



Roj: **SAN 5524/2012 - ECLI:ES:AN:2012:5524**

Id Cendoj: **28079240012012100207**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2012**

Nº de Recurso: **174/2012**

Nº de Resolución: **116/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5524/2012,**
STS 3587/2014

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de octubre de dos mil doce.

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 174/12 seguido por demanda de FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (letrado D. Enrique Lillo) contra CREMONINI RAIL IBÉRICA, S.A. (letrado D.Manuel Alejandro Pino), FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN, TRANSPORTES Y MAR DE LA UGT (no comparece), CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES CGT (letrado D. Raúl Maillo), SINDICATO FERROVIARIO INTERSINDICAL (letrado D. Juan Durán fuentes) y MINISTERIO FISCAL sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 29-06-2012 se presentó demanda por FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS contra CREMONINI RAIL IBÉRICA, S.A., FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN, TRANSPORTES Y MAR DE LA UGT, CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES CGT, SINDICATO FERROVIARIO INTERSINDICAL y MINISTERIO FISCAL sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 27-09-2012 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 SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde ahora) ratificó su demanda de conflicto colectivo, pretendiendo se dicte sentencia por la que se declare nula la medida empresarial impugnada consistente en la reducción de jornada desde 1 de julio de 2012 a 30 de noviembre



de 2013 o subsidiariamente se declare improcedente la medida impugnada, con condena 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.

Denunció, en primer lugar, que la empresa demandada no aportó la auditoría de cuentas de 2011, ni las previsiones para el año 2012, no habiendo aportado tampoco las cuentas consolidadas del grupo empresarial, al que pertenece, no presentando tampoco el contrato programa suscrito con RENFE, lo que había impedido una negociación efectiva durante el período de consultas.

Negó, por otra parte, que concurra causa económica o productiva, subrayando, a estos efectos, que la inflexibilidad, que ahora se predica del III Convenio de Cremonini respecto del IV Convenio de dicha mercantil (extraestatutario), se negó en el pleito precedente, habiéndose entendido por la Sala en sentencia de 21-09-2012, recaída en el procedimiento 71/2012, que el régimen de jornada y descansos del segundo no era peyorativo respecto del primero.

Defendió, por tanto, que la causa real del expediente de reducción de jornada, promovido por la empresa demandada, era una represalia contra los trabajadores, que se negaron a adherirse al IV Convenio, siendo revelador que se expulsara del expediente a los trabajadores, que se adherieron a última hora al IV Convenio. - Mantuvo, por tanto, que la medida empresarial vulneró lo dispuesto en el art. 28.1 CE, en relación con los arts. 4.2.6 y 17 ET y el art. 12 LOLS.

Defendió, por otro lado, que la medida discriminaba esencialmente a las trabajadoras, que fueron afectadas masivamente por el ERE, sin que concurra causa justificativa razonable.

Denunció finalmente, que se vulneraba su derecho a la indemnidad, puesto que se penalizaba injustificadamente a los trabajadores, que impugnaron judicialmente el IV Convenio de la demandada.

CREMONINI RAIL IBÉRICA (CRI desde ahora) se opuso a la demanda, señalando que la empresa había crecido, al subrogarse en los contratos de trabajo de la anterior concesionaria del servicio (WAGONS LITS) en 2000 trabajadores aproximadamente, lo que supuso inicialmente que las relaciones en la empresa se rigieran por dos convenios (III Convenio de WL y III Convenio de CRI), lo que provocó múltiples problemas organizativos para su funcionamiento eficiente.

Apuntó, por otro lado, que las expectativas, generadas por la adjudicación del servicio, se habían visto frustradas, pasando de unos beneficios de + - 2.5 MM euros en 2009, a unas pérdidas de + - 14.5 MM euros en 2010 y de + - 7.5 MM euros en 2011, provocadas por la reducción de los servicios encargados por RENFE y el incremento geométrico de los gastos, aunque admitió que tiene un crédito litigioso contra RENFE, causado por diversos problemas referidos al anterior concesionario, cuyo buen fin aliviaría sustancialmente la situación, aunque recalcó que se trata de un crédito dudoso, cuya consecución, caso de concluir positivamente, se producirá en un futuro lejano.

Señaló, por lo demás, que la empresa obtuvo un préstamo de 9 MM euros de su matriz, se ha visto obligada a aplazar cotizaciones a la SS, por un importe de 5 MM euros, habiendo tomado otras medidas para la reducción de costes, como el cierre de sedes, el ajuste de compras y sobre todo la suscripción del IV Convenio con la finalidad de racionalizar el funcionamiento de la empresa. - Destacó, a estos efectos, que la adhesión al IV Convenio alcanza al 75% de la plantilla, quedando fuera 314 trabajadores, a quienes se aplica el convenio de WL y 265 trabajadores, a quienes se aplica el convenio de CRI.

Destacó, que los trabajadores de CRI tienen un régimen de jornada, regulado en los arts. 40 y siguientes del III Convenio, que impide utilizarles en los viajes de larga distancia, lo que supone que solo cubran una jornada mensual media de 138 horas, cuando se les abonan 163 horas mensuales, lo que obliga a contratar trabajadores temporales y contribuye a profundizar la crisis económica de la empresa. - Subsanan dicha situación es el objetivo del ERE, cuya ejecución permitirá reducir 1.100.000 euros de pérdidas.

Señaló, que la medida es temporal, hasta que finalice el contrato con RENFE y desmintió que sea el anticipo de ningún despido colectivo, puesto que en el sector se activa habitualmente el mecanismo de subrogación por la nueva concesionaria. - Negó la realización de horas extraordinarias, salvo las causadas por circunstancias imprevistas, como retrasos de los trenes.

Se opuso a la concurrencia de discriminación antisindical, causada por la no adhesión al IV Convenio, porque la medida no afecta a los trabajadores, a quienes se aplica el convenio de WL, ni tampoco a los trabajadores de CRI con jornada reducida, lo cual desmiente frontalmente cualquier indicio de discriminación por dicha causa.



Negó, del mismo modo, que se haya producido discriminación por razón de género, puesto que si la mayoría de los trabajadores de servicio a bordo son mujeres es absolutamente razonable que el ERE afecte a más mujeres que a hombres.

Negó finalmente que se haya producido vulneración del derecho a la indemnidad, aunque señaló que era la primera vez que se denunciaba dicho extremo, que carecía de cualquier fundamento.

El SINDICATO FERROVIARIO INTERSINDICAL (SF desde aquí) se adhirió a la demanda.

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde ahora) se adhirió a la demanda, salvo en lo que se refiere a la discriminación por no adhesión al IV Convenio.

El MINISTERIO FISCAL defendió, que la medida empresarial vulneraba el derecho a la libertad sindical de CCOO, puesto que penalizaba, sin causa, a quienes no se adhirieron al IV Convenio de CRI. - Defendió, del mismo modo, la concurrencia de indicios de vulneración del derecho de igualdad de las trabajadoras afectadas, cuyo número es muy superior al de trabajadores, sin que la empresa haya demostrado criterios razonables y proporcionados, que justifiquen dicho trato diferenciado.

