

Roj: **SAN 820/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:820**Id Cendoj: **28079240012013100028**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/02/2013**Nº de Recurso: **357/2012**Nº de Resolución: **30/2013**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 820/2013,**
STS 5787/2014

SENTENCIA

Madrid, a veinte de febrero de dos mil trece.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº 357/12 seguido por demanda de FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS (letrado Sr. Martín Aguado), METAL CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE LA UGT FEDERACIÓN DE INDUSTRIA (letrada Sra. Martínez Ríaza), D. Luis Francisco (no comparece), D. Juan Carlos (no comparece), y D^a Eufrasia (no comparece) contra GAM NOROESTE S.L.U. (letrado Sr. Suárez Sánchez), GAM CENTRO Y SUR, S.L. (letrado Sr. Suárez Sánchez), CGT (letrado Sr. Trillo-Figueroa Calvo), D. Victor Manuel, D. Alejo, D. Ambrosio, D. Arcadio (no comparece), D. Bartolomé, D. Bernardo (no comparece), D. Celestino (no comparece) sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 11-12-2012 se presentó demanda por FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS, METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE LA UGT, FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, D. Luis Francisco, D. Juan Carlos, y D^a Eufrasia contra GAM NOROESTE S.L.U., GAM CENTRO Y SUR, S.L., CGT, D. Victor Manuel, D. Alejo, D. Ambrosio, D. Arcadio, D. Bartolomé, D. Bernardo, D. Celestino sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 19-02-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es de prueba

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto. - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:



La FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde aquí) y la FEDERACIÓN DE METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde ahora) ratificaron su demanda de conflicto colectivo, pretendiendo dictemos sentencia mediante la que se declare nula y sin efecto la modificación sustancial de condiciones decidida por la empresa el 16 de noviembre de 2012, se condene a las empresas demandadas a reponer a todos los trabajadores afectados por el conflicto en las condiciones que regían antes de la modificación y a reintegrar a estos los salarios que hayan sido objeto de reducción o disminución por aplicación de esta medida y a reponer en su derecho a los trabajadores que venían disfrutando de la tarjeta sanitaria.

Destacaron, a estos efectos, que GAM CENTRO Y SUR, SL (GCS desde aquí), fusionada con GAM NOROESTE, SLU, extinguió 25 contratos de trabajo en el año 2011, pese a lo cual promovió un procedimiento de reducción retributiva y liquidación de las tarjetas sanitarias privadas, que venían disfrutando sus trabajadores, el 3-05-2012, que culminó con SAN 4-10-2012, que anuló la medida, sin que se haya repuesto en sus derechos a los trabajadores, aunque las sentencias de conflicto colectivo son directamente ejecutivas.

Denunciaron, por otro lado, que las GCS inició un nuevo período de reducción salarial el 5-11-2012, en el que pretende los mismos resultados que el precedente, anulado por la Sala, a tal punto que retrotrajo sus efectos al 1-06-2012, vaciando de contenido la sentencia antes citada. - Denunciaron, del mismo modo, que la empresa promovió el procedimiento de reducción salarial y retirada de tarjetas sanitarias de modo autónomo, aunque estaba afectada por un proceso de fusión desde el 27-06-2012, por lo que debió negociarse de modo conjunto para garantizar soluciones homogéneas a los trabajadores de la nueva empresa. - Lejos de hacerlo así, se negociaron y alcanzaron acuerdos diferenciados en otras empresas del grupo GAM, menos gravosas para los trabajadores, que no se extendieron a los de GCS, pese a que se solicitó expresamente por los representantes de los trabajadores durante el período de consultas.

Defendieron, por tanto que el período de consultas se celebró en fraude de ley, siendo revelador que GCS terminara ante tempus el período de consulta, puesto que lo cerró unilateralmente el 13-11-2012, cuando no habían transcurrido los quince días exigibles legalmente.

Señalaron finalmente, que las tarjetas sanitarias, retiradas por la empresa, se alcanzaron en convenio colectivo, no pudiendo retirarse por el procedimiento del art. 41.4 ET, sino por el procedimiento del art. 82.3 ET.

