



Roj: **STS 2781/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2781**

Id Cendoj: **28079140012020100666**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2020**

Nº de Recurso: **74/2019**

Nº de Resolución: **683/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2745/2017,**
STS 2781/2020

CASACION núm.: 74/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 683/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 17 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil FERROVIAL SERVICIOS, S.A., representada y asistida por el letrado D. Oscar Muela Gijón, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 23 de junio de 2017, en actuaciones seguidas por el Sindicato Ferroviario SF Intersindical, Confederación General del Trabajo, Unión Sindical Obrera, Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de UGT, contra dicho recurrente, sobre conflicto colectivo.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la Confederación General del Trabajo (CGT), representado y asistido por el letrado D. Raúl Maíllo García, Unión Sindical Obrera (USO), representado y asistido por el letrado D. Eduardo Serafín López Rodríguez, Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.), representado y asistido por el letrado D. Angel Martín Aguado y Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT), representado y asistido por el letrado D. José Vaquero Turiño.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Sindicato Ferroviario SF Intersindical, formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare nula la medida empresarial impugnada consistente en la reducción de jornada, debiendo la demandada restituir a los trabajadores afectados en el disfrute de jornada completa y, a pagar a estos los importes dejados de percibir por las reducciones salariales y de conceptos extrasalariales originados por la aplicación de la medida impugnada, o subsidiariamente se declare improcedente la medida colectiva impugnada, con condena a la empresa a la restitución en el disfrute de la jornada completa de los trabajadores afectados por la medida y al abono económico a los mismos de las reducciones salariales y de conceptos extrasalariales efectuadas por la aplicación de la medida impugnada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el 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.

TERCERO.- Con fecha 23 de junio de 2017, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: CON ESTIMACIÓN DE LAS DEMANDAS DEDUCIDAS POR SF, CCOO Y UGT, CGT Y USO contra Ferrovial Servicios S.A sobre conflicto colectivo DECLARAMOS nula la medida empresarial impugnada consistente en la reducción de jornada desde 1 de abril de 2017 a 31 de marzo de 2019; condenando expresamente a FERROVIAL SERVICIOS, S.A. a la restitución en el disfrute de jornada completa de los trabajadores afectados y al abono económico a los mismos de las reducciones salariales y de conceptos extrasalariales efectuadas por la aplicación de la medida impugnada".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El presente conflicto afecta de manera directa a 452 trabajadores de la Empresa demandada que realizan el servicio de atención y restauración a Bordo de los trenes de Alta Velocidad y Larga Distancia para Renfe Viajeros, S.A.

Estos trabajadores pertenecen a las distintas bases que tiene la Empresa en el territorio nacional, y que a continuación se detallan, excluyendo las de Irún y Bilbao:

- Málaga: 4 trabajadores afectados
- Madrid: 348 trabajadores afectados
- Barcelona: 70 trabajadores afectados.
- Sevilla: 22 trabajadores afectados
- Alicante: 1 trabajador afectado.
- La Coruña: 2 trabajadores afectados.
- Valencia: 5 trabajadores afectados. - conforme-

SEGUNDO.- La Empresa Ferrovial Servicios, S.A. es adjudicataria de un contrato de prestación de servicios de atención al cliente, bar, cafetería y restauración a bordo de los trenes de Alta Velocidad y Larga Distancia para Renfe Viajeros, S.A., habiendo sucedido en este contrato a la empresa Cremonini Rail Ibérica, S.A, y ésta a su vez a la empresa WAGONS LITS, que eran las anteriores adjudicatarias del servicio indicado.

La empresa demandada, Ferrovial Servicios, S.A., se adjudicó este servicio tras una licitación pública, prestando el servicio de restauración a bordo de los trenes de Renfe Viajeros desde 1 de diciembre de 2013 hasta 30 de noviembre de 2017, subrogándose para ello, en las relaciones laborales de la plantilla que, bajo la responsabilidad de Cremonini Rail Ibérica, S.A., había prestado el servicio hasta el 30 de noviembre de 2013.- conforme-

TERCERO.- Los trabajadores pertenecientes a la plantilla de Cremonini Rail Ibérica, S.A regían sus relaciones laborales por el III Convenio de dicha mercantil, suscrito por la empresa y el comité de empresa y, publicado en el BOE de 8 de octubre de 2009, y cuya vigencia concluyó el 31-12-2010.

Posteriormente, fue negociado y suscrito el IV Convenio Colectivo de Cremonini Rail Ibérica, S.A. publicado en el BOE de 11 de julio de 2013.- conforme-

La Disposición Adicional IV del Convenio de Cremonini establecía que: "*Para los trabajadores afectados por el ámbito del presente convenio, que vinieran rigiéndose por el Convenio Colectivo de Wagon Lits a la fecha de firma del mismo y estuvieran en alta a dicha fecha, les será reconocido a título individual como garantía ad personam el Acuerdo suscrito entre la representación de los trabajadores y la citada empresa de fecha 29 de mayo de 2009 ("garantía de horas"), exceptuando de tal garantía el artículo 8 de dicho Acuerdo, incluidas dentro de ese*



reconocimiento las cuantías derivadas de la aplicación de dicho Acuerdo. La aplicación de esta garantía tendrá en cuenta el cumplimiento del procedimiento establecido en la Disposición Transitoria Segunda en lo relativo a las eventuales absorciones de horas consolidadas del personal."

El acuerdo de 29-5-2.013 obra al descriptor 383 que damos íntegramente por reproducido.

CUARTO.- Desde al menos el mes de junio de 2014 por parte de la Dirección de Cremonini se detectó un problema de ineficiencia entre la jornada que se retribuía a los trabajadores la jornada efectivamente desempeñada por los mismos, la cual se atribuía al sistema de turnos y distribución horaria regulados en el IV Convenio colectivo de Cremonini- testifical de la empresa-.

QUINTO.- Previa denuncia del IV Convenio colectivo de Cremonini por la empresa el día 15-12-2.015- conforme-, el día 12-1-2.016 se constituyó la Mesa negociadora del Convenio colectivo de Ferrovial Servicios S.A para el personal de restauración y atención a bordo de los trenes de Renfe, actuando por la parte social el Comité Inter-centros (compuesto en dicha fecha por 7 representantes de CCOO, 3 de UGT, 2 de CGT y 1 de SF).- descriptor 488, por reproducido-.

En la reunión mantenida el día 16-2-2.016 la empresa expone como aspectos a negociar y que han motivado la denuncia del IV Convenio de Cremonini los límites organizativos que impone dicho convenio y que impiden optimizar productivamente a la plantilla, señalando que : *" Las dificultades que encuentra la empresa a la hora de optimizar el servicio provienen casi completamente del área de servicio a bordo y de los límites organizativos que establece el Convenio que no permiten en la práctica grafiar la totalidad de la jornada que se abona"*.- descriptor 489-.

Damos por reproducidas las Actas de la Mesa de negociación obrantes en los descriptores 491 a 508.

SEXTO.- En la reunión mantenida por la mesa de negociación el día 31-1-2.017- descriptor 509, por reproducido-, la empresa hace entrega de comunicación formal para hacer constar que se ha alcanzado la fecha acordada en la reunión de 22-12-2016 para la pérdida de vigencia del Convenio de Cremonini Rail ibérica en aplicación del art. 86.3 E. T, la empresa explica a su juicio los criterios que va a aplicar desde esa situación, con arreglo a la jurisprudencia del TS, saber:

- Que no existe convenio de ámbito superior.
- Que se considerarán contractualizadas las condiciones laborales que hasta fecha se venían aplicando a la plantilla con contrato vigente a 31-1-2.017.
- Que para las contrataciones que se realicen desde el 31-1-2.017, se establecerán las condiciones laborales en anexos al contrato de cada uno de los trabajadores que regirán durante la vigencia de dichas contrataciones, con los límites establecidos legalmente. La empresa ha decidido en este sentido mantener el nivel retributivo equivalente que venían percibiendo con las anteriores condiciones, haciendo constar que esta cuestión no implicará la consolidación de un derecho...

Se indica que en los contratos nuevos se especificará que la referencia legal a la que atenderán el resto de condiciones laborales (turnos de trabajo, ciclos descanso entre jornadas...) de estos trabajadores será el del RD de Jornadas especiales y el Estatuto de los Trabajadores. De forma específica se detallará la jornada de trabajo que desarrollará cada trabajador.

La parte social ... anuncia que ese día presentara ante el SIMA una papeleta de acto de mediación, previa a la convocatoria de Huelga.