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:

1.- La empresa en 2009 tuvo 2.500 € de beneficios. En 2010 tuvo 14.500.000 € de pérdidas y en 2011 7.500.000 € de pérdidas.

2.- En inicio de la negociación la empresa presenta copias auditadas.

3.- Hay un servicio con prestaciones con la aportación de tripulación y por la que se factura, la previsión de beneficios fue de 104.000€ y los beneficios reales fueron de 85.692 € en 2011. Por el servicio sin prestaciones que obligan a tener a una persona en la cafetería y por las que no se facturan las previsiones eran 8.300 € y resultaron 11.664 €.

4.- De 22 millones de € previstos de ingresos solo se obtuvieron 17.400.000 € en el servicio con prestaciones en 2010.

5.- En el servicio sin prestaciones en 2010 los ingresos previstos 1.400.000 €.

6.- En 2011 en servicio con prestación habría un ingreso previsto de 115.127 € y el real fue de 89.795.

7.- Hay cantidades de gastos discutidos con RENFE.

8.- Cremonini tiene problemas de tesorería con deficit de 6.400.000 €.

9.- La empresa pidió un préstamo a la empresa matriz de 9 millones de euros, pidió un aplazamiento de cuotas a la Seguridad Social de cinco millones de euros. La empresa ha intentado reducir gastos cambiando sedes etc.,

10.- El promedio de horas trabajadas se hizo entre 21,33 días de trabajo al mes entre 163 horas, cada trabajador tendría que hacer 7,76% horas de promedio.

11.- Los afectados por el III Convenio de Cremonini no cumplen los 163 días de trabajo efectivo al mes.

12.- El promedio de trabajo efectivo es de 138 horas al mes.

13.- La medida adoptada por la empresa supone un ahorro de 1.100.000 €.

14.- No se han hecho horas extras solo en casos concretos cuando ha habido retrasos.

15.- Se ha reducido el número de contratos eventuales.

16.- Los jefes de tripulación adheridos hacen jornada en AVE y larga distancia, hacen más jornada.

Son hechos pacíficos

1.- La empresa sólo tiene como cliente a RENFE.

2.- Hay una reclamación judicial de Cremonini contra RENFE.

3.- Se ha adherido al IV convenio extraestatutario un 75% de la plantilla, los afectados por el III convenio de Cremonini 265 personas y 314 por el convenio de Wagons-lits.

4.- No se han incluido en el ERTE 26 trabajadores que tiene jornada reducida, sin perjuicio de que si lo estaban inicialmente.

5.- Tampoco se han incluido los trabajadores que provienen de Wagons-lits.



6.- La mayoría de trabajadores que prestan servicio a bordo son mujeres.

Sexto . - El 27-09-2012 se acordó, como diligencia final, oficiar a la Dirección General de Empleo, para que remitiera el expediente administrativo de reducción de jornada, promovido por CRI, que se incorporó a los autos el 8-10-2012.

El 11-10-2012 se notificó a las partes, concediéndoles un plazo de cuatro días para que realizaran alegaciones, que se realizaron únicamente por CCOO.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - Que el sindicato promotor del conflicto colectivo es ampliamente mayoritario en la empresa Cremonini y en el principal centro de trabajo donde prestan servicios 192 trabajadores afectados, que es el centro de operaciones de Atocha, en el que recientemente se han celebrado elecciones sindicales y CC.OO. ha obtenido 7 delegados de 13, mayoría absoluta.

Asimismo, CC.OO. tiene mayoría en el otro centro de trabajo implicado, que es Barcelona, donde hay 7 afectados, así como en Sevilla donde hay 1 y en Alicante que hay dos.

SEGUNDO . - CREMONINI es la adjudicataria de un contrato de servicios, suscrito con RENFE OPERADORA, que es su único cliente en España, habiendo sucedido a la empresa WAGONS LITS, que era la anterior adjudicataria del servicio mencionado. - Dicha mercantil está integrada en el grupo italiano, denominado GRUPPO CREMONINI, SPA, domiciliado en Castelvetro di Módena (Italia), cuyas actividades en España se limitan al contrato suscrito con RENFE por la empresa demandada.

El 13-11-2009 la empresa demandada suscribió con los representantes de los trabajadores un acta, que obra en autos y se tiene por reproducida, mediante la que se acordaron las condiciones de subrogación contractual, comprometiéndose la empresa a respetar los derechos disfrutados por los trabajadores provenientes de WL.

La empresa Wagons-Lits tenía su propio convenio de empresa, publicado en el BOE de 23-08-2008, cuya vigencia finalizó 31 de diciembre de 2011, habiéndose denunciado por la empresa el 30-09-2010.

TERCERO . - Los trabajadores, pertenecientes a la plantilla de CREMONINI, rigen 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 8-10-2009, cuya vigencia concluyó el 31-12-2010.

CUARTO . - El 30-03-2011 se constituyó la comisión negociadora del IV Convenio de la empresa demandada, en la que participaron las secciones sindicales de CCOO, UGT y CGT, aunque los trabajos se desarrollaron en una comisión más restringida, en la que estaban representadas las secciones sindicales mencionadas.

Las comisiones concluyeron su trabajo y redactaron un preacuerdo, que se presentó al pleno de la comisión negociadora el 9-02-2012, el cual se suscribió únicamente por la empresa demandada y por UGT y CGT

El denominado IV Convenio de la empresa demandada obra en autos y se tiene por reproducido.

QUINTO . - El 10-02-2012 la empresa y las secciones sindicales firmantes suscribieron un acta, que obra en autos y se tiene por reproducida, mediante la que acordaron ofertar a todos los trabajadores la adhesión al convenio, entendiéndose que se adherían salvo manifestación expresa y personal en contrario.

SEXTO . - El mismo día la empresa notificó a todos los trabajadores la comunicación siguiente:

"El día 9 de febrero de 2012 se ha firmado con UGT y CGT un Convenio Colectivo para los años 2013/2015, de cuyo contenido le suponemos informado y sobre el que, en cualquier caso, puede pedir cuantas aclaraciones desee a los responsables de su Centro de Trabajo o, en su defecto, al Departamento de Recursos Humanos de la empresa. Así mismo le trasladamos que, si así lo desea, podía acceder al texto completo del citado Convenio Colectivo a través del enlace correspondiente dentro de la página web: www.cremonini.es; o, incluso solicitar su envío a través de correo electrónico dirigido a la Dirección de Recursos Humanos (email' LDSeleccionyformacion@cremonini.es)

Dado que entendemos que el Convenio firmado es claramente positivo tanto para el conjunto de trabajadores como para la empresa, si antes del próximo día 28 de febrero de 2012 no se hubiera entregado a la persona responsable de cada centro o base o, en su defecto, en el Departamento de Recursos Humanos de esta Empresa, comunicación escrita debidamente firmada por Usted, manifestando expresamente su deseo de que no se le aplique el referido Convenio, se entenderá que lo acepta y en consecuencia, se le aplicará íntegramente en los términos previstos en su texto.

Atentamente" .

SÉPTIMO . - El 75% de la plantilla de CREMONINI se ha adherido al IV Convenio de CRI, quedando fuera del mismo 314 trabajadores, a quienes se aplica el convenio de WL y 265 trabajadores, a quienes se aplica el III Convenio de CRI. - La mayoría de las personas no adheridas al IV Convenio, que regulan sus relaciones laborales por el III Convenio de CRI, son mujeres.