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde ahora) se adhirió a la demanda, hizo suyos los alegatos de CCOO y UGT y añadió que la empresa GCS despidió a un representante de los trabajadores, afiliado a CGT, el 18-10-2012, aunque luego reconoció la improcedencia del despido, a quien se impidió acudir al período de consultas hasta la reunión de 5-11-2012, por lo que el período de consultas, en lo que afecta al sindicato citado, se inició en dicha fecha, no habiéndose cumplido el plazo de negociación previsto en el art. 41.4 ET.

D. Victor Manuel, D. Ambrosio, D. Alejo Y D. Bartolomé se adhirieron a la demanda.

GAM CENTRO Y SUR SL y GAM NOROESTE SLU, denominada actualmente GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIA, SLU, se opusieron a las demandas acumuladas.

Señalaron, a estos efectos, que se constituyó una comisión negociadora híbrida, tal y como se requirió en sentencia de la Sala de 4-10-2012, compuesta por los representantes de los trabajadores y por comisiones ad hoc, donde no había representantes, cuyo número ascendió inicialmente a 17 miembros, a la que se añadió don Celestino, delegado despedido, porque se solicitó por los demás miembros de la comisión negociadora.

El período de consultas se inició el 23-10-2012, entregándose la documentación necesaria para la negociación, cerrándose sin acuerdo el 13-10-2012 a iniciativa de ambas partes. - Destacó que durante la negociación se debatió esencialmente sobre el porcentaje de reducción salarial, admitiéndose pacíficamente por los representantes de los trabajadores, que se retrotrajeran sus efectos al 1-06-2012, como no podría ser de otro modo, puesto que la situación económica de la empresa es muy negativa. - Señaló, que las pérdidas de GCS en 2011 ascendieron a 22.119.000 euros, mientras que las empresas con cuentas consolidadas perdieron 62.721.000 euros en el mismo período. - Señalaron finalmente que la nueva mercantil acredita unas pérdidas de 59.244.718 euros en 2012.

Admitió, por otro lado, que se alcanzaron acuerdos en otras empresas del grupo GAM, pactándose de modo diferente, puesto que todas ellas tienen masas salariales diferenciadas, no concurriendo, por consiguiente, ningún trato peyorativo por aplicar modificaciones diferenciadas en GCS.

Quinto. - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:



- Hubo negociaciones de 4 salidas de los representantes sindicales, uno era de CGT al que se le imputan cargos en una carta de 16 folios que luego fue reconocida la improcedencia.
- El periodo de consultas se inicia el 23/10/12 en Madrid y finaliza el 13/11/12. Se firma acta con los representantes de los trabajadores de CENTRO SUR.
- El precio de cada reunión suponía a la empresa 6.500 €.
- La empresa ha aportado toda la documentación en el periodo de consultas.
- Del 1/6/12 a 31/12/12 se han producido 34 extinciones de contrato.
- Las pérdidas del grupo CENTRO SUR en 2011 al cierre total es de 22.119.000 € del grupo consolidado 62.721.000 € en 2011.
- Las pérdidas en 2012 del grupo consolidado eran de 59.244.718,89 €.
- La masa salarial existente entre GAM CENTRO SUR, GAM NOROESTE y las otras empresas es diferente, incluso dentro de GAM CENTRO SUR hay diferente masa salarial con los trabajadores provinientes de Tesifonte Cabrera.
- Hubo discusión entre la disyuntiva de reducción del 15% y se llegó a fijar reducción del 9,95%.

Hechos pacíficos:

- Se constituyó la comisión híbrida de 18 miembros, formada por representantes de los trabajadores y miembros *ad hoc*, por petición de los 17 se incorporó a la mesa de negociación el miembro de CGT que había sido despedido.
- No se ha aplicado descuento del 15% propuesto inicialmente, sino 9,95%.
- Se intentaron acuerdos con GAM NOROESTE Y ESTE.
- La empresa absorbente es GAM NOROESTE, S.L. y cambia de nombre a GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIA, S.L.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - CCOO y UGT ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y tienen presencia en los órganos unitarios de GCS. - CGT tiene presencia en los órganos unitarios de la empresa antes citada.