SÉPTIMO.- El día 3-2-2.017, previa convocatoria por la empresa, se celebra reunión con el Comité inter-centros y las secciones sindicales- CCOO, UGT, CGT, SF y USO-, en la que:

- La empresa informa a los representantes de los trabajadores que con motivo de la situación provocada por el desajuste existente entre la jornada laboral contratada que se retribuye a cada trabajador y la jornada laboral efectiva que desarrollan algunos colectivos de su intención de iniciar un ERTE que afectará a un número de trabajadores cercano a los 700 en cualquier caso se concretará en la documentación que se acompañará al inicio del periodo de consultas, haciendo constar esta circunstancia a con el fin de constituir la correspondiente Comisión Negociadora, instando a los RRTT a proceder con la constitución de la misma en el plazo establecido.
- La parte social comunica que cuando se decida quiénes constituirán la misma se informará a los trabajadores para convocar la reunión de apertura del periodo de consultas.- descriptor 17 por reproducido-

OCTAVO.- El anunciado procedimiento de mediación previo a la declaración formal de huelga tiene lugar el 14-2-2.007, extendiéndose acta de desacuerdo en esa fecha que obra al descriptor 14.



NOVENO.- El 14-2-2017 el Sindicato Ferroviario remite escritos a la dirección de la empresa y al Ministerio de Empleo y Seguridad social convocando huelga desde las 1:01 del 26-2-2017 hasta las 1:00 del 5-3-2017, afectando la misma a todos los trabajadores de la empresa que prestan servicios de atención y servicio a bordo de los trenes de Renfe y todos los relacionados de una u otra forma con dicho servicio, se señala que el objetivo de la huelga es desbloquear las negociaciones del convenio colectivo- descriptores 12 y 13 por reproducido-

DÉCIMO.- El 15-2-2017 se extiende acta de constitución de la comisión negociadora- descriptor 18- en dicha acta la parte social hace constar que la misma quedará constituida por secciones sindicales con la misma proporción de representatividad existen en el comité inter-centros, señalando que *"el funcionamiento de la presente comisión se regulará según lo establecido expresamente en los arts 26 y 27 del RD 1483/2012 de 29 de octubre y específicamente en lo que tiene que ver con el hecho de constituirse como órgano colegiado en cuanto a la formación de la voluntad y al carácter vinculante de sus decisiones"*.

UNDÉCIMO.- El mismo día se extiende "Acta de inicio de periodo de consultas" en el que:

1.- la empresa expone los datos relativos al ERTE (cliente, contrato, inicio de actividad y número de afectados, adjuntando listado), aduciendo razones organizativas y productivas, señalando que el alcance y proporción de la medida se explica en la Memoria, Informe técnico y documentación Anexa;

2.- se da por iniciado el periodo de consultas;

3.- se hace entrega de la documentación siguiente: a.- solicitud de constitución de la comisión negociadora; b.- acta de constitución de la comisión negociadora; c.- adjudicación lotes 1 y 2; d.- informe técnico; e.- Memoria descriptiva; g.- cómputo anual de la jornada 2016; h.- fichero resumen mensual Export tp; i.- resumen importes abonado en concepto de GFA y horas consolidadas correspondientes; j.- programaciones enero 2016 a enero 2017; k.- recortes de prensa sobre evolución de las circulaciones; l.- IV Convenio colectivo de Cremonini Rail Ibérica, m.- Convenio colectivo 2008-2011 Wagonlits; n.- III Convenio colectivo de Cremonini; ñ.- comunicación de pérdida de vigencia; o.- lista total de la plantilla p.- lista total de trabajadores afectados. r.- lista de trabajadores habitualmente contratados durante el último año;

4.- por la empresa se manifiesta que si los RRTT o sus asesores consideran necesaria la aportación de más documentación, que esté relacionada con la medida pretendida por la empresa y con la causa de la misma, se ruega se comunique a la menor brevedad;

5.- la empresa expone de forma enunciativa los criterios de designación de los trabajadores afectados, sin perjuicio, de su desarrollo en la memoria descriptiva, los criterios son: -jornada- en función de la contratada/ desarrollada;- categoría, en función de los requerimientos exigidos por los pliegos de condiciones; base/ residencia, en función de la base en que se encuentre adscrito; volumen de complemento fijo: en función del volumen e impacto de este concepto en el cómputo de la jornada, se señala que quedará excluido el personal no sujeto a programaciones, aquellos que desarrollen su prestación en base a algunas de las medidas de conciliación del art. 37 E.T, trabajadores en situación de jubilación parcial y trabajadoras en situación de REM;

6.- se solicita a la representación unitaria la emisión de informe escrito en los términos que refiere el art. 17.3 del RD 1483/2012 en relación con los apartados a) y b) del art. 64.5 E.T;

7.- se fijan como echas para las siguientes reuniones los días 20, 22 y 24 de febrero de 2017;

8.- la RT manifiesta que necesitan estudiar la documentación entregada para poder hacer una valoración de la misma.- descriptor 19-

DUODÉCIMO.- El contenido de la memoria explicativa de las causas obra en el descriptor 159, y lo damos íntegramente por reproducido, si bien a efectos expositivos conviene desatacar:

- Que se invocan causas de índole organizativa y productiva.

- Que se hace constar que la organización de los servicios por parte de ferrovial se hace depender de dos factores:

a.- Volumen de la demanda y de los servicios que requiere Renfe que es quien fija, organiza, y requiere en todo momento el número, tipo y características de los trenes que deberán operar, condicionantes éstos del que se deduce necesariamente el dimensionamiento de la plantilla que deberá atenderlo...Cada mes, RENFE, a través de las órdenes serie "B", traslada los datos correspondientes a las circulaciones que se deberán atender al mes siguiente y que contienen la información de los ítems mencionados anteriormente, procediendo desde ese momento la empresa a organizar los recursos humanos con los que cuenta para establecer el volumen de personal necesario para llevar a cabo el trabajo en la forma que se exige;



b.- las condiciones laborales aplicables, señalando al respecto que: " El IV Convenio Colectivo de Cremonini Rail ibérica dividía a los trabajadores en diferentes "áreas", en función de las actividades que realizan(logística, oficina, servicio a bordo, etc.). Establecía por un lado una norma general en su art. 57 por la que se fija una jornada general máxima anual de 1.792 Horas y 224 días de trabajo, que, no obstante, únicamente para los trabajadores adscritos al "área" de servicio a bordo (tripulantes, por ejemplo), somete y condiciona a su vez otros límites añadidos que impiden alcanzar esa jornada máxima anual general, los más importantes son los siguientes:

Un máximo de 214 días de trabajo al año

Un total de 15 días en concepto de "compensación de festivos" que viene a sumarse a las dos quincenas ya existentes de vacaciones y que impiden por tanto alcanzar la jornada establecida como máxima.

Un tope mensual de 163 horas efectivas y 35 horas de presencia

Estos límites añadidos, que rigen únicamente para el "área" de servicio a bordo, producen una reducción de su jornada anual máxima. En concreto, dado que el periodo de actividad anual es de 10,5 meses y la jornada efectiva completa es de 163 h/mes, la jornada anual queda limitada para dicho colectivo a 1.712 h/año (=163 h/mes x 10,5 meses/año), muy lejos por tanto de la jornada máxima que con carácter general se fijaba de origen....

...nos encontramos con una rigidez en lo que tiene que ver con las posibilidades de organizar el servicio que no ha evolucionado en la misma dirección que lo ha hecho la actividad y las características inherentes al desarrollo tecnológico de los medios materiales que se utilizan. El resultado es una ineficiencia crítica que quebranta la viabilidad de la adjudicación y pone en serio peligro el futuro de los trabajadores de este servicio."

- Que se determina que las causas de tipo organizativo y productivo y que afectan al área de servicio a bordo, logística y restauración

- Que expresamente y como soluciones al desajuste se expone que:" Ante esta causa se podría actuar de dos maneras:

A través de una MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO por la que se procediera a la eliminación de los límites establecidos en las condiciones laborales heredadas del convenio colectivo que estuvo vigente hasta el pasado 31 de Enero.

Esta medida implicaría una solución de carácter definitivo, por la que la plantilla afectada dejaría de conservar esos límites pasando a incrementar sus días de trabajo efectivo con el objetivo de optimizar lo máximo posible ese equilibrio entre la contraprestación económica que se abona y la contraprestación laboral que le debería corresponder. Se trataría de una medida más agresiva, que afectaría a la totalidad de la plantilla adscrita al área de servicio a bordo.

La segunda de las alternativas que a entender de esta parte resulta viable es la articulación de una medida temporal, concretamente la de un ERTE de reducción de jornada, variable, en función de la improductividad constatada de cada trabajador, por el que mientras se mantengan las actuales condiciones del servicio impuestas por RENFE en su adjudicación se adapte la jornada de trabajo que se retribuirá a la jornada efectivamente desarrollada por cada uno de los trabajadores afectados.