OCTAVO . - El 30 de mayo pasado la empresa demandada notificó por escrito a los representantes de los trabajadores su intención de iniciar un período de consultas, cuyo objetivo era reducir jornada del personal de servicio a bordo, que está acogido al III Convenio de CRI, mediante carta que obra en autos y se tiene por reproducida.

NOVENO . - El 30-05-2012 notificó el comienzo del período de consultas a la Dirección General de Empleo, quien abrió expediente administrativo nº 287/2012, que obra en autos y se tiene por reproducido. - El 21-06-2012 se emitió informe de la Inspección de trabajo, que obra en autos y se tiene por reproducido.

DÉCIMO . - El 30-05-2012 se inició el período de consultas del expediente de reducción de jornada, aportándose por la empresa demandada una memoria, que obra en autos y se tiene por reproducida. - Junto con la memoria se anexaron los documentos siguientes:

Anexo 1.- Informe de Auditoría - Cuentas anuales e Informe de Gestión correspondientes al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2.010.

Anexo 2.- Cuentas anuales e Informe de Gestión correspondientes al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2.011.

Anexo 3.- Cuenta de resultados 1º Trimestre 2.012.

Anexo 4.- III Convenio Colectivo de Cremonini Rail Ibérica, S.A.

Anexo 5.- III Convenio Colectivo de Cremonini Rail Ibérica, S.A., tablas salariales definitivas 2.009 y provisionales 2.010.

Anexo 6.- Acuerdo fin de huelga y tablas salariales definitivas de 2.010 de Cremonini Rail Ibérica y Wagons - Lits.

Anexo 7.- Convenio Colectivo para la empresa "Compañía Internacional de Coches-Camas y Turismo, S.A." 1.999 - 2.001.

Anexo 8.- Convenio Colectivo para la empresa "Compañía Internacional de Coches-Camas y Turismo, S.A." 2.002 - 2.004.

Anexo 9.- Convenio Colectivo para la empresa "Compañía Internacional de Coches-Camas y Turismo, S.A." 2.005 - 2.006.

Anexo 10.- Convenio Colectivo para la empresa "Compañía Internacional de Coches-Camas y Turismo, S.A." 2.007.

Anexo 11.- Convenio Colectivo para la empresa "Compañía Internacional de Coches-Camas y Turismo, S.A." 2.008 - 2.011.

Anexo 12.- Acta de firma del IV Convenio Colectivo Extraestatutario de Cremonini Rail Ibérica, S.A.

Anexo 13.- IV Convenio Colectivo Extraestatutario de Cremonini Rail Ibérica, S.A.

Anexo 14.- Modelo de carta de fecha 10/2/2.012 remitida por la Compañía a toda la plantilla informando sobre la firma del IV Convenio Colectivo Extraestatutario de Cremonini Rail Ibérica, S.A.

Anexo 15.- Modelo de carta de fecha 20/4/2.012 remitida por la Compañía a todo el personal no adherido al IV Convenio Colectivo Extraestatutario de Cremonini Rail Ibérica, S.A., concediendo un plazo extraordinario de adhesión con devengo de paga extra de marzo.

Anexo 16.- Comunicados de la Compañía de fechas 9 y 24/2/2012 y 26/3/2012.

Anexo 17.- Programación de enero a marzo de 2.012.

Anexo 18.- Resumen eficiencias de jornada.

Anexo 19.- Programación de abril y mayo de 2.012.

Anexo 20.- Valoración económica del expediente de reducción de jornada y salario.

Anexo 21.- Listado afectados por el expediente de reducción de jornada y salario.



UNDÉCIMO . -UGT y CGT, quienes se opusieron al expediente, solicitaron a la empresa el 5-06-2012, que permitiera una adhesión extraordinaria al IV Convenio. - Dicha sugerencia se admitió por CRI el 7-06-2012, quien se dirigió a los trabajadores para ofertarles una adhesión extraordinaria al IV Convenio de CRI. - Los trabajadores, que se adhirieron extraordinariamente al IV Convenio, fueron excluidos del ERTE.

DUODÉCIMO . - El 7-06-2012 se celebró la segunda reunión del período de consultas, levantándose acta, que obra en autos y se tiene por reproducida. - CCOO requirió la documentación siguiente:

1. Pliego de Condiciones Particulares del contrato de adjudicación de la prestación de los servicios de restauración y atención al cliente a bordo de trenes AVE-Larga Distancia de Renfe-Operadora, marzo de 2009.
2. Contrato de adjudicación de dicho Servicio de Restauración obtenido por Cremonini en diciembre de 2009.
3. Datos económicos del Grupo de Empresas en las que está integrada Cremonini Rail Ibérica.
4. Auditoria de las cuentas del año 2011. Las cuentas de este año no se presentan auditadas, debiendo estarlo.
5. -Desglose de los gastos en Servicios Exteriores. La nota 13.4 no aporta información suficiente, especialmente en cuanto a Servicios profesionales independientes y en cuanto a Publicidad, propaganda y relaciones públicas.
6. - Presupuestos realizados para el año 2012, se citan pero no se adjuntan.

La empresa contestó el 11-06-2012, que el contrato con RENFE no podía entregarse, pero que estaba a disposición de los representantes de los trabajadores, manifestando, que no disponía todavía de la auditoria de cuentas del ejercicio 2011, cuya gestación estaba en manos del auditor. - El 14-06-2012 entregó a los representantes unitarios y sindicales la auditoria del ejercicio 2011.

DÉCIMO TERCERO . - Obran en autos y se tienen por reproducidos múltiples escritos de alegaciones, realizados por los sindicatos.

DÉCIMO CUARTO . - El 14-06-2012 se celebró la tercera reunión del período de consultas, que se cerró sin acuerdo, levantándose acta que obra en autos y se tiene por reproducida.

DÉCIMO QUINTO . - La empresa demandada notificó la conclusión del período de consultas a la Autoridad Laboral y notificó su decisión a los trabajadores afectados, cuyo número asciende a 192 en Madrid; 7 en Barcelona; 1 en Sevilla y 2 en Alicante. - La mayoría de los afectados son mujeres, a quienes se ha reducido su jornada mensual desde 163 horas hasta 138, 55 horas, lo cual equivale a una reducción del 15% de su jornada.

No obstante, la demandada accedió a excluir del expediente de reducción de jornada a 26 trabajadoras, que ya tenían jornada reducida, a iniciativa de la RLT.

DÉCIMO SEXTO . - La empresa demandada tuvo en el ejercicio 2009 unos beneficios de 2.224.027 euros. - En el ejercicio 2010 perdió 14.636.943 euros y en el ejercicio 2011 perdió 7.505.499 euros. - CREMONINI tiene un crédito litigioso frente a RENFE OPERADORA, cuyo importe asciende aproximadamente a 40.000.000 euros.