SEGUNDO . - En un ERE NUM000 , la Dirección General de Empleo autorizó a la empresa GAM CENTRO Y SUR SL la extinción de los contratos de trabajo de 25 trabajadores.

TERCERO . - El 3-05-2012 la empresa antes dicha inició período de consultas para reducir un 15% el salario de sus trabajadores, así como la retirada de la tarjeta sanitaria, reconocida a trabajadores provenientes de la empresa TESIFONTE, SA en conciliaciones judiciales alcanzadas en procedimientos de conflicto colectivo. - El período de consultas concluyó sin acuerdo, impugnándose la medida por los sindicatos demandantes, que concluyó con sentencia de esta Sala de 4-10-2012, proced. 160/2012 , en cuyo fallo se dijo lo siguiente:

" Que estimando la demanda interpuesta por CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO y UNION GENERAL DE TRABAJADORES, a la que se adhirieron CCOO, el Comité de Empresa cuyo representante compareció en Sala y los trabajadores, asimismo representados, dirigida contra GAM CENTRO Y SUR S.L.U. y GAM NOROESTE S.L.U., debemos declarar y declaramos NULA y SIN EFECTO la modificación sustancial de relaciones laborales decidida por la empresa en el mes de Mayo de 2012, y condenamos a las empresas demandadas a que repongan a todos los trabajadores afectados en las condiciones laborales que regían antes de tal modificación ".

Las empresas condenadas recurrieron la sentencia y no repusieron a los trabajadores en las condiciones de trabajo, que les habían sido modificadas.

CUARTO . - El 19-05-2012 GAM ESTE, SL alcanzó acuerdo con los representantes de los trabajadores, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se acordó modificar colectivamente las condiciones de trabajo de los mismos. - El 19-06- 2012 se alcanzó también acuerdo con los representantes de GAM NOROESTE, SL, que obra también en autos y se tiene por reproducido.

QUINTO . - El 27 de junio de 2012, se suscribió por General de Alquiler Maquinaria, S.A. el proyecto de fusión por absorción de GAM Este Alquiler de Maquinaria, S.L.U., GAM Renove, S.A.U., GAM Centro y Sur, S.L.U., GAM

Canarias, S.L.U., GAM Divisiones Especializadas, S.L.U. y Servicios Generales de Alquiler de Maquinaria, S.L.U. por parte de GAM Noroeste, S.L.U., notificándose a los trabajadores de las citadas mercantiles el 12-07-2012, mediante comunicación, que obra en autos y se tiene por reproducida, en la que se les manifestó que GAM NOROESTE, SLU se subrogaría en sus contratos de trabajo. - En la citada notificación se adjuntaron los documentos siguientes:

El proyecto común de fusión.

Las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes Informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles.

Los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público.

El texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente.

La identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión y la fecha desde la que desempeñan sus cargos.

El 30-10-2012 se publicó la fusión en el BORME, así como el cambio de denominación de GAM NOROESTE, SLU, sociedad absorbente, quien pasó a denominarse GAM ESPAÑA SERVICIOS DE MAQUINARIA, SL.

El 30-10-2012 GCS extinguió la relación laboral con sus trabajadores, subrogándose con efectos de 1-11-2012 GAM NOROESTE, SLU.

SEXTO . - El 18-10-2012 GCM despidió a DON Celestino , representante de los trabajadores, afiliado a CGT. - El 21-11-2012 la empresa demandada reconoció la improcedencia del despido del citado trabajador en acta de conciliación celebrada ante el Centro de mediación, conciliación y arbitraje de la Junta de Andalucía, que obra en autos y se tiene por reproducida.