Se trata pues de una vía fundamentada en una circunstancia coyuntural, menos agresiva, que afectaría a un colectivo mucho menor y que tendría como objetivo igualmente optimizar ese equilibrio jornada contratada - jornada trabajada contribuyendo a eliminar o cuando menos reducir el perjuicio que supone el mantenimiento de la situación actual. Los trabajadores no verían modificadas sustancialmente sus condiciones laborales de forma definitiva, ya que éstas se mantendrían, garantizándose con ello un marco de aplicación jurídico idóneo.

-Se desarrollan los criterios de afectación referidos anteriormente, especialmente la afectación del complemento fijo.

-Y finalmente se concluye que:- Concurren causas productivas y organizativas derivadas de las limitaciones contractuales que ostenta el colectivo de servicio a bordo adscrito a la adjudicación de Servicio de atención a bordo y restauración en trenes comercializados por la dirección gerencia del área de negocio de viajeros Renfe.- Se evidencia una rigidez de los límites que establecen las condiciones laborales contractualizadas que impiden graficar la totalidad de la jornada contratada. -Que Ferrovial Servicios con el fin de mantener sus relaciones laborales, debe proceder a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo en la forma indicada en la presente memoria. -Que de no adoptarse las medidas se produciría un fuerte impacto económico negativo, como consecuencia del deber de abonar la totalidad de los salarios, sin que se reciba la debida contraprestación laboral que fundamenta aquellos, manteniendo la inoperancia de la plantilla dedicada a este servicio y produciéndose por tanto, un claro desequilibrio entre los ingresos y los gastos.- Que la adopción de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, contribuye a la mejora de la competitividad y la productividad



de la empresa, por razones obvias, siendo una medida que permite con carácter general y en términos lógicos adaptar los medios humanos, técnicos y materiales a las necesidades y demandas productivas existentes en cada momento.-Que la medida, tiene en su adopción y aplicación las notas de proporcionalidad y racionalidad adecuadas atendiendo a la situación de la empresa y al específico contexto que se deduce de las circunstancias inherentes a la actividad, evitando medidas más drásticas, como la extinción de las relaciones laborales, fomentando el mantenimiento de los puestos de trabajo y atenuando las consecuencias del volumen de medidas que finalmente pudiera producirse.

DÉCIMOTERCERO.- El informe técnico obra en el descriptor 158 cuyo contenido lo damos íntegramente por reproducido si bien del contenido del mismo destacamos:

a.- que su autora es Dña. María Angeles , trabajadora de la demandada, con destino en el departamento de Eficiencia Operativa;

b.- que en sus conclusiones se expone lo siguiente:

"Ferrovial fundamenta su actividad en la atención de prestaciones de servicios provenientes de adjudicaciones bien administrativas, bien mercantiles, de carácter temporal, soportadas todas ellas bajo un contrato y con una fecha de inicio y una fecha de finalización del servicio, en virtud de ello, Ferrovial Servicios se encuentra sometida a la necesidad de ajustar su volumen de actividad a la demanda que de aquellas se genera, cumpliendo con las exigencias y decisiones que a nivel productivo demandan nuestros clientes. El volumen de actividad, y por ende, los medios humanos y materiales con los que contamos, han de ajustarse a las necesidades del cliente, y además han de hacerlo de manera óptima, pues de otro modo, un infra-dimensionamiento de los medios daría lugar a una desatención de la demanda productiva, que derivaría en el incumplimiento de las obligaciones adquiridas, y un sobredimensionamiento conllevaría la sub-actividad, es decir, trabajadores sin plena ocupación efectiva, a los que no se le podrían asignar tareas que ocupen la totalidad de su jornada, lo que obviamente conlleva un perjuicio organizativo y económico que pone en riesgo la viabilidad del contrato y con él las relaciones laborales de los trabajadores adscritos al servicio.

La situación que se hace constar supone impactos inasumibles desembolsados en horas que no se trabajan, no por ineptitud de los equipos de programadores, sino de los factores externos mencionados.

De la totalidad de circunstancias que inciden en la programación que se han venido mencionando únicamente la que tiene que ver con los límites convencionales heredados del convenio colectivo que ha decaído, ofrece una posibilidad real, legal y legítima de modificación en base a razones objetivas amparadas legalmente dirigidas a mejorar la situación actual.

La empresa centró sus esfuerzos por solucionar estas cuestiones a través de las negociaciones del convenio colectivo de aplicación, negociaciones que se han venido desarrollando durante todo el año 2016 siendo el objeto de las mismas la búsqueda de soluciones organizativas que suavizaran el impacto en las posibilidades de asignación de servicios y por ende en la optimización de las jornadas que se retribuyen.

El pasado 31 de Enero se produce el decaimiento del convenio colectivo de aplicación por agotamiento del plazo establecido legalmente para alcanzar un acuerdo. A partir de ese momento se produce la contractualización de las condiciones laborales que aquel regulaba.

Se mantiene por tanto un extremo grado de rigidez absolutamente incompatible con la evolución que ha ido teniendo el servicio, y las infraestructuras, que impiden su adecuación, tanto a esa evolución natural, como a las características de una actividad en la que RENFE establece condiciones que varían sin apenas posibilidad de reacción.

Resulta de lo anterior necesario articular medidas fundamentadas en las herramientas que la legislación establece al efecto, fundamentadas en causas objetivas que contribuyan a la reducción del perjuicio que se ha constatado.

Mantener la actual situación provoca que el contrato devenga ineconómico, y que en consecuencia ponga en peligro la continuidad, no solo del servicio, con el consiguiente perjuicio para los usuarios y el interés general, sino también el mantenimiento de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla.

En resumen, lo que se evidencia, es que concurre una necesidad objetiva contundente, cuando partiendo de un volumen de plantilla que no se corresponde con el actual dimensionamiento del servicio, de ajustar organizativamente la situación, cuando se pretende la continuidad tanto de la actividad, como del máximo número de trabajadores posible. Ignorarlo supondría la condena del servicio, y por ende de la plantilla adscrita al mismo.



DÉCIMOCUARTO.- Las actas de las reuniones del periodo de consultas obran en el descriptor 183- y las damos por reproducidas-. Dichas reuniones se desarrollaron los días 20, 22, 24 y 28 de febrero y 2 de marzo, en esta última se dio por concluido el periodo de consultas sin acuerdo.

1.- Al acta de 20 de febrero se adjuntan solicitudes de documentación de UGT y SF. Por parte de UGT se solicitó la siguiente documentación: 1. **Contrato suscrito entre Ferrovial Servicios, S.A. y Renfe Operadora para el desarrollo del servicio de restauración a bordo 2013-2017.** 2. **Oferta presentada por Ferrovial Servicios, S.A. para el desarrollo de los servicios de restauración a bordo 2013-2017, Y que resultó adjudicataria de los mencionados servicios. Especialmente el detalle de la oferta técnica donde se detalla lo recogido en el apartado 3.4.2 B2 del PCP de RENFE, "Diseño del Servicio de a Bordo y Atención al Cliente", y en concreto en lo relativo a los puntos B.2.1 "Organización de la empresa" y B.2.4 "Dimensionamiento de los RR.HH. Tripulaciones. Se detallarán los RR.HH, tripulantes utilizados para cada uno de los servicios y productos solicitados con servicio de restauración a la plaza, con servicio de cafetería y bar móvil, con servicio de cafetería y Trenhotel y Estrella.** 3. **Detalle de los ingresos efectuados en los servicios de cafetería y bar móvil desde el 1 de diciembre de 2013, así como la previsión de los mismos durante toda la vigencia del contrato.** 4. **Relación y detalle de los HTDL efectuados por la plantilla desde el inicio del contrato**, detallados por centros de trabajo, mes y día.- 5. **Detalle de las tripulaciones en servicio de "reserva" que no hayan efectuado viaje desde el inicio del contrato**, detallados por centros de trabajo, mes y día. -6. **Número de horas de las tripulaciones fuera de residencia y que en la actualidad no son computadas por la empresa (desde deje en destino hasta toma en destino) desde el inicio de contrato. Estos datos deberán ser presentados detallados por centros de trabajo, mes y día.-** 7. **Impacto real en la jornada de la decisión unilateral de la empresa de reducir los tiempos de toma y deje en julio de 2014**. Para ello, deberán presentarse el número de horas que se han dejado de computar a partir de dicha medida.- 8. **Informe de la Gerencia de Planificación y Programación de Servicios a Bordo de enero de 2016**, al que hace alusión el Informe Técnico en su pág. 6. -9. **Volumen y relación de pernoctaciones de las tripulaciones fuera de su base de los años 2014,2015 y 2016**, detallando las circulaciones concretas, y el volumen por meses. -10. Evolución de los **ratios de tripulación** de las circulaciones con restauración a la plaza. Detallados por día, mes y año. - 11. **Pares de trenes que componen los turnos de trabajo tasados con tiempo de jornada, presencia, rebase y horas en destino, cuando proceda, pertenecientes a 2014, 2015 y 2016**. Detallados por centro de trabajo, año, mes y día.