DÉCIMO SÉPTIMO . -En las programaciones de abril y mayo 2012 se programaron y realizaron jornadas que superan las 12 horas y jornadas que superan las 9 horas fundamentalmente cuando los trayectos de los trenes tienen ida y regreso en el mismo día. - De este modo, los tripulantes realizan jornadas diarias que exceden, en algunos casos, del límite máximo de 12 horas y, en otros, el límite de 9 horas diarias.

DÉCIMO OCTAVO . - Las programaciones de trenes de larga distancia obligan en muchas ocasiones a superar jornadas de 9 horas diarias de trabajo efectivo. - No consta acreditado, que los trabajadores cuyas relaciones laborales se regulan por el III Convenio de CREMONINI, realicen una jornada mensual de trabajo efectivo inferior a las 163 horas, previstas en su convenio. - Se ha acreditado, por el contrario, que han realizado horas extraordinarias antes y después del ERTE.

DÉCIMO NOVENO . - El 17-05-2012 la Sala dictó sentencia en el procedimiento 70/2012, en cuyo fallo se dijo lo siguiente:

"En la demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, interpuesta por CCOO y DON Jon Secretario Sección sindical Est. CC.OO, a la que se adhirieron Juan Antonio, Félix, Agustín, Borja, Eliseo, Justino, Tania, Rafael (representantes de CC.OO), desestimamos la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda, alegada por UGT y estimamos de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento respecto a la cuarta pretensión del suplico.

Desestimamos la demanda antes dicha y absolvemos a CREMONINI RAIL IBÉRICA, SA, a la UGT y a la CGT, así como a DON Remigio, DOÑA Esperanza, DON Carlos José y DON Pablo de los pedimentos de la demanda.



Se ordena extraer de los autos el documento 20 de CREMONINI (descripción 100 de autos) y se advierte a todos los litigantes, que no podrán utilizar los datos personales allí contenidos fuera del procedimiento" .

VIGÉSIMO . - El 21-09-2012 la Sala dictó sentencia en el procedimiento 71/2012, en cuyo fallo se dijo lo siguiente:

"Estimamos parcialmente la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO y anulamos los arts. 20 ; 22 ; 23 ; 36 en lo que se refiere únicamente al traslado forzoso; 64; 64.9, 101 y 107 del IV Convenio de CREMONINI y condenamos a CREMONINI RAIL IBÉRICA, SA; UGT; CGT y a Efrain , Yolanda , Sabino y Jose María a estar y pasar por dichas nulidades, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda" .

VIGÉSIMO PRIMERO . - El 29-06-2012 CCOO interpuso solicitud de mediación ante el SIMA.

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. - Los hechos primero a séptimo, décimo noveno y vigésimo no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .

b. - El octavo de la comunicación citada, que obra como documento 1 de CCOO (descripción 48 de autos), que fue reconocida de contrario.

c. - El noveno del expediente administrativo, que se incorporó a los autos en diligencia final, donde obra el informe de la Inspección de Trabajo, fechado el 21-06-2012.

d. - Los hechos décimo a décimo cuarto de las Actas del período de consultas, que obran como documento 3 de CCOO y 3.1 y 3.2 del ramo de CRI (descripciones 62 y 83 a 84 de autos), que fueron reconocidas por todos los litigantes.

e. - El décimo quinto del expediente administrativo ya citado. - Se desprende, así mismo, del acta que puso fin al período de consultas, que incluye el listado de afectados. - La exclusión del personal con jornada reducida es pacífica.

f. - El décimo sexto de las cuentas anuales de la empresa demandada, que se anexaron con la memoria y se entregaron a los representantes de los trabajadores al inicio del período de consultas, que tienen crédito para la Sala, aunque no se aportara inicialmente la auditoria del ejercicio 2011, puesto que se aportó el 14-06-2012 (descripción 83 de autos), cuando estuvo a disposición de la empresa, siendo coincidentes las cuentas con las entregadas al inicio del período de consultas. - Queremos destacar, a estos efectos, que la finalidad de los informes de auditoria, conforme dispone el art. 268 del RDL 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, es que el auditor compruebe que las cuentas, que audita ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio, no habiéndose defendido por CCOO y CGT, que dichos informes no se ajustaran a la realidad contable de la demandada, ya que se limitaron a desconocerlos. - La empresa demandada admitió pacíficamente la concurrencia de un crédito litigioso contra RENFE OPERADORA.

g. - El décimo séptimo del informe de la Inspección de Trabajo de 29-06-2012, que fue aportado en diligencia final, que tiene presunción de veracidad, que no ha sido destruida por ninguno de los litigantes.

h. - El décimo octavo es conforme, en lo que se refiere a la necesidad de realizar habitualmente jornadas de trabajo efectivo superiores a 9 horas diarias en los recorridos de larga distancia. - La empresa demandada, quien cargaba con la prueba de que los trabajadores afectados por el ERTE realizaban jornadas inferiores a su jornada mensual pactada convencionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC , intentó acreditarlo mediante los documentos 2.1 y 2.2 de su ramo (descripciones 81 y 82 de autos), así como los anexos 17 a 19 de la documentación aportada al comenzar el período de consultas, obrantes como documentos 2.4.4 a 2.5.5 (descripciones 55 a 60 de autos), que no fueron reconocidos de contrario, así como de la declaración testifical de doña Coro , responsable de programaciones de la empresa demandada, quien manifestó que los trabajadores, afectados por el ERTE, realizaban una media mensual de 138 horas.



- Los documentos citados, que recogen supuestamente los turnos de la empresa demandada, no permiten tener por probado, que los trabajadores, afectados por el ERTE, realizaron jornadas inferiores a las pactadas convencionalmente, porque se trata de documentos no reconocidos por CCOO, SFI y CGT, ni ratificados por sus autores, lo que impide dar por buena su condición de turnos oficiales de la empresa. - Queremos destacar, por otro lado, que su lectura no permite sacar conclusión alguna para quien no maneja habitualmente los turnos de la demandada y obligaría, en todo caso, a realizar cálculos complejos a la Sala, comprobando trabajador por trabajador, si realizaron o no la jornada controvertida mes por mes, lo que no corresponde al Tribunal, sino a la empresa, quien debió acreditarlo mediante el informe técnico, exigido por el art. 7.2 del RD 801/2011, de 10 de junio, que no obra entre la documentación aportada al inicio del período de consultas o, en su defecto, mediante una prueba pericial o de expertos. - Dicho informe tiene una finalidad probatoria de la concurrencia de las causas, a tenor con lo dispuesto en el art. 7.2 del Reglamento citado, que lo distingue claramente de la memoria, cuya finalidad es explicar las causas, siendo necesario especialmente en supuestos complejos, como el presente, en el que CCOO, SFI y CGT negaron expresamente que no se realizara la jornada mensual completa por los trabajadores afectados, entendiéndose por la Sala, que la declaración testifical de doña Coro, responsable de programaciones de la demandada, no tuvo entidad suficiente para acreditar que los 192 afectados no realizaban la jornada convenio, ya que se limitó a manifestarlo con carácter genérico, sin explicar, siquiera, el contenido de turnos y programaciones reiterados. - Por lo demás, la realización habitual de horas extraordinarias ha quedado demostrada, tanto por el informe de la Inspección de Trabajo de 29-06-2012, así como de los documentos, aportados por CCOO en el acto del juicio, que fueron reconocidos parcialmente por la empresa demandada y contradice, en todo caso, la generalización de jornadas reducidas en la empresa.