SÉPTIMO . - El 23-10-2012 GCS inició un nuevo período de consultas, constituyéndose una comisión negociadora compuesta por los representantes de los trabajadores de los centros con representación y por trabajadores elegidos en los centros sin representación, cuyo número inicial fue de diecisiete trabajadores, levantándose acta, que obra en autos y se tiene por reproducida. - Aunque no se convocó inicialmente al señor Celestino a la comisión negociadora, se le permitió comparecer a la misma, a iniciativa de los demás representantes de los trabajadores, en la reunión de 30-10-2012, si bien se le entregó la documentación, aportada a los demás componentes de la mesa en la reunión inicial, en la reunión celebrada el 5-11- 2012.

Los objetivos de la medida empresarial eran la reducción del 15% del salario y la retirada de las tarjetas sanitarias de los 42 trabajadores, que las disfrutaban en Málaga, Sevilla, Córdoba y Cádiz con efectos de 1-06-2012. - Estos trabajadores tenían reconocida la cartilla sanitaria por conciliaciones en procedimiento de conflicto colectivo, alcanzadas en Juzgados de lo Social, que obran en autos y se tienen por reproducidas.

OCTAVO . - La comisión negociadora se reunió los días 23 y 30-10, así como los días 5 y 8-11-2012, levantándose actas, que obran en autos y se tienen por reproducidas.

En la reunión de 5-11-2012 los representantes de los trabajadores propusieron que la medida de reducción salarial tuviera una duración máxima de tres años; que el salario módulo, para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, fuera el anterior a la medida; que los trabajadores pudieran extinguir su contrato con derecho a una indemnización de 20 días por año desde que se produjera el primer descuento en nómina; que la media de reducción fuera del 8%; que ningún trabajador quedara por debajo de las tablas salariales; no tocar las tarjetas sanitarias; que la medida no se aplique retroactivamente y compromiso de no promover una nueva reducción retributiva durante los tres años citados. - La empresa aceptó la mayoría de las propuestas, salvo la media de reducción, que situó en el 10% y la retroactividad de la medida, que situó en el 1-06-2012, comprometiéndose a desistir del recurso contra la sentencia citada más arriba.

En la reunión, celebrada el 8-11-2012, se cruzan varias propuestas, proponiéndose finalmente por los representantes de los trabajadores una minoración del 7% a fecha de la sentencia de la A.N. reintegrando la empresa el resto en cinco mensualidades, y una aplicación desde esa fecha del escalado aportado el cual podría ser objeto de negociación dejando la cuestión de la cuantificación en dinero de las tarjetas sanitarias de forma opcional por los trabajadores, comprometiéndose las partes a reconsiderar sus posturas hasta la siguiente reunión.

El 13-11-2012 la empresa ofreció las propuestas siguientes:

a) Se establece un periodo de aplicación de la medida de tres años desde la fecha del acuerdo.



- b) Se aplicara a los efectos de resolución del contrato por causas objetivas el salario de la fecha anterior de la toma de la decisión acordada.
- c) Para instar la resolución del art. 41 se establece el periodo dentro de los 20 días hábiles desde la fecha de recepción de la primera nomina con la reducción pactada.
- d) Se aplicará la monetarización de las tarjetas a todos los trabajadores con derecho a las mismas incluyéndose en la nomina de cada uno de ellos.
- e) Se reintegrarán las devoluciones retroactivas en las próximas cinco mensualidades.
- f) No se establecerá una medida del art. 41 por causas económicas hasta que se cubra este periodo de tres años revisables.
- g) La empresa procederá al desistimiento del recurso de casación anunciado quedando transado las resultas del referido procedimiento en los términos que quedan expuestos.

Los representantes de los trabajadores propusieron aceptar con carácter retroactivo una reducción del 7 % de reducción salarial hasta la fecha actual y una reducción del 8,71 % de media, conforme a la escala presentada por la comisión de la parte social como anexo 1, desde el mismo día, o bien el escalado del acuerdo firmado en cualquier de los otros territorios GAM NOROESTE y/o GAM ESTE S.L.U. debiéndose negociar la cuestión relativa a las tarjetas en cada caso personal.

Ante la imposibilidad de acercar posiciones, ambas partes cerraron sin acuerdo el período de consultas.