Por SF se solicitó: - Relación de todos los contratos temporales establecidos por la empresa durante los años 2016 y 2017, con indicación del tipo de contrato, duración de los mismos y porcentaje de la jornada contratada. - Relación de las horas complementarias mensuales realizadas por los trabajadores con contrato temporal y por los trabajadores fijos con contrato a tiempo parcial o concreción de jornada, durante los años 2016 y 2017. - Relación de las horas extraordinarias mensuales realizadas por los trabajadores de la empresa durante años 2016 y 2017, con indicación de su número y cantidad que suponen sobre el total de horas de trabajo de la jornada, ya que las mismas no se han entregado ni a los Comités de Empresa de Centro de trabajo, ni al Comité Intercentros, de acuerdo con lo dispuesto en el Disposición adicional tercera. Competencia de los representantes de los trabajadores en materia de jornada, del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en relación con el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores y en el Art. 48 del IV Convenio Colectivo. - Relación mensual de Horas Trabajadas en Días Libres (HTDL) realizadas por los trabajadores de la empresa durante los años 2016 y 2017. - Masa salarial abonada en concepto de Libre Devolución (LD), abonada durante los años 2016 y 2017 con las supuestas causas alegadas para su abono. - Relación mensual de horas de presencia, a disposición de la empresa, del personal de servicios a bordo durante los años 2016 y 2017. - Relación mensual de horas de toma y deje del personal de servicios a bordo durante los años 2016 y 2017. - Relación de plantilla del personal de servicios a bordo que ha llegado al 100% de la jornada incluida en el Expediente de Regulación Temporal de Empleo. - Relación del personal de servicios a bordo que ha trabajado durante su periodo de vacaciones, durante los años 2016 y 2017, indicando el motivo. - Previsiones de la empresa para la celebración de nuevos contratos de personal de servicios a bordo, en función de las cargas de trabajo consideradas después de la aplicación del Expediente de Regulación Temporal de Empleo, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 64.2 c) del Estatuto de los Trabajadores. - Situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 64.2 b) del Estatuto de los Trabajadores. - Dado que no se ha entregado la información trimestral sobre la situación económica de la empresa, indicada anteriormente, por lo que no es posible contrastar la misma con la contenida en la memoria e informe técnico entregados ahora, solicitamos informe de los criterios utilizados para su estimación, así como un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión, durante los años 2016 y 2017. - Estadísticas sobre el



índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen, durante los años 2016 y 2017. - Facturación mensual a Renfe en función de los servicios prestados durante los años 2016 y 2017. - Recaudación por los servicios de cafetería, bar móvil... etc., durante los años 2016 y 2017. - De acuerdo con la relación nominal de los trabajadores afectados por el Expediente de Regulación Temporal de Empleo entregada por la empresa, solicitamos que cuando se produzcan cualquier variación en los datos inicialmente contenidos en la comunicación sobre la aplicación de las referidas medidas de reducción de jornada, la empresa comunique dichas variaciones con carácter previo a que se produzcan. - Si la situación económica negativa alegada por la empresa, derivada de la supuesta imposibilidad de aplicar la jornada contratada del de servicios a bordo de los trenes, consiste en la disminución persistente del nivel de ingresos, además de la documentación indicada anteriormente, solicitamos la documentación fiscal o contable acreditativa de esta disminución del nivel de ingresos ordinarios durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de Regulación Temporal de Empleo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

2.- En el acta de 22 de febrero la empresa manifiesta lo siguiente respecto de la documentación solicitada:

- " Pares de trenes que componen los turnos de trabajo tasados con tiempo de jornada, presencia, rebase y horas en destino, cuando proceda, pertenecientes a 2014,2015 y 2016. La Empresa informa que esta información está a disposición, no sólo de la comisión sino de la totalidad de los trabajadores en la intranet de la empresa.

La parte social manifiesta que esta información tal y como está solicitando no está en la intranet de la empresa. La empresa constatará este extremo con el dpto. de programación.

-Respecto de los Datos económicos del grupo de empresas en las que está integrada Ferrovial Servicios Ferroviarios, auditoría de cuentas del año 2016. Las cuentas auditadas del grupo se encuentran a disposición de cualquier persona en la web corporativa y más concretamente en el siguiente enlace: [Http://www.ferrovial.com/es/accionistas-e-inversores/informaciónfinanciera/información-financiera-trimestral/](http://www.ferrovial.com/es/accionistas-e-inversores/informaciónfinanciera/información-financiera-trimestral/) ;

- En relación a la documentación referenciada como "presupuestos para el año 2017", se hace constar por parte de la empresa que no existe ninguna documentación ni presupuesto.

Y hace entrega de la siguiente documentación, y se informa de que la que resta se procederá a entregar en cuanto se disponga de ésta:

- El pliego de condiciones particulares del contrato de adjudicación de prestación de servicios de restauración y atención a bordo de los trenes AVE-Larga Distancia de Renfe Operadora que se requiere ya está entregada con el resto de documentación que se entregó con el inicio del periodo de consultas.

- Contratos temporales suscritos por la empresa, número y horas de trabajo que suponen, desde julio 2016 hasta febrero 2017, detallado mes a mes.

- Masa salarial destinada a los años 2016 y 2017 detallado mes a mes, de la cuantía total abonada, con código 1182, HTDL.

- Plantilla de la empresa actualizada a febrero de 2017 y con detalle de la plantilla adscrita a servicio a bordo.

- Contratos por sustitución por vacaciones realizados desde julio de 016 hasta febrero de 2017 detallado mes a mes.

- Informe de la Gerencia de planificación y programación de servicios a bordo de enero de 2016.

- Evolución de las ratios de tripulación.

- Contrato suscrito con Renfe Operadora.

- Oferta presentada por Ferrovial Servicios, S.A. para el desarrollo de los servicios de restauración a bordo 2013-2017 y que resultó adjudicataria de los mencionados servicios. Especialmente el detalle de la oferta técnica donde se detalla lo recogido en el apartado 3.4.2 b2 del PCP de Renfe.

-"Diseño del Servicio a bordo y atención al cliente" y en concreto en lo relativo a los puntos b.2.1. "Dimensionamiento de los RRHH. Tripulaciones". Se detallarán los RRHH tripulantes utilizados para cada uno de los servicios y productos solicitados con servicio de restauración a la plaza, con servicio de cafetería y bar móvil, con servicio de cafetería y Trenhotel y Estrella.

- Detalle de los ingresos efectuados en los servicios de cafetería y bar móvil. Recaudación de la venta realizada en servicio a bordo por medio de los carritos, desde julio de 2016 hasta febrero de 2017, ambos inclusive detallado



mes a mes. Recaudación de cafetería desde julio de 2016 hasta febrero de 2017, ambos inclusive detallado mes a mes."

3.- En la reunión de 24-2-2017, la empresa manifiesta haber enviado 44 documentos por correo electrónico, observando SF que no ha recibido la totalidad, sino solo 36, manifestando el resto de presentes haber recibido la totalidad, comprobando el representante de SF que así ha sido y se valora la documentación entregada.

4.- En la reunión de 28-2-2017 la empresa refiere haber hecho entrega de nueva documentación en relación con lo solicitado por las partes en la reunión anterior, fijándose la siguiente reunión el día 2 de marzo. En dicha reunión se aportó informe por USO y UGT efectúo manifestaciones por escrito.

5.- En la reunión de 4 de marzo la empresa hace entrega en soporte digital de la documentación siguiente: relación de contratos temporales establecidos durante 2016 y 2017, previsión de ingresos de cafetería y bar móvil hasta diciembre de 2017; facturación mensual a Renfe en función de los servicios prestados durante 2016 y 2017; horas extraordinarias realizadas en 2016 y 2017; estadísticas sobre índice absentismo y las causas, At ty EP y sus consecuencias, índices de siniestralidad, estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y mecanismos de prevención que se utilicen entre 2016 y 2017; relación de HDLT efectuados por la plantilla desde el inicio del contrato detallados por centro de trabajo mes y día, detalle de las tripulaciones en en reserva que no hayan efectuado viaje desde el inicio del contrato, detallados por centro de trabajo mes y día. Tras efectuarse una serie de explicaciones y proponerse por la empresa prorrogar las consultas CCOO , CGT aportan informes, USO se remite a lo ya informado y SF anuncia informe desfavorable, tras la empresa oferta un denominado "complemento de ERTE" consistente en el abono del 50 por ciento del salario dejado de percibir a consecuencia del mismo, teniendo en cuenta las prestaciones por desempleo, lo que es rechazado por la pate social, que rechaza igualmente prorrogar las reuniones, concluyendo el periodo de consultas sin acuerdo.