TERCERO. - Se impone conocer, en primer término, sobre la vulneración de derechos fundamentales, alegados por CCOO, a los que se adhirió totalmente SFI y parcialmente CGT, quien defendió la nulidad de la medida empresarial por vulneración del derecho de igualdad por razones de género, oponiéndose, sin embargo, a la vulneración del derecho de libertad sindical, así como al derecho de indemnidad.

CCOO, cuya postura fue apoyada por SFI y el Ministerio Fiscal, denunció, en primer lugar, que la inclusión en el ERTE de los trabajadores de CRI, que no se adhirieron al IV Convenio de CRI, vulneró su derecho a la libertad sindical, chocando frontalmente con lo dispuesto en el art. 28.1 CE, en relación con los arts. 4.2 .e y 17 ET y arts. 12 y 13 LOLS. - Destacó, a estos efectos, que el ERTE constituye la mayor presión, que la demandada podía realizar frente a aquellos trabajadores que, siguiendo sus orientaciones sindicales, se negaron a adherirse al convenio reiterado, ya que lesionaba frontalmente su derecho a la libertad sindical, al obligarles a suscribir el acuerdo o verse sometidos a una reducción de jornada con la consiguiente reducción de sueldo. - Resaltó, además, que la demandada, quien apoyó la medida en causas económicas y productivas, no tuviera inconveniente en excluir del ERTE a aquellos trabajadores, que se adhirieron de modo extraordinario al IV Convenio de CRI, puesto que dicha exclusión acreditaba, al menos, la no concurrencia de causa económica, en tanto que la adhesión de un mayor número de trabajadores al IV Convenio no aliviaría las pérdidas alegadas por la empresa.

CRI negó, en todo momento, que la medida fuera una represalia contra los trabajadores, que no se adhirieron al IV Convenio de CRI, puesto que no incluyó en el ERTE a los 310 trabajadores, provenientes de WL, que no se adhirieron al convenio extraestatutario, ni tampoco a los trabajadores, que no prestan servicio a bordo, así como a los trabajadores y trabajadoras, que ya tenían jornada reducida en CRI, que tampoco se adhirieron al IV Convenio. - Destacó, por otra parte, que concurría situación económica negativa y una fuerte disfunción productiva, ya que la mayoría de los trenes, donde prestaba servicio, exigían trabajar jornadas superiores a 9 horas diarias de trabajo efectivo, al tratarse de trenes de larga distancia, lo que impedía disponer de los trabajadores, sujetos al III Convenio de CRI, cuyo art. 40 prohíbe expresamente que trabajen jornadas superiores al límite citado. - Dicha disfunción suponía, según la empresa, que les tuviera que abonar por la realización de 163 horas mensuales de trabajo efectivo, cuando su media de trabajo real era muy inferior, produciéndose, por consiguiente, una quiebra real y efectiva entre la capacidad productiva de la empresa y su utilización real con el consiguiente sobre coste económico, que obligaba, además, a contratar interinamente a un gran número de trabajadores.

La jurisprudencia constitucional, por todas STC 74/1998, EDJ 1998/1487, examinando las cargas probatorias, reguladas actualmente en los arts. 96 y 181.2 LRJS, ha mantenido lo siguiente:

"Desde la STC 38/1981, la doctrina de este Tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela del derecho fundamental de Libertad Sindical. En este sentido, se ha señalado que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer



la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que, el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 90/1997 , por todas).

Ahora bien, no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional; al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto o una práctica empresarial ha lesionado su libertad sindical, un indicio razonable de que la tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél acto o práctica (STC 90/1997), y a ello se refieren precisamente los arts. 96 y 179.2 LPL , que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo y por motivos sindicales.

El demandante, que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar, pues, una actividad alegatoria suficientemente, concreta, y precisa, en torno a los indicios de que ha existido discriminación (STC 266/1993 , fundamento jurídico 3º).

Alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante sobre la parte demandada recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales, y serias, para calificar de razonable la decisión o práctica empresarial (STC 21/1992 , fundamento jurídico 3º). Si bien, como hemos precisado, no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (STC 266/1993 , fundamento jurídico 2º), sí recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste el intentarlo (STC 314/1989 , fundamento jurídico 6º), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 90/1997 , fundamento jurídico 5º) .

En el mismo sentido, todas STC 2/2009, de 12-01-2009 , EDJ 2009/8810, en la que se mantuvo lo siguiente:

"Para la determinación de si la medida acordada por la empresa, en este caso el despido, responde a una motivación discriminatoria vulneradora del derecho a la libertad sindical, es preciso partir, una vez más, de la doctrina sentada por este Tribunal acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que puedan lesionarlo.

En efecto, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador (por todas, STC 183/2007, de 10 de septiembre , FJ 4 EDJ2007/151834 , y 168/2006, de 5 de junio , FJ 4 EDJ2006/88985). Por esta razón hemos señalado reiteradamente la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria.

La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (por todas, STC 168/2006, de 5 de junio , FJ 4 EDJ2006/88985). En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio , sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (SSTC 183/2007, de 10 de septiembre , FJ 4 EDJ2007/151834 ; 168/2006, de 10 de noviembre , FJ 4 EDJ2006/88985 ; 17/2005, de 1 de febrero , FJ 3 EDJ2005/3235 ; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2 EDJ1998/1487 ; y 29/2002, de 11 de febrero , FJ 3 EDJ2002/3373 , por todas) .

Debemos examinar, a continuación, si CCOO acreditó indicios fundados de vulneración de libertad sindical y de ser así, si CRI aportó una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas tomadas y de su proporcionalidad, como le exigen los arts. 96.1 y 181.2 LRJS .



Centrándonos en el primer interrogante, coincidimos con CCOO, SFI y también con el Ministerio Fiscal en que promover un ERTE, en cuyo ámbito de afectación se incluyeron únicamente a trabajadores de CRI, que no se adhirieron a un convenio extraestatutario, suscrito por una minoría sindical frente al sindicato que ostenta la mayoría absoluta, quien había interpuesto en aquel momento demanda de tutela de la libertad sindical contra la empresa demandada y los sindicatos firmantes del acuerdo, despliega un fuerte indicio de vulneración del derecho, que se refuerza, cuando la empresa admite, en pleno período de consultas y a iniciativa de UGT y CGT, una adhesión extraordinaria al convenio, que se premió con la exclusión del ERTE de los trabajadores adheridos, ya que dicha exclusión pone en tela de juicio la finalidad del período de consultas del ERTE, en tanto que la incorporación al IV Convenio de CRI de algunos trabajadores, que no lo habían hecho anteriormente, no alivia decisivamente las dificultades económicas u organizativas de la empresa, provocando una convicción razonable, según la cual, si se hubieran adherido todos los trabajadores al IV Convenio, la empresa habría hecho caso omiso de su delicada situación económica, como subraya el informe de la Inspección de Trabajo.