NOVENO . - El 16-11-2012 GCS notificó a los representantes de los trabajadores la medida, reduciéndose las retribuciones desde el 1-06-2012 con arreglo a un escalado, que obra en autos y se tiene por reproducido, que corre desde el 6% para los trabajadores, que cobran hasta 18.000 euros a un 13, 50% para los que cobran hasta 35.000 euros. - Se suprime también la tarjeta sanitaria a los trabajadores que la disfrutaban.

DÉCIMO . - GCS obtuvo un resultado negativo de 22.119.000 euros en el ejercicio 2011. - El balance consolidado del grupo GAM en el año 2011 obtuvo un resultado negativo de 67.721.000 euros.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, 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 , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

- a. - El primero no fue controvertido, reputándose conforme, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .
- b. - El segundo del expediente citado, que obra como documento 1.2 de las demandadas (descripción 31 de autos), que fue reconocida de contrario.
- c. - El tercero del procedimiento de modificación citado, así como de la demanda y sentencia de la Sala, que obran como documentos 2 y 3 de las demandadas (descripciones 32 y 33 de autos), que fueron reconocidas de contrario. - Es pacífico que la sentencia está recurrida y que las empresas no cumplieron con lo mandado en la misma.
- d. - El cuarto de los acuerdos citados, que obran como documentos 7 y 8 de las demandadas (descripciones 37 y 38 de autos), que fueron reconocidos de contrario.
- e. - El quinto de la comunicación de la fusión, que obra como documento 8 de CCOO y UGT(descripción 81 de autos), que fue reconocido de contrario y del BORME citado, que obra como documento 1 de CGT (descripción 68 de autos). - La subrogación citada se desprende del certificado de alta y baja de la TGSS, que obra como documento 10 de CCOO y UGT (descripción 83 de autos), que fue reconocido de contrario.
- f. - El sexto de la carta de despido y conciliación citadas, que obran como documentos 2 y 5 de CGT (descripciones 69 y 72 de autos), que fueron reconocidas de contrario.
- g. - El séptimo y octavo de las actas citadas, que obran como documento 4 de las demandadas (descripción 34 de autos) y 1 a 6 de CCOO y UGT (descripciones 74 a 79 de autos). - Las conciliaciones citadas obran como documentos 1 a 3 de UGT (descripciones 91 a 93 de autos) que fueron reconocidos de contrario.



h. - El noveno de la notificación citada, que obra como documento 7 de CCOO y UGT (descripción 80 de autos), que fue reconocida de contrario.

i. - El décimo de las cuentas auditadas de las empresas demandadas, así como de las otras empresas del grupo, que obran como documentos 11.1 a 22.2 de las demandadas (descripciones 41 a 58 de autos), que tienen crédito para la Sala, aunque no se reconocieran de contrario, puesto que documentan las cuentas anuales de las mercantiles citadas. - No se hace pronunciamiento sobre los resultados de GAM ESPAÑA en 2012, porque las demandadas se limitaron a presentar un resumen del ejercicio como documento 24 de autos (descripción 60 de autos), que no está firmado por sus administradores, que no fue reconocido de contrario, careciendo, por consiguiente, del más mínimo crédito probatorio.

TERCERO . - Los demandantes sostuvieron que la medida empresarial se produjo en fraude de ley, porque se promovió por GCS, cuando debió promoverse por GAM NOROESTE, SLU (GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIA, SL actualmente), que era su empleador real desde el 27-06-2012, cuando se acordó el proceso de fusión por absorción de las empresas mencionadas en el hecho probado quinto, ya que si se hubiera hecho así, no habría razón para que se impusiera a los trabajadores de GCS una modificación mucho más gravosa, que a los trabajadores de GAM NOROESTE, SL y GAM ESTE, SL (hecho probado cuarto), cuando todos trabajaban para la misma empresa.

Las demandadas se opusieron a dichos reproches, porque la fusión no fue efectiva hasta que se publicó en el BORME, por lo que su ejecución por GCS se ajustó plenamente a derecho. - Destacaron, por otra parte, que los acuerdos modificativos, suscritos con los trabajadores de GAM ESTE, SLU y GAM NOROESTE, SLU, se produjeron antes de acordarse el proceso de fusión por absorción.

