 124 y 123 LRJS.

De conformidad al art. 43 del Estatuto de los Trabajadores debieran ser los trabajadores los que pudiesen optar por la empresa en la que sea de su interés el que se practique la readmisión, pero al acontecer un supuesto sucesorio la nueva empresa en que acontece la subrogación no queda afectada por la declaración de la cesión ilegal. En todo caso, quedan solidariamente condenadas las empresas sobre las que recae la posible readmisión, tanto respecto a ésta como a los salarios de tramitación, una por seguir siendo empresario y la otra por la referida sucesión que se ha apreciado.

La declaración de infracción de los derechos fundamentales afecta solidariamente a las empresas SMART DELIVERY ROUTES SL y AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U., porque ambas ostentaban la titularidad empresarial de los contratos de trabajo al tiempo en el que se produce la vulneración constitucional, art. 43-3 ET.

DECIMOSEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 206, 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la presente resolución es susceptible de recurso de casación, el que deberá prepararse dentro de cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia en los términos que constan al final de la presente resolución.

Se advierte a las partes que en el caso de que se preparase el recurso indicado se deberán consignar individualmente, por cada empresa, los salarios dejados de percibir por los trabajadores desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia (STS 20-4-15, rc 354/14 y 4-12-15, rc 149/15), debiendo cumplirse durante la tramitación del recurso con el artículo 297 de la ley Reguladora.

Vistos los artículos citados y los anteriores razonamientos

FALLAMOS

Se estima la demanda interpuesta por Doña XX, letrada que actúa en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA, frente a las empresas SMART DELIVERY ROUTES SL, AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U, y DELCOM DELIVERY S.L.

(DELCOM GIPUZKOA), y se declara nula la decisión extintiva colectiva tramitada por la empresa SMART DELIVERY ROUTES SL, condenando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y solidariamente a las empresas AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U, y DELCOM

DELIVERY S.L a que readmitan a los trabajadores en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad a la extinción, y les abonen los salarios dejados de percibir desde los efectos de la extinción en cada trabajador hasta la notificación de la presente sentencia, debiendo reintegrar los afectados las indemnizaciones percibidas; se declara la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre las empresas SMART DELIVERY ROUTES SL y AMAZON ROAD TRANSPORT SPAIN S.L.U, a las que se les condena a estar y pasar por esta declaración, y a que abonen al sindicato accionante con carácter solidario la suma indemnizatoria de 5000 €, por vulneración de los derechos fundamentales. Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva de la empresa DELCOM OPERADOR LOGISTICO SA, a la que se absuelve de las pretensiones deducidas en su contra, y se rechazan el resto de excepciones interpuestas. Quede el Ministerio Fiscal a los términos del presente fallo.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación ordinario en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela 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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe. **ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe **recurso de casación ordinario** que podrá plantearse en el plazo de cinco días hábiles siguientes al de su notificación. Se considerará preparado por la mera manifestación de la parte, de su abogado, graduado social o por su representante, al ser notificada la sentencia, o bien mediante comparecencia ante esta Sala o por escrito presentado ante la misma.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia**, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente, y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del BANCO SANTANDER, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del BANCO SANTANDER, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número NUM002Cuenta Bancaria.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número NUM001, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta NUM001Cuenta Bancaria.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