Por otra parte, la Inspección de Trabajo subraya en el informe citado, que la decisión empresarial de dirigirse a los trabajadores afectados, en pleno período de consultas, para proponerles una adhesión extraordinaria al IV Convenio, excluyendo del ERTE, a continuación, a quienes se adhirieron al mismo, constituye una vulneración del proceso de negociación en el período de consultas, que forma parte del derecho a la negociación colectiva de CCOO, integrado, a su vez, en el contenido funcional de su derecho a la libertad sindical, puesto que desbordó a sus interlocutores legales (art. 47 ET), para tratar directamente con los trabajadores afectados sobre los objetivos legales del período de consultas, como son evitar o reducir sus efectos, ya que dicha actuación vació de contenido el período de consultas regulado en el art. 47 ET , siendo irrelevante que lo propusieran UGT y CGT, puesto que dicha propuesta debió refrendarse por la mayoría de la comisión negociadora, al producirse en pleno período de consultas, lo que constituye nuevo indicio de preterición del derecho a la libertad sindical de CCOO.

Así, en SAN 25-07-2012, proce. 109/2012 , examinando un supuesto en el que la empresa negoció paralelamente durante el período de consultas con los trabajadores afectados, hemos dicho:

*"El período de consultas, regulado en el art. 51.2 ET , constituye el centro de gravedad del despido colectivo y traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 1998/59/CE, del Consejo, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que deberá desarrollarse **mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros** , tal y como dispone la exposición de motivos de la Directiva Comunitaria, habiéndose entendido por la doctrina del TJCE, que la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son a tenor del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 98/59 (LCEur 1998\2531) , evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número así como atenuar sus consecuencias (véase la sentencia, Junk [TJCE 2005\31], antes citada, apartado 38), reproduciéndose dichos objetivos en el art. 51.4 ET .*

Dicho período constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, como recuerda la sentencia del TJCE 27- 01- 2005, TJCE 2005\31, ya que si no fuera así, la eficacia de los procedimientos de información y la consulta previstas en dicha Directiva, cuyo objeto es que sea posible, "...por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente", devendría imposible, habiéndose entendido por la jurisprudencia comunitaria, por todas STJCE 16-07-2009 , TJCE 2009\237, que los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor situación para alcanzar el objetivo perseguido por la referida Directiva, serían inviables, puesto que ni será posible evitar, ni reducir o atenuar las consecuencias del despido colectivo, ni realizar observaciones a la autoridad laboral.

Identificadas las finalidades del período de consultas del despido colectivo, debemos despejar, a continuación, si las negociaciones paralelas con los trabajadores afectados por parte de la empresa demandada constituyó un fraude de ley, a lo que anticipamos una respuesta positiva, ya que dicha medida vacía de contenido el proceso negociador del período de consultas, impidiendo, por consiguiente, que dicho período alcance ninguno de sus objetivos, ya que si la empresa extingue los contratos de los trabajadores afectados, ni es posible evitar, ni reducir los despidos colectivos, ni es posible tampoco atenuar sus consecuencias, ya que los acuerdos individuales liquidan la fuerza de la negociación colectiva.

Dicha conclusión no puede enervarse, porque las extinciones antes dichas se realizaran de común acuerdo, ni tampoco si se hubiera acreditado, que no es el caso, que fueran los trabajadores afectados quienes solicitaron la extinción, ya que durante el período de consultas no cabe más negociación legítima que la que se mantiene con los representantes de los trabajadores, a tenor con lo dispuesto en el art. 51.2 ET , sin perjuicio del derecho



de la empresa y los trabajadores, una vez concluido sin acuerdo el período de consultas, de alcanzar los pactos que estimen convenientes.

La tesis expuesta se reafirma por la propia ordenación del art. 124 LRJS , que distingue la fase colectiva, regulada en los apartados 1 a 10, de la fase individual, regulada en el apartado 11, que solo se activa cuando ha concluido la fase colectiva, cuya negociación corresponde única y exclusivamente a los representantes de los trabajadores, sin que dicha negociación pueda condicionarse de ningún modo, aunque lo promuevan los trabajadores afectados, porque dicha actuación devalúa totalmente la negociación colectiva, no existiendo riesgo alguno para la autonomía individual, que puede desplegarse, sin problema alguno, al concluir la fase colectiva del despido colectivo, donde nada impide que los trabajadores afectados alcancen acuerdos extintivos de mutuo acuerdo con la empresa.

Por consiguiente, acreditado que la empresa vació de contenido el período de consultas, restando cualquier fuerza a la negociación colectiva, mediante la suscripción de negociaciones paralelas con los trabajadores afectados, concluimos que la decisión extintiva colectiva producida en el centro de Navarra, se efectuó en fraude de ley" .

La jurisprudencia, por todas STS 11-07-2012, rec. 38/2011 , ha recusado también que la adhesión individual de los trabajadores a un acuerdo extraestatutario tenga que realizarse obligatoriamente a través de los sindicatos que lo firmaron, porque les sobre primaría respecto a quienes no lo hicieron. - Dicha sobre prima se produjo también aquí, puesto que excluir del ERTE a los trabajadores, que se adhirieron extraordinariamente al IV Convenio, a iniciativa de UGT y CGT, al margen de la mayoría de la comisión negociadora del ERTE, supone objetivamente vaciar de contenido el proceso negociador en marcha, habilitando un camino alternativo mucho más eficiente para los objetivos de la empresa, que benefició, a su vez, a los sindicatos proponentes y marcó un mensaje claro y contundente: quienes se adhieren al IV Convenio no tienen perjuicio alguno, mientras que los que no se adhieren quedan afectados en el ERTE. - Dicha diferenciación se subsume directamente en lo dispuesto por el art. 12 LOLS , que considera nulos y sin efecto a los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales.

Despejado el primer interrogante, debemos precisar si CRI aportó justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, cumpliendo con las cargas probatorias, exigidas por los arts. 96 y 181.2 LRJS , a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa.

Nuestra conclusión es negativa, aunque se haya probado que la medida empresarial se enmarca en la grave crisis del transporte de viajeros por tren, que ha supuesto unas pérdidas importantes en CRI, cifradas en 14.636.943 euros y 7.505.499 euros en los ejercicios 2010 y 2011 respectivamente, que le colocan en situación económica negativa, a tenor con lo dispuesto en el art. 47 ET , puesto que ha demostrado pérdidas económicas actualizadas, que podrían, en su caso, haber viabilizado medidas de flexibilidad externa (art. 51.1 ET).

Consideramos, del mismo modo, que una empresa, cuyo único cliente es RENFE, sometida, por consiguiente, a los avatares de la planificación de su cliente, en la que no puede intervenir, está obligada a ajustar sus medios personales y materiales de modo preciso y eficiente, si quiere atender adecuadamente las necesidades de su cliente. - Convenimos también, que dicho objetivo será difícilmente alcanzable, cuando la empresa, como sucede aquí, regula sus relaciones laborales mediante dos convenios estatutarios en régimen de ultractividad y un convenio extraestatutario, al que se han adherido el 75% de los trabajadores, por cuanto quedan fuera del mismo, nada menos que 310 trabajadores provenientes de WL y 265 trabajadores de CREMONINI sobre un total de 2500.