El art. 138.7 LRJS dispone que se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los arts. 40.2 , 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores , así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del art. 108 .

Los apartados 8 y 9 del art. 44 ET disponen lo siguiente:

"El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los arts. 40.2 y 41.4 de la presente Ley".

A nuestro juicio, las empresas demandadas cumplieron escrupulosamente lo dispuesto en los apartados 8 y 9 del art. 44 ET , puesto que notificaron a sus trabajadores el proceso de fusión controvertido, adjuntando a la comunicación la documentación relacionada en el hecho probado quinto, comprometiéndose expresamente a que la empresa absorbente GAM NOROESTE, SLU, denominada actualmente GAM ESPAÑA SERVICIO DE MAQUINARIA, SL, se subrogaría en sus contratos de trabajo, lo que se produjo efectivamente el 1-11-2012, puesto que GCS extinguió su personalidad jurídica el día anterior, tal y como se desprende del BORME de la misma fecha (hecho probado quinto).

Por consiguiente, probado que al iniciarse el período de consultas el 23-10-2012, la empleadora de los trabajadores afectados por el conflicto era GCS, se hace evidente que correspondía a dicha mercantil y no a la absorbente promover el período de consultas, siendo irrelevante, a nuestro juicio, que en dicha fecha, cuando ya estaba muy avanzado el proceso de fusión por absorción, se promoviera una medida de modificación colectiva, puesto que se ha probado cumplidamente que dicha medida no vino motivada por el proceso de fusión, sino por la situación económica negativa de GCS y de las empresas del grupo en su conjunto, como demuestra el procedimiento de modificación, iniciado por GCS el 3-05-2012 y anulado por SAN de 4-10-2012, proced.



160/2012, en cuyo hecho probado octavo ya admitimos la existencia de importantes pérdidas en 2011 y en los tres primeros meses de 2012.

Dicha conclusión no puede enervarse, porque GAM ESTE, SLU y GAM NOROESTE, SLU alcanzaran acuerdos modificativos con sus trabajadores los días 19-05 y 19-06-2012, puesto que en ambas fechas no se había iniciado, siquiera, el proceso de fusión por absorción, siendo absolutamente legítimo que dichas mercantiles alcanzaran autónomamente acuerdos modificativos por sus trabajadores, sin que exista fundamento alguno para extenderlos a otras empresas del grupo, ni tan siquiera por vulneración del derecho de igualdad, puesto que el requisito constitutivo para ello, como viene sosteniéndose reiterada y pacíficamente por la jurisprudencia, por todas STS 25-09-2012, recud. 2978/2011, pasa por acreditar la concurrencia de situaciones iguales, a las que se trata desigualmente, sin que existan fundamentos de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad para ello, por cuanto los actores, que cargaban con la prueba de la plena igualdad entre las diferentes empresas del grupo, no han probado el más mínimo indicio al respecto, lo que nos obliga a descartar la nulidad de la medida por las causas expuestas.

CUARTO . - Los demandantes sostuvieron, por otro lado, que el período de consultas está viciado de nulidad, porque se excluyó inicialmente al señor Celestino, representante de los trabajadores afiliado a CGT, quien no pudo participar en pie de igualdad con los demás, puesto que se incorporó al proceso negociador el 5-11-2012, momento en el que se le entregó la documentación. - Las demandadas se opusieron a dichas alegaciones, puesto que el 23-10-2012, al iniciarse el período de consultas, el citado señor estaba despedido, pese a lo cual se le permitió participar a requerimiento de los demás representantes de los trabajadores.

La Sala comparte la tesis empresarial, puesto que se ha probado, que el citado señor tenía extinguido su contrato de trabajo con la empresa desde el 18-10-2012, fecha de su despido, a tenor con lo dispuesto en el art. 49.1.k ET, no siendo exigible, por consiguiente, su participación en un período de consultas promovido cinco días después, siendo irrelevante, a estos efectos, que se reconociera la improcedencia el 21-11-2012, cuando ya había terminado el período de consultas.