DÉCIMOQUINTO.- El día 15 de marzo de 2017 la empresa comunicó a todas las secciones sindicales con presencia en la Comisión negociadora excepto a la de USO su decisión de aplicar el ERTE de reducción de jornada en los términos contenidos en el listado de afectación de 15-2-2017, la medida se comenzará aplicar el 1 de abril de 2017 y se mantendrá vigente durante 24 meses, pudiendo quedar sin efecto antes si finaliza el periodo de adjudicación a Ferrovial y se da por cumplido el trámite del art. 12 del RD 1483/2012, comprometiéndose la empresa a dar traslado a la autoridad laboral.- descriptor 32 n lo que se refiere al texto de la Comunicación, siendo pacífico que se notificó a todas las secciones sindicales excepto a USO-

DÉCIMOSEXTO.- Damos por reproducido el informe pericial aportado por la empresa(descriptor 107) y ratificado en el acto de la vista en cuyas conclusiones finales se expresa lo siguiente: " *Tras haberse realizado el cálculo de las diferentes variables consideradas, con la información proveniente de los sistemas informáticos de las jornadas computadas en base al tiempo de trabajo efectivo y al tiempo de presencia, y aplicando las reglas de clasificación se concluye, que los cuadros y valores representados en el informe "Doc. 4.1. Informe Técnico" presentado en el ERTE son coincidentes con los obtenidos en las verificaciones por lo que se consideran correctos y sin sesgo.*

Asimismo, la información de origen utilizada para la realización de los cálculos de verificación es coincidente con la reflejada en los diferentes documentos Anexos del informe "Doc. 4.1. Informe Técnico".

DÉCIMOSEPTIMO.- Damos por reproducida la documental aportada por la empresa obrante a los descriptores 187 a 487".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Ferrovial Servicios SA, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar que el recurso de casación formalizado por Ferrovial Servicios SA debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos.

SÉPTIMO.- Por Providencia de fecha 29 de mayo de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 16 de julio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión planteada y hechos relevantes

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación es si la declaración de nulidad del procedimiento de reducción de jornada efectuada por la sentencia de la Audiencia Nacional, por entender que



aquel procedimiento vulneró los derechos de huelga y de libertad sindical, ha lesionado el artículo 24.1 CE y los demás preceptos cuya infracción denuncia el recurso.

2. De los hechos probados más arriba transcritos, interesa recoger ahora los siguientes:

a) La empresa recurrente en casación (Ferrovial Servicios, S.A.) es adjudicataria de un contrato de prestación de servicios de atención al cliente, bar, cafetería y restauración a bordo de los trenes de Alta Velocidad y Larga Distancia para Renfe Viajeros, S.A., habiendo sucedido en este contrato a la empresa Cremonini Rail Ibérica, S.A. y esta a su vez a la empresa Wagons Lits, que eran las anteriores adjudicatarias del servicio indicado.

Ferrovial Servicios se subrogó en las relaciones laborales de la plantilla que, bajo la responsabilidad de Cremonini Rail Ibérica, S.A., había prestado el servicio.

b) Los trabajadores pertenecientes a la plantilla de Cremonini Rail Ibérica, S.A. regían sus relaciones laborales por el III Convenio Colectivo de dicha mercantil y posteriormente por el IV Convenio Colectivo.

La disposición adicional del IV Convenio Colectivo establecía que: "Para los trabajadores afectados por el ámbito del presente convenio, que vinieran rigiéndose por el Convenio Colectivo de Wagon Lits a la fecha de firma del mismo y estuvieran en alta a dicha fecha, les será reconocido a título individual como garantía ad personam el Acuerdo suscrito entre la representación de los trabajadores y la citada empresa de fecha 29 de mayo de 2009 ("garantía de horas") ...".

c) "Desde al menos el mes de junio de 2014 por parte de la Dirección ... se detectó un problema de ineficiencia entre la jornada que se retribuía a los trabajadores (y) la jornada efectivamente desempeñada por los mismos, la cual se atribuía al sistema de turnos y distribución horaria regulados en el IV Convenio Colectivo de Cremonini".

d) Previa denuncia del IV Convenio Colectivo de Cremonini por la empresa el día 15-12-2015, el día 12-1-2016 se constituyó la mesa negociadora del Convenio Colectivo de Ferroviales Servicios S.A para el personal de restauración y atención a bordo de los trenes de Renfe.

En la reunión mantenida el día 16-2-2016 la empresa expone como aspectos a negociar, y que han motivado la denuncia del IV Convenio Colectivo de Cremonini, los límites organizativos que impone dicho Convenio y que impiden optimizar productivamente a la plantilla, señalando que: "Las dificultades que encuentra la empresa a la hora de optimizar el servicio provienen casi completamente del área de servicio a bordo y de los límites organizativos que establece el Convenio que no permiten en la práctica grafiar la totalidad de la jornada que se abona".

e) En la reunión mantenida por la mesa de negociación el día 31-1-2017, la empresa hace entrega de comunicación formal para hacer constar que se ha alcanzado la fecha acordada en la reunión de 22-12-2016 para la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo de Cremonini y, en aplicación del artículo 86.3 ET, la empresa explica los criterios que va a aplicar desde esa situación, con arreglo a la jurisprudencia del TS, a saber:

"- Que no existe convenio de ámbito superior.

- Que se considerarán contractualizadas las condiciones laborales que hasta la fecha se venían aplicando a la plantilla con contrato vigente a 31-1-2017.

-Que para las contrataciones que se realicen desde el 31-1-2017, se establecerán las condiciones laborales en anexos al contrato de cada uno de los trabajadores que regirán durante la vigencia de dichas contrataciones, con los límites establecidos legalmente. La empresa ha decidido en este sentido mantener el nivel retributivo equivalente que venían percibiendo con las anteriores condiciones, haciendo constar que esta cuestión no implicará la consolidación de un derecho.

Se indica que en los contratos nuevos se especificará que la referencia legal a la que atenderán el resto de condiciones laborales (turnos de trabajo, ciclos descanso entre jornadas...) de estos trabajadores será el del Real Decreto de jornadas especiales y el ET. De forma específica se detallará la jornada de trabajo que desarrollará cada trabajador".

f) La parte social anuncia que ese día (31-1-2017) presentará ante el SIMA una papeleta de acto de mediación, previa a la convocatoria de huelga.

g) El día 3-2-2017, previa convocatoria por la empresa, se celebra reunión con el comité intercentros y las secciones sindicales -CCOO, UGT, CGT, SF y USO- en la que la empresa informa a los representantes de los trabajadores que, con motivo de la situación provocada por el desajuste existente entre la jornada laboral contratada que se retribuye a cada trabajador y la jornada laboral efectiva que desarrollan algunos colectivos, es su intención iniciar un ERTE que afectará a un número de trabajadores cercano a los 700.



h) El anunciado procedimiento de mediación previo a la declaración formal de huelga tiene lugar el 14-2-2017, extendiéndose acta de desacuerdo en esa fecha.

i) El 14-2-2017 el Sindicato Ferroviario (SF) remite escritos a la dirección de la empresa y al Ministerio de Empleo y Seguridad Social convocando huelga desde las 1:01 del 26-2-2017 hasta las 1:00 del 5-3-2017, afectando la misma a todos los trabajadores de la empresa que prestan servicios de atención y servicio a bordo de los trenes de Renfe y todos los relacionados de una u otra forma con dicho servicio, señalando que el objetivo de la huelga es desbloquear las negociaciones del convenio colectivo.

j) El 15-2-2017 se extiende acta de constitución de la comisión negociadora del ERTE en la que la parte social hace constar que la misma quedará constituida por secciones sindicales con la misma proporción de representatividad que existen en el comité intercentros, señalando que "el funcionamiento de la presente comisión se regulará según lo establecido expresamente en los artículos 26 y 27 del RD 1483/2012, de 29 de octubre y específicamente en lo que tiene que ver con el hecho de constituirse como órgano colegiado en cuanto a la formación de la voluntad y al carácter vinculante de sus decisiones".

k) El mismo día se extiende Acta de inicio de periodo de consultas en la que:

"1.- la empresa expone los datos relativos al ERTE (cliente, contrato, inicio de actividad y número de afectados, adjuntando listado), aduciendo razones organizativas y productivas, señalando que el alcance y proporción de la medida se explica en la Memoria, Informe técnico y documentación anexa;

2.- se da por iniciado el periodo de consultas;

3.- se hace entrega de determinada documentación;

4.- por la empresa se manifiesta que, si los representantes de los trabajadores o sus asesores consideran necesaria la aportación de más documentación que esté relacionada con la medida pretendida por la empresa y con la causa de la misma, se ruega se comunique a la menor brevedad;

5.- la empresa expone de forma enunciativa los criterios de designación de los trabajadores afectados, sin perjuicio, de su desarrollo en la memoria descriptiva, los criterios son: - jornada- en función de la contratada/desarrollada;- categoría, en función de los requerimientos exigidos por los pliegos de condiciones; base/residencia, en función de la base en que se encuentre adscrito; volumen de complemento fijo: en función del volumen e impacto de este concepto en el cómputo de la jornada, se señala que quedará excluido el personal no sujeto a programaciones, aquellos que desarrollen su prestación en base a algunas de las medidas de conciliación del artículo 37 ET, trabajadores en situación de jubilación parcial y trabajadoras en situación de REM".

l) La memoria explicativa del ERTE invoca causas de índole organizativa y productiva, señalando que las previsiones contenidas en el IV Convenio Colectivo de Cremonini para los trabajadores del área de servicio a bordo impiden que estos trabajadores puedan alcanzar su jornada máxima.