Además, hemos descartado por sentencia firme, en lo que afecta a CCOO, que la negociación del IV Convenio de CRI lesionara el derecho de libertad sindical de CCOO (hecho probado décimo noveno). - Se ha probado finalmente que no se ha incluido a los trabajadores, a quienes se sigue aplicando el convenio de WL, no habiéndose incorporado tampoco a los trabajadores, que no prestan servicio a bordo, ni tampoco a los trabajadores y trabajadoras, que ya tenían jornada reducida, de manera que se ha incluido solamente en el ERTE a 192 trabajadores sobre los 579 trabajadores no adheridos.

Consideramos, por las razones expuestas, que si la empresa demandada hubiere probado efectivamente que los trabajadores, afectados por el ERTE, realizaban una jornada mensual media de 138 horas, cuando estaban obligados a realizar convencionalmente 163 horas mensuales de trabajo efectivo, siempre que no hubiera habilitado, al margen de la comisión negociadora del ERTE, la adhesión primada al IV Convenio, podría concurrir una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada, así como de su proporcionalidad.



Sería razonable, porque el incumplimiento masivo de la jornada pactada constituiría un desajuste importante entre el potencial productivo de la empresa y su utilización real, que provocaría una disfunción entre jornadas teóricas y jornadas reales de una parte significativa de la plantilla de CRI, quien no realizaría la totalidad de la jornada mensual por la que se la retribuye, lo que contribuiría a agravar la situación económica negativa de la empresa, ya que dicha disfunción obligaría a la empresa a contratar trabajadores eventuales, que encarecerían sus gastos de personal. - Sería proporcional, porque la situación económica negativa, en la que se encuentra la empresa, podría justificar medidas de flexibilidad externa.

No habiéndolo probado suficientemente, que es el requisito, exigido por los arts. 96 y 181.2 LRJS , para el cumplimiento de las cargas probatorias empresariales, debemos concluir que la medida, impuesta por la empresa demandada, vulneró el derecho de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva de CCOO, garantizada por el art. 28.1 CE , en relación con los arts. 4.2 .e y 17 ET y arts. 12 y 13 LOLS , puesto que incluyó solamente en el ERTE a los trabajadores que, siguiendo las orientaciones del sindicato mayoritario, se negaron a adherirse al IV Convenio, por lo que debemos anular la medida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS .

Dicha conclusión no puede enervarse, aunque concurra una situación económica negativa de la empresa, puesto que se ha probado, como subraya el informe de la Inspección de Trabajo de 21-06-2012, que la empresa excluyó del ERTE a todos los trabajadores, que se adhirieron excepcionalmente al IV Convenio, demostrando, con sus propios actos, que no eran sus pérdidas económicas las que impulsaron la medida, en tanto que, si se hubieran adherido todos los afectados al convenio reiterado, no habría habido ERTE. - Por lo demás, la concurrencia de las pérdidas, referidas en el hecho probado décimo sexto, no justifican objetiva y razonablemente, que solo se hayan incluido en el ERTE a los trabajadores, que no se adhirieron al IV Convenio, ya que CREMONINI no probó, como le era exigible, que no efectuaran la totalidad de la jornada pactada, de modo que, si la situación económica de la empresa pudiera justificar la reducción de jornada de parte de sus trabajadores, no concurre causa de justificación para que se aplique únicamente a los que no se adhirieron al IV Convenio.

CUARTO . - CCOO denunció, en segundo lugar, adhiriéndose SFI, CGT y el Ministerio Fiscal, que la inclusión en el ERTE de 120 trabajadoras sobre 192 afectados constituía una discriminación por razón de sexo, puesto que colocaba a las mujeres en situación de desventaja rotunda con respecto a los hombres, vulnerándose, por consiguiente, lo dispuesto en el art. 14 CE , en relación con el art. 17 ET . - CRI se opuso básicamente a dicha alegación, puesto que los trabajadores de CRI, no adheridos al IV Convenio CRI, eran mayoritariamente mujeres, lo que obligaba necesariamente a que las mujeres se vieran afectadas mayoritariamente por el ERTE.

El art. 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo , sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres, distingue efectivamente entre discriminación directa e indirecta por razón de sexo, del modo siguiente:

" 1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo" .

Dichas definiciones aparecen ya en la Directiva 2002/73/CEE, de 23 de septiembre (modificadora de la 76/207/CEE, de 9 de febrero) y pasan después a la Directiva de refundición 2006/54 / CE, de 5 de julio, que se han venido aplicando en distintas instancias judiciales de forma reiterada: sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24.2.1994 (Roks y otros) EDJ1994/14080 , 14.12.1995 (Megner y Scheffel), 17.6.1998 (Hill y Stapleton/The Revenue Commissioners) EDJ1998/52233 , 9.2.1999 (Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez) EDJ1999/99 , etc.; sentencias del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio EDJ1991/7121 , 147/1995, de 16 de octubre EDJ1995/5507 , 41/1999, de 22 de marzo EDJ1999/5111 , 253/2004, de 22 de diciembre EDJ2004/196997 , 3/2007, de 15 enero EDJ2007/1020 , etc.; sentencias del Tribunal Supremo de 1.6.1999 (r. 4521/1998) EDJ1999/10336 y 4.5.2000 (r. 3708/1999) EDJ2000/11416.

Así, se ha considerado discriminación directa el obligar a las enfermeras de una clínica a utilizar un uniforme específico, que les diferenciaba de los enfermeros, para resaltar precisamente su condición de mujeres, entendiéndose por STS 19-04-2011, rec. 16/2009 , que la práctica empresarial de uniformidad al imponer a las trabajadoras enfermeras o auxiliares de enfermería que prestan servicios para la demandada en planta y



consultas externas, consistente en cofia, delantal con peto falda y medias, sin posibilidad de opción por el pijama sanitario que visten los hombres de las mismas categorías y servicios y otras enfermeras y auxiliares en otros departamentos es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo que se contiene en el artículo 14 de la Constitución Española . - La doctrina judicial, por todas STSJ Aragón 19-12-2008, rec. 1001/2008 , ha considerado discriminación indirecta una práctica empresarial, relacionada con la promoción profesional, que arroja un resultado claramente peyorativo para las mujeres respecto a los hombres.

Puede concluirse, por consiguiente, que cualquier discriminación directa o indirecta constituiría vulneración del art. 14 CE , en relación con el art. 17 ET , salvo que la empresa acredite una finalidad legítima en el trato diferenciado y que los medios, utilizados para alcanzar dicha finalidad, son necesarios, adecuados y proporcionados, como dispone el art. 6 LO 3/2007, de 22 de marzo . - Así, STSJ Las Palmas 22-11-2011, rec. 1076/2011 , ha defendido que si el requisito constitutivo, para percibir un plus salarial, es trabajar a jornada partida, no puede ser discriminatorio no abonarlo a las mujeres que realizan jornada continuada.