Por lo demás, se ha probado cumplidamente que el señor Celestino participó en el período de consultas desde el 5-11-2012, aunque se admitió su presencia desde el 30-10-2012, sin que el retraso en la incorporación le impidiera participar activamente en la negociación, ya que fue a partir del 5-11-2012, cuando se empezó a negociar efectivamente, porque hasta entonces no se habían cruzado propuestas y contrapropuestas concretas.

Debemos resaltar finalmente, que ni la representación de los trabajadores en general, ni el señor Celestino en particular cuestionaron nunca la limpieza del período de consultas por su tardía incorporación al mismo, lo que hace extemporánea su actual queja. - La Sala entiende, en todo caso, que su tardía incorporación no impidió la negociación, ni tiene entidad suficiente como para anular la medida.

QUINTO . - Los demandantes reclamaron también la nulidad de la medida, porque no se agotaron los quince días del período de consultas, puesto que comenzó el 5-11-2012 y concluyó el 13-11-2012, a iniciativa de la empresa. - Los demandados se opusieron a dicha pretensión, puesto que el período de consultas empezó el 23-10-2012 y concluyó sin acuerdo, a iniciativa de ambas partes el 13-11-2012, cumpliéndose escrupulosamente el plazo previsto en el art. 41.4 ET.

La Sala comparte nuevamente la postura empresarial, porque los hechos probados no se compadecen de ningún modo con la tesis actora, puesto que se ha probado cumplidamente que el período de consultas se inició el 23-10-2012, sin que pueda compararse, de ninguna manera, que se iniciara un nuevo período el 5-11-2012, al incorporarse el señor Celestino, por cuanto nadie defendió dicha posición durante la negociación, tratándose nuevamente, de un alegato construido artificiosa y extemporáneamente para forzar la nulidad del período de consultas, que se inició legalmente el 23-10-2012, por cuanto el citado señor ya no era trabajador de la empresa, pese a lo cual se le permitió participar y lo hizo de modo efectivo, como se deduce de las actas del período de consultas. - Se ha probado, del mismo modo, que el 13-11-2012 se cerró sin acuerdo el período de consultas a iniciativa de ambas partes, como se desprende de la misma acta, no habiéndose cerrado ante tempus, como defendieron los demandantes, lo que nos obliga a desestimar también esta causa de nulidad.

SEXTO . - Los demandantes mantuvieron, que la supresión de las tarjetas sanitarias debió acometerse por el procedimiento del art. 82. 3 ET y no por el procedimiento del art. 41.4, porque derivan de conciliación, alcanzada en proceso de conflicto colectivo, que tiene el valor de convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en el art. 156.2 LRJS.

El art. 156.2 LRJS dice lo siguiente:



" Lo acordado en conciliación o mediación tendrá, según su naturaleza, la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el art. 82 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , siempre que las partes que concilien, ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por las citadas normas. En tal caso se enviará copia de la misma a la autoridad laboral" .

Parece claro, por tanto, que los requisitos constitutivos, para que lo acordado en conciliación en proceso de conflicto colectivo, tenga la misma eficacia que un convenio colectivo estatutario, son que se suscriban por los sujetos legitimados y se cumplan las demás formalidades del Título III ET.

Por consiguiente, no habiéndose probado por los actores, quienes cargaban con la prueba, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.2 LEC , que los representantes que suscribieron los acuerdos mencionados tuvieran las legitimaciones inicial, deliberativa y decisoria, regulada en los arts. 87 a 89 ET , ni el registro y publicación de los mismos, no habiendo probado, siquiera, que se comunicaran a la autoridad laboral, debemos descartar que se trate de convenios estatutarios, por lo que su modificación colectiva deberá ceñirse al procedimiento del art. 41.4 ET y no al art. 82.3 ET , tal y como viene sosteniéndose por la jurisprudencia, por todas STS 24-10-2012, rec. 594/2012).