La memoria expresa que

"Ante esta causa se podría actuar de dos maneras:

-A través de una (modificación sustancial de las condiciones de trabajo) por la que se procediera a la eliminación de los límites establecidos en las condiciones laborales heredadas del convenio colectivo...

Esta medida implicaría una solución de carácter definitivo, por la que la plantilla afectada dejaría de conservar esos límites pasando a incrementar sus días de trabajo efectivo con el objetivo de optimizar lo máximo posible ese equilibrio entre la contraprestación económica que se abona y la contraprestación laboral que le debería corresponder. Se trataría de una medida más agresiva, que afectaría a la totalidad de la plantilla adscrita al área de servicio a bordo.

-La segunda de las alternativas que a entender de esta parte resulta viable es la articulación de una medida temporal, concretamente la de un ERTE de reducción de jornada, variable, en función de la improductividad constatada de cada trabajador, por el que mientras se mantengan las actuales condiciones del servicio impuestas por RENFE en su adjudicación se adapte la jornada de trabajo que se retribuirá a la jornada efectivamente desarrollada por cada uno de los trabajadores afectados.

Se trata pues de una vía fundamentada en una circunstancia coyuntural, menos agresiva, que afectaría a un colectivo mucho menor y que tendría como objetivo igualmente optimizar ese equilibrio jornada contratada - jornada trabajada contribuyendo a eliminar o cuando menos reducir el perjuicio que supone el mantenimiento de la situación actual. Los trabajadores no verían modificadas sustancialmente sus condiciones laborales de forma definitiva, ya que éstas se mantendrían, garantizándose con ello un marco de aplicación jurídico idóneo".



II) El informe técnico, cuya autora es una trabajadora de la empresa con destino en el departamento de Eficiencia Operativa, concluye que "concorre una necesidad objetiva contundente, cuando partiendo de un volumen de plantilla que no se corresponde con el actual dimensionamiento del servicio, de ajustar organizativamente la situación, cuando se pretende la continuidad tanto de la actividad, como del máximo número de trabajadores posible. Ignorarlo supondría la condena del servicio, y por ende de la plantilla adscrita al mismo".

m) El día 15-03-2017 la empresa comunicó a todas las secciones sindicales con presencia en la comisión negociadora, excepto a la de USO, su decisión de aplicar el ERTE de reducción de jornada en los términos contenidos en el listado de afectación de 15-2-2017, comenzándose a aplicar la medida el 1-04-2017 y se mantendrá vigente durante 24 meses, pudiendo quedar sin efecto antes si finaliza el periodo de adjudicación a Ferrovial, dándose por cumplido el trámite del artículo 12 del RD 1483/2012.

Es "pacífico que se notificó a todas las secciones sindicales excepto a USO".

SEGUNDO. La sentencia recurrida

1. Los sindicatos SF, USO, CC.OO, UGT y CGT promovieron demandas de conflicto colectivo contra la empresa, acumulándose todas ellas.

2. La sentencia recurrida en casación (la SAN 93/2017, 23 de junio de 2017, proc. 125/2017) examina, en primer lugar, la denunciada vulneración de derechos fundamentales:

"- Vulneración del derecho a la libertad sindical y a la huelga de las organizaciones actoras - artículo 28.1 y 2 CE, en su vertiente de vulneración de la garantía de indemnidad frente a las represalias por el efectivo ejercicio de tales derechos- al estimarse que el ERTE es reactivo a la posición mantenida por las organizaciones actoras en el seno de la negociación del Convenio colectivo que iba a sustituir al IV Convenio Colectivo de Cremonini, que ante la situación de bloqueo de las negociaciones anuncian en el seno de la comisión negociadora la convocatoria de una huelga;

- Vulneración del derecho a la libertad sindical de USO, al haberse obviado la notificación de la decisión final a dicha sección sindical que intervino en la negociación;

- Vulneración del derecho a la igualdad de los beneficiarios de complemento consolidado que se dice se encuentran más afectados por el ERTE".

Para la sentencia recurrida, el supuesto que analiza guarda "bastantes similitudes con el que fue objeto de análisis en la STS 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013) en la que se confirmó la declaración de nulidad que efectuó la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de un despido colectivo en el que, iniciado un periodo de consultas a instancias de la empresa para negociar una reducción salarial y una inaplicación de convenio, ante la convocatoria de huelga en unos de los centros de trabajo afectados se promueve un despido colectivo fundado en las mismas causas que sostenían la reducción salarial".

La sentencia recurrida reproduce prácticamente en su integridad los fundamentos 7º y 8º, y en menor medida parte del 9º, de la STS 18 de julio de 2014.

Tras ello, para la sentencia recurrida el examen de los datos fácticos le lleva a entender que los sindicatos demandantes -y ahora parte recurridas- "han colmado la carga de aportar justificadamente indicios suficientes de los que cabe inferir que el anuncio del periodo consultas para iniciar un ERTE de reducción de jornada, resulta reactivo a su inminente convocatoria de huelga, por lo que es a la empresa la que le incumbe acreditar que la proporcionalidad y razonabilidad de las causas de su decisión, lo que, a su vez, entronca con la justificación de la medida adoptada y la necesidad de adoptar la misma en ese momento concreto".

La sentencia recurrida concluye que "la reacción empresarial iniciando el expediente (de reducción de jornada) que ahora se enjuicia, resulta lesiva de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical y ello por las siguientes razones":

"1.- las causas en las que supuestamente se funda el ERTE que se impugna ya concurrían para la empresa desde los primeros meses de desarrollo de la contrata, y de resultar inminente su superación, la demandada podría haber hecho uso de las amplias medidas de flexibilidad que otorga la vigente actual legislación laboral para superarlas- así, podría haber acudido a un descuelgue del art. 82.3 E. T - con arreglo a los apartados a), b) y c) del párrafo 2 de dicho precepto-, o una vez contractualizadas, podría haber anunciado un procedimiento de (modificación sustancial de condiciones de trabajo) de carácter colectivo del art. 41 ET, Ello nos lleva a pensar que las mismas supuestas causas organizativas y productivas que concurrían en junio de 2014 concurrían cuando se anunció la posible huelga, por lo que, si nada se hizo entonces para conjurarlas, la



decisión empresarial de abrir periodo de consultas para adoptar una reducción colectiva de jornada, resulta reactiva a la convocatoria".

"(2).- Por otro lado, el necesario carácter coyuntural de las causas que justifica todo ERTE, ex art. 47 E.T , difícilmente casa con una situación que se dice se debe a un marco normativo que no se ha alterado, en relación con las exigencias del cliente, que dicen derivadas, entre otras cosas, del menor tiempo empleado en los trayectos de los trenes con relación al pasado por la implantación de nuevas líneas de alta velocidad, datos estos que hacen que las supuestas causas sean estructurales y no coyunturales, lo que hace que, además, el ERTE promovido no sea una medida idónea para superar las mismas".

Por todo ello, la sentencia recurrida estima este motivo de nulidad y declara que se vulneró el derecho de huelga.

3. Por lo que se refiere a la denunciada vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato USO, al no notificársele la decisión empresarial, la sentencia recurrida parte de las previsiones del artículo 47.1 ET y del artículo 20.6 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (en adelante, RD 1483/2012), así como de las SSTS 29 de noviembre de 2014 (rec. 183/2014) y 23 de septiembre de 2015 (rec. 64/2015), que, analizando el artículo 51.2 ET y el artículo 12.1 RD 1483/2012, declaran la nulidad del despido colectivo en el que no se llegó acuerdo en el periodo de consultas y la empresa no comunicó su decisión final a los representantes de los trabajadores.