SÉPTIMO . - Los demandantes defendieron finalmente la nulidad de la medida, porque la empresa no repuso a los trabajadores en las condiciones previas a la modificación anterior, como le mandó la sentencia dictada por esta Sala el 4-10-2012, proced. 160/2012 , pese a que las sentencias de conflicto colectivo son directamente ejecutivas, a tenor con lo dispuesto en el art. 160.4 LRJS . - Denunciaron, del mismo modo, que la aplicación retroactiva de la medida vaciaba de contenido lo mandado en la sentencia antes dicha, que anuló la medida anterior (hecho probado tercero).

El art. 160.4 LRJS dispone que la sentencia, dictada en procedimiento de conflicto colectivo, será ejecutiva desde el momento en que se dicte, no obstante el recurso que contra la misma pueda interponerse.

El art. 6.4 CC dispone que los actos, realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

El art. 41.1 ET dispone lo siguiente:

"1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley" .

Las empresas demandadas defendieron la medida impuesta, puesto que concurren, a su juicio, las causas económicas exigidas legalmente, entendiendo, por consiguiente, que las medidas impugnadas se ajustaron a derecho.

Debemos despejar, a continuación, si la decisión empresarial de promover un nuevo período de consultas, ajustado al procedimiento del art. 41.4 ET , cuyo objetivo era reducir las retribuciones de sus trabajadores y suprimir las tarjetas sanitarias de los cuarenta y dos trabajadores, que las disfrutaban anteriormente con efectos de 1-06-2012, sin reponer a los trabajadores en dichos derechos, pese a que nuestra sentencia anuló ambas medidas, aun recurrida, es directamente ejecutiva, constituyó fraude de ley, a lo que anticipamos una respuesta positiva.

Nuestra respuesta ha de ser necesariamente positiva, aunque admitamos, a efectos dialécticos, la concurrencia de causa económica en las empresas demandadas, puesto la reducción retributiva, regulada en el art. 41 ET , cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, está prevista únicamente para los salarios no devengados, no contemplándose, de ningún modo, una reducción retroactiva de los salarios, puesto que no cabe reducir salarios de trabajos ya prestados, que han de retribuirse al precio



convenido en el momento de la prestación. - Si tenemos presente, por otra parte, que la empresa propuso en el período de consultas y ha aplicado la medida desde el 1-06-2012, sin reponer a los trabajadores en los derechos reconocidos por nuestra sentencia de 4-10-2012, que es directamente ejecutiva por las razones ya expuestas, se hace evidente que la utilización del art. 41 ET por parte de las demandadas procuraba un resultado contrario al ordenamiento jurídico. - Es así, porque estaba obligada, en primer lugar, a reponer a los trabajadores en los derechos reconocidos judicialmente, para promover después, siempre hacia delante, una nueva modificación de condiciones, como viene defendiéndose por la doctrina judicial, por todas STSJ Valladolid 10-10-2012, rec. 1400/2012.

No habiéndolo hecho así, no solo incurrió en fraude de ley, sino que vulneró el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva, reconocida por el art. 24 CE, puesto que la medida impugnada dejó sin efecto una sentencia directamente ejecutiva. - Se impone, por tanto, la nulidad de la medida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS

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

FALLAMOS

Estimando la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO y UGT, a la que se adhirió CGT, D. Victor Manuel, D. Ambrosio, D. Alejo y D. Bartolomé se adhirieron a la demanda, anulamos la modificación sustancial impuesta por la empresa el 16-11-2012 y condenamos solidariamente a GAM CENTRO Y SUR, SL y GAM NOROESTE, SLU (denominada actualmente GAM ESPAÑA, SERVICIO DE MAQUINARIA, SL a estar y pasar por dicha nulidad, así como a reponer a los trabajadores afectados por el conflicto en los derechos que disfrutaban antes de la modificación, reintegrándoles los salarios reducidos y las tarjetas sanitarias retiradas.

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 abogado, graduado social colegiado o representante 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, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000357 12.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso a que hace méritos el artículo 7.2 de la misma norma, con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012, en el bien entendido de que, caso de no acompañar dicho justificante, no se dará curso al escrito de interposición del recurso hasta que se subsane la omisión producida, debiendo ser requeridos formalmente por el Secretario Judicial para su aportación

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.