La sentencia recurrida considera que la doctrina de las SSTS citadas es "extrapolable" a los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada, por lo que la ausencia de comunicación de la decisión final empresarial a USO no solo "vicia de nulidad" el despido colectivo, sino que lesiona el derecho de libertad sindical de USO, toda vez que, en primer lugar, la comisión negociadora se constituyó por secciones sindicales, por lo que a todas ellas la empresa debía comunicar su decisión final, siendo irrelevante que la comisión negociadora se configurase como "órgano colegiado". Y, en segundo lugar, la falta de comunicación de la decisión empresarial priva a USO de información esencial y limita su capacidad de impugnar aquella decisión, entrañando, un trato discriminatorio e injustificado para USO.

4. La sentencia recurrida rechaza, por el contrario, la alegada vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por los criterios de selección establecidos en el ERTE.

También rechaza la sentencia recurrida que la empresa hubiera incumplido los deberes de información y de entrega de documentación. Sobre el hecho de que el informe técnico lo hubiera elaborado una trabajadora de la empresa, la sentencia recurrida afirma que legalmente no se establece que "deba ser elaborado por profesionales ajenos al empresario, sin perjuicio, de que la concreta persona del autor, pueda tener relevancia, tanto en sede del periodo de consultas, como en el ulterior proceso judicial, a la hora de ponderar su valor probatorio respecto de la realidad que expone, y que las posibles dudas sobre su parcialidad". En el caso, además, "nada se objetó la autoría del referido informe por la parte social" durante el periodo de consultas, por lo que hacerlo durante el proceso -entiende la sentencia recurrida- es contrario a la buena fe.

5. La sentencia recurrida estima las demandas y declara "nula la medida empresarial impugnada consistente en la reducción de jornada desde 1 de abril de 2017 a 31 de marzo de 2019, condenando expresamente a (la empresa) a la restitución en el disfrute de jornada completa de los trabajadores afectados y al abono económico a los mismos de las reducciones salariales y de conceptos extrasalariales efectuadas por la aplicación de la medida impugnada".

TERCERO. El recurso de casación, sus impugnaciones y el informe del Ministerio Fiscal

1. La empresa recurre en casación la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 93/2017, de 23 de junio de 2017 (proc. 125/2017).

a) El primer motivo del recurso se formula al amparo del artículo 207 c) LRJS, en relación con el artículo 24.1 CE, al entender que la sentencia recurrida incurre en un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

El recurso señala que si la vía del artículo 207 c) LRJS no fuera la más adecuada, la Sala la reconduzca, atendiendo a la necesaria protección del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha de prevalecer sobre el formalismo.

El recurso entiende que se ha causado indefensión a la empresa por haberse declarado la nulidad de la medida colectiva sin haber entrado a analizar la causa que la fundamenta y sin comprobar, por tanto, si la causa concurría y si era proporcional y estaba justificada.



El recurso no discute que se aportaran indicios que trasladaron la carga de la prueba a la empresa, pero entiende que dichos indicios fueron convenientemente rebatidos y desvirtuados, constando acreditado -se afirma- que los sindicatos no pusieron en duda la existencia de la causa, causa que concurre -se concluye- "de forma irrefutable".

El recurso afirma que la medida empresarial no es reactiva a la convocatoria de huelga, sino precisamente la constatación de "la ausencia absoluta de voluntad en la parte social de encontrar soluciones consensuadas"; habiéndose agotado "todas las posibilidades que había de solucionar consensuadamente la cuestión" -se concluye- la empresa no tiene "más remedio" que acudir al ERTE para solucionar esa cuestión.

El recurso solicita que se devuelvan las actuaciones a la Audiencia Nacional para que dicte nueva sentencia entrando a conocer del fondo del asunto.

b) El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 207 e) LRJS y denuncia la infracción de los artículos 20.6 y 27.1 RD 1483/2012.

El recurso parte de que la comisión negociadora se constituyó como órgano colegiado y afirma que en ningún caso se establece que haya que comunicar la decisión empresarial a todas y cada uno de las organizaciones sindicales.

2. El recurso de casación ha sido impugnado por los sindicatos, USO, CC.OO, UGT y CGT, habiendo presentado cada uno de ellos su propio escrito de impugnación.

3. El Ministerio Fiscal solicita en su informe la desestimación del recurso de casación.

CUARTO. La inexistencia de vulneración del artículo 24.1 CE y la vulneración del artículo 28.2 CE

1. Como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, el primer motivo del recurso de casación se formula al amparo del artículo 207 c) LRJS, en relación con el artículo 24.1 CE, al entender que la sentencia recurrida incurre en un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. Asimismo, se ha expuesto que el recurso solicita que, si la vía del artículo 207 c) LRJS no se estimada adecuada, la Sala la reconduzca, atendiendo a la necesaria protección del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha de prevalecer sobre el formalismo. En todo caso, en este primer motivo lo que denuncia la empresa recurrente es que se le ha causado indefensión por haberse declarado la nulidad de la medida colectiva (el ERTE de reducción de jornada) sin haber entrado a analizar la causa que la fundamenta y sin comprobar, por tanto, si la causa concurría y si era proporcional y estaba justificada.

La empresa entiende que se le ha causado indefensión y cita en este sentido el artículo 24.1 CE que, en efecto, reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, "sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Por otro lado, el recurso de casación no menciona expresamente el artículo 181.2 LRJS sobre distribución de la carga de la prueba. En este contexto, la denuncia es, más bien, de infracción de normas jurídicas [artículo 207 e) LRJS], concretamente del artículo 24.1 CE. En todo caso, nada de lo anterior ha causado indefensión a las partes recurridas, pues está clara la queja de la empresa (la denunciada ausencia de examen por la sentencia recurrida de la concurrencia de la causa del ERTE y de su proporcionalidad) y han podido alegar sobre ella en sus escritos de impugnación.

2. El recurso de casación no discute que los sindicatos demandantes ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (partes recurridas en el presente recurso) presentaron indicios de la posible vulneración del derecho de huelga (artículo 28.2 CE), lo que tiene como consecuencia -reconoce el recurso- que la carga de la prueba se trasladó a la empresa. Lo que alega el recurso es los que indicios aportados quedaron rebatidos y desvirtuados por la razón de que la causa del ERTE concurre, concurrencia de la causa que no se puso en duda -afirma la empresa- por los sindicatos.

Recogiendo una consolidada doctrina constitucional sobre la importancia de las reglas de distribución de la carga probatoria, que tiene su origen en la pionera STC 38/1981, de 23 de noviembre, el artículo 181.2 LRJS establece que, "en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

En el presente caso, es claro que concurrían indicios de la vulneración del derecho fundamental de huelga. Como se ha recogido en el fundamento de derecho primero, la parte social anunció el 31 de enero de 2017 que ese día iba a presentar ante el SIMA una papeleta de acto de mediación previa a la convocatoria de huelga. Muy pocos días después, concretamente el 3 de febrero de 2017, la empresa comunica a la parte social que era su intención iniciar un ERTE. La conexión temporal entre la huelga (cuya promoción se anuncia el 31 de



enero de 2017) y la decisión empresarial de promover un ERTE (lo que comunica el 3 de febrero de 2017) no puede ser más clara.

Pero, como ya se ha dicho, el recurso de casación no discute que concurrieran indicios. Lo que alega es que esos indicios fueron desvirtuados por la empresa probando que existían causas para promover el ERTE y que lo que le causó indefensión fue, precisamente, que la sentencia recurrida no entrara a analizar si concurrían esas causas.

Esta es la alegación que tenemos que examinar.

3. De conformidad con la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, lo que en supuestos como el presente tiene que acreditar la entidad empleadora es que la medida empresarial (en nuestro caso, el ERTE) está desligada y es por completo ajena al ejercicio del derecho fundamental (en nuestro caso, el de huelga), de manera que, razonablemente, aquella medida se habría promovido por la empresa en todo caso, esto es, aunque no se hubiera anunciado una huelga.

En la gráfica expresión de la STC 104/1987, de 17 de junio, en un supuesto de despido lesivo de la libertad sindical, "el Tribunal ha de llegar a la convicción no de que el despido "no es absolutamente extraño" a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta de carácter antisindical, de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso".

O como afirma, más recientemente, la STC 183/2015, de 10 de septiembre, y no sin antes advertir que "no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de (las) facultades legales" que tiene el empresario a su disposición, "lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido".

Y lo que ocurre en el presente caso es que la sentencia recurrida, no solo no muestra su convicción de que ello ha sido así, sino que expresa su convicción de que la decisión empresarial es una reacción al anuncio de que se iba a convocar una huelga.

Son dos las razones principales de esta convicción expresada por la sentencia recurrida. En primer lugar, que las causas en las que la empresa funda el ERTE (básicamente, desajustes organizativos en materia de jornada) concurrían -para la propia empresa- en junio de 2014, desde los primeros meses de desarrollo de la contrata, y sin embargo el ERTE se promueve en 2017, muy pocos días después del anuncio de la huelga. Para la sentencia recurrida lo que no acredita la empresa es la necesidad de adoptar la medida en "ese momento concreto", esto es, en 2017, cuando la supuesta necesidad empresarial existía desde 2014 y la medida empresarial se anuncia muy pocos días después del anuncio de la huelga.

La segunda razón en la que se funda la sentencia recurrida es que, por su propia naturaleza, el ERTE atiende situaciones coyunturales y no estructurales y, para la sentencia recurrida, las causas esgrimidas por la empresa son "estructurales y no coyunturales", lo que hace que el ERTE promovido "no sea una medida idónea para superar las mismas". Además de que es cierto que el ERTE es una medida temporal que pretende superar una situación "coyuntural" (artículo 16.3 RD 1483/2012), esta segunda razón en la que se fundamenta la sentencia recurrida hace ver que, frente a lo que alega el recurso de casación, la sentencia sí analiza las causas esgrimidas en el ERTE, concluyendo que, de conformidad con el propio razonamiento empresarial, son estructurales y no coyunturales. Igualmente, la sentencia recurrida hace una valoración de las causas esgrimidas por la empresa para el ERTE, cuando afirma que tales causas existían desde 2014 y solo se promueve el ERTE cuando se anuncia la huelga.

Es verdad que, como se ha dejado constancia en el fundamento de derecho primero, la memoria explicativa del ERTE expone que se prefirió adoptar una medida temporal (el ERTE) y no una medida definitiva (la modificación sustancial de las condiciones de trabajo), por entender que esta segunda es "más agresiva" y afectaría a "la totalidad de la plantilla" y no a "un colectivo mucho menor". Pero lo cierto es que el propio razonamiento del recurso de casación dificulta desligar la presentación del ERTE del previo anuncio de la huelga, toda vez que, como hemos recogido en el fundamento de derecho primero, el recurso afirma que la empresa no tuvo "más remedio" que acudir al ERTE una vez que se constató "la ausencia absoluta de voluntad en la parte social de encontrar soluciones consensuadas" y una vez agotadas "todas las posibilidades que había de solucionar consensuadamente la cuestión".

La jurisprudencia de esta Sala parte del amplio margen de apreciación que tienen los órganos jurisdiccionales de instancia ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria. Y, aunque este margen no es absoluto ni está exento del control por parte de esta Sala dentro de las correspondientes previsiones legales, lo cierto es que, con el panorama que se ha descrito y de conformidad con lo razonado, en modo alguno puede calificarse



de irracional o de ilógica la inferencia y la convicción expresadas por la sentencia recurrida de que la medida empresarial del ERTE no se puede desconectar del ejercicio del derecho fundamental de huelga.

4. Lo ocurrido en el presente caso guarda semejanza con los supuestos analizados por nuestras sentencias, todas ellas del Pleno, de 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013) -citada ampliamente por la sentencia recurrida-, 23 de febrero de 2015 (rec. 255/2013) y 24 de febrero de 2015 (rec. 124/2014), resoluciones estas en las que esta Sala entendió que debía de confirmar el "nexo causal" apreciado por los órganos jurisdiccionales de instancia en el sentido de que, "valorando la totalidad de la prueba practicada", el despido colectivo promovido por las entidades empresariales fue consecuencia y una reacción al ejercicio del derecho fundamental de huelga. Incluso para la previa STS 20 de septiembre de 2013 - anulada por el ATS 26 de marzo de 2014, lo que dio lugar a la posterior y ya citada STS 18 de julio de 2014-, la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo anunciado, a raíz de la declaración de huelga en los centros de trabajo afectados, vulneraba el derecho fundamental.

Como recuerda la STS 20 de abril de 2015 (también del Pleno, rec. 354/2014), "en el específico ámbito del despido colectivo, el derecho de huelga y sus límites en relación con la calificación de esa medida empresarial ha sido analizado por esta Sala en tres ocasiones, todas ellas distintas a la que en el presente motivo del recurso exponemos: a) La primera de ellas es la STS 18 de julio de 2014 (rec. 11/2013, Celsa Atlantic) en la que se decide que la medida extintiva de todos los contratos de trabajo de los centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina, que supusieron su cierre, constituyó una vulneración de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical por ser una directa respuesta, una reacción frente a la declaración y decisión colectiva de secundar una huelga indefinida, tras el fracaso de las previas negociaciones tendentes a modificar condiciones de trabajo y a amortizar solamente 91 puestos de trabajo en dichos centros, lo que motivó la declaración de nulidad del despido colectivo; b) la segunda es la STS de 23 de febrero de 2015 (rec. 255/13), en la que se declara el despido nulo de la totalidad plantilla (46 trabajadores) por aparecer ese despido como represalia directa ante la convocatoria de huelga motivada por la falta de pago de salarios; y c) la tercera es la STS 24 de febrero de 2015 (rec. 124/14) referida al mismo grupo de empresas y con nulidad del despido colectivo por las mismas razones".

Conviene destacar que estas sentencias afirman que la lesión del derecho de huelga se puede producir "aun cuando no concurriera intencionalidad lesiva" (dice la STS 23 de febrero de 2015, citando al órgano jurisdiccional de instancia) o "con independencia de la intencionalidad empresarial" (STS 20 de abril de 2015). En el mismo sentido, la citada STC 183/2015, de 10 de septiembre, hace referencia a que "ante un indicio de lesión, la carga de la prueba del empresario debe estar dirigida a demostrar que su decisión de naturaleza económica (en el presente caso con efectos extintivos) no queda ni intencional ni objetivamente asociada al factor protegido (en el caso, no el derecho de huelga, sino el previo ejercicio del derecho a la tutela judicial y la garantía de indemnidad de la trabajadora)". Y lo que ocurrió en el supuesto examinado por la STC 183/2015, de 10 de septiembre, fue, precisamente, que el TC compartió la conclusión de la sentencia recurrida en amparo en el sentido de que, en el caso, el "panorama indiciario aportado por la trabajadora" había quedado "desvirtuado".

5. De conformidad con lo razonado, se desestima el primer motivo del recurso de casación.

QUINTO. La vulneración del artículo 28.1 CE

1. El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 207 e) LRJS y denuncia la infracción de los artículos 20.6 y 27.1 RD 1483/2012.

El recurso parte de que la comisión negociadora se constituyó como órgano colegiado y afirma que en ningún caso se establece que haya que comunicar la decisión empresarial a todas y cada uno de las organizaciones sindicales.

2. Como se ha recogido con mayor detalle en el fundamento de derecho segundo, la sentencia recurrida considera lesionado el derecho de libertad sindical de USO porque, en primer lugar, la comisión negociadora se constituyó por secciones sindicales, por lo que a todas ellas la empresa debía comunicar su decisión final, siendo irrelevante que la comisión negociadora se configurase como "órgano colegiado". Y, en segundo lugar, porque la falta de comunicación de la decisión empresarial priva a USO de información esencial y limita su capacidad de impugnar aquella decisión, entrañando, un trato discriminatorio e injustificado para USO.

3. Tampoco resulta posible discrepar de la apreciación de la sentencia recurrida en el sentido de que la ausencia de comunicación a USO de la decisión final empresarial del ERTE lesionó su derecho de libertad sindical.

Hemos de partir del hecho probado de que la comisión negociadora del ERTE se constituyó por secciones sindicales, hecho cuya modificación no se ha solicitado en el presente recurso. También declara probado la sentencia recurrida que la empresa comunicó su decisión de aplicar el ERTE de reducción de jornada a todas



las secciones sindicales con presencia en la comisión negociadora, excepto a la de USO, sin que tampoco se haya pretendido modificar este hecho.

Y es este trato diferenciador, distinto y peyorativo a USO, sobre el que no se proporcionó ninguna justificación, lo que conduce con claridad a apreciar que se vulneró su derecho de libertad sindical por las razones que expresa la sentencia recurrida.

4. Por lo que se refiere a los artículos 20.6 y 27.1 RD 1483/2012, cuya vulneración denuncia el recurso, además de que no consta que la empresa comunicara su decisión final a la comisión negociadora del ERTE, lo que sí se ha declarado probado es que la empresa comunicó su decisión final a todas las secciones sindicales que formaban parte de la comisión negociadora, menos a USO. Y es esta desconsideración diferenciadora en perjuicio de USO la que ha de considerarse lesiva de su derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE).

SEXTO. La desestimación del recurso de casación

1. De acuerdo con lo todo lo anteriormente razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.
2. De conformidad con el artículo 235.2 LRJS, cada parte asumirá sus costas.
3. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir (artículo 228.3 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por FERROVIAL SERVICIOS, S.A., representada y asistida por el letrado D. Óscar Muela Gijón, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 93/2017, de 23 de junio de 2017 (proc. 125/2017), estimatoria de las demandas.
2. Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 93/2017, de 23 de junio de 2017 (proc. 125/2017).
3. Sin costas.
4. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.