Así pues, probado que la mayoría de los trabajadores de CRI, que prestan servicio a bordo y no se adhirieron al IV Convenio de CRI, son mujeres, habiéndose probado, así mismo, que la medida impugnada se aplicó a todos los trabajadores y trabajadoras de ese colectivo, que prestan servicios a bordo, debemos descartar que la concurrencia de una mayoría de trabajadoras constituya indicio de discriminación por razón de sexo, ya que se ha aplicado a todos los trabajadores, siendo inevitable que haya más mujeres afectadas, puesto que son la mayoría del colectivo reiterado. - Negamos, por consiguiente, que la medida impugnada constituya vulneración del art. 14 CE , en relación con el art. 17 ET , como lo descartamos en SAN 28-09-2012, proce. 152/2012 , en la que se acreditó que la mayoría de afectados por el despido colectivo estaban afiliados a un sindicato, porque se probó que la mayoría de trabajadores de la empresa estaban afiliados a dicho sindicato, lo que justificaba razonablemente su afectación mayoritaria, llegándose a la misma conclusión en sentencia del TSJ Cantabria de 26-09-2012, proce 2/2012 .

QUINTO . - CCOO denunció, por otra parte, que la medida empresarial vulneraba su derecho a la indemnidad, puesto que constituía una clara represalia por las demandas de tutela de la libertad sindical e impugnación del IV Convenio CRI, promovidas por dicho sindicato, adhiriéndose SFI a dicha pretensión. - La empresa demandada negó la vulneración denunciada, subrayando, en todo caso, que se trataba de un hecho nuevo, que no podía tomarse en consideración, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85.1 LRJS .

La Sala descarta, en primer lugar, que la vulneración del derecho de indemnidad constituya un hecho nuevo, puesto que en el hecho octavo de la demanda, página 19 de la misma, se dice expresamente lo siguiente: *"...La gravedad de esta conducta empresarial se intensifica dado que está pendiente el juicio de impugnación del acuerdo extraestatutario por CCOO"* . - Se relaciona de modo directo, por consiguiente, la medida empresarial con la impugnación judicial del acuerdo extraestatutario, lo que permite concluir que la empresa no podía desconocer dicha relación, que lleva lógicamente a la queja relacionada con el derecho de indemnidad y no vulnera, a nuestro juicio, el art. 85.1 LRJS , ni genera indefensión a CRI.

La garantía de indemnidad, asegurada por el art. 24 CE , ha sido estudiada por la doctrina constitucional, por todas STC 6/2011 , EDJ 2011/10223, en los términos siguientes:

" Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad , lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril , FJ 2 EDJ2004/23384 ; 87/2004, de 10 de mayo , FJ 2 EDJ2004/25771 ; 38/2005, de 28 de febrero , FJ 3 EDJ2005/11555 ; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3 EDJ2005/67809 ; y 125/2008, de 20 de octubre , FJ 3 EDJ2008/196679) .

En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce, en primer lugar, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero , FJ 2 EDJ1993/181 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3 EDJ2005/11555 ; y 138/2006, de 8 de mayo , FJ 5 EDJ2006/80231) , de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar



individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 24.1 CE EDL1978/3879 y artículo 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores EDL1995/13475].

Es preciso aclarar, sin embargo, que dicha tutela, característica de la garantía de indemnidad, consistente en la prohibición constitucional de represalias como las descritas, no agota la cobertura de esa vertiente del derecho fundamental. En efecto, además de las decisiones empresariales que vengán perfiladas por un ánimo o motivación de reacción contra el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, actúa asimismo la tutela cuando, aun no existiendo dicho propósito, concurre un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo. Y es que, como hemos dicho, en el caso concreto en relación con el derecho a la huelga, no resulta admisible que se niegue "la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma (SSTC 11/1998, de 13 de enero , FJ 6 EDJ1998/11 ; 124/1998, de 15 de junio , FJ 2 EDJ1998/6495 ; 126/1998, de 15 de junio , FJ 2 EDJ1998/6502 ; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4 EDJ2001/53273 ; y 66/2002, de 21 de marzo , FJ 3 EDJ2002/4815)." (STC 80/2005, de 4 de abril , FJ 5 EDJ2005/37140).

En esta segunda hipótesis será preciso, para considerar afectado el derecho fundamental, que concurren dos elementos, a saber: la conexión causal de la medida empresarial y el ejercicio del derecho de referencia y la existencia de un perjuicio laboral para quien lo ejercitó. En otras palabras, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador.

En suma, el artículo 24.1 CE EDL1978/3879 en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva.

Por tanto, como la vulneración del artículo 24.1 CE EDL1978/3879 puede producirse en ese doble plano (lesiones intencionales y lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad) el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el primer ámbito (voluntad de represalia) pues, de quedar descartada la lesión desde ese prisma, será preciso adicionalmente ponderar y valorar el derecho fundamental en juego examinando si se ha causado un daño al patrimonio jurídico del trabajador, aunque no se aprecie ánimo lesivo .

La Sala considera que el período de tiempo transcurrido desde el 28-03-2012 fecha en las que CCOO interpuso sus demandas de tutela e impugnación del IV convenio - y el 30-05-2012 - fecha de comienzo del período de consultas del ERTE - constituye, a nuestro juicio, un sólido indicio de vulneración del derecho de indemnidad de CCOO, puesto que el supuesto fundamento del ERTE, que no se ha acreditado - realización efectiva de 138 horas mensuales por los trabajadores de CREMONINI, a quienes se pagaban 163 horas mensuales, porque el convenio no permitía que superaran 9 horas diarias de trabajo efectivo - de haberse probado, no sería un problema nuevo para la empresa, ni se habría originado después del IV Convenio, ya que la empresa asumió las líneas de larga distancia operadas por WL desde que se adjudicó el servicio de RENFE OPERADORA en 2010, de manera que habría coexistido con la disfunción reiterada durante veintinueve meses, sin que CREMONINI haya acreditado, de ninguna manera, que durante tan dilatado período reclamara a los representantes de los trabajadores modificar la situación descrita, pese a lo cual se apresuró a ejecutar la medida inmediatamente después de que CCOO presentara las demandas citadas, incluyendo únicamente en el ERTE a los trabajadores que no se adhirieron al IV Convenio. - Dicho indicio se refuerza por la exclusión del ERTE de aquellos trabajadores, que se adhirieron extraordinariamente al IV Convenio, por las razones expuestas en el tercer fundamento de derecho.

Así pues, acreditados fuertes indicios de vulneración del derecho a la indemnidad, debemos despejar, a continuación, si CREMONINI demostró suficientemente que la medida impugnada estaba justificada objetiva, razonable y proporcionadamente, como le exigen los arts. 96 y 181.1 LRJS , a lo que anticipamos una respuesta negativa por las razones ya expuestas en el tercer fundamento de derecho, en tanto que no probó suficientemente, que los trabajadores, afectados por el ERTE, no realizaran la jornada pactada convencionalmente, por lo que la medida impugnada vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de CCOO, asegurada por el art. 24 CE .

SEXTO . - CCOO denunció, adhiriéndose SFI y CGT, que la empresa demandada no proporcionó la información exigida por el art. 6 RD 801/2011, de 10 de junio , especialmente las cuentas consolidadas del grupo de empresas, al que pertenece CRI, por lo que consideraron que el período de consultas estaba viciado desde



su inicio, por cuanto los representantes de los trabajadores no dispusieron de las herramientas precisas para llevarlo a buen puerto. - CRI se opuso a dicha alegación, puesto que aportó toda la documentación que le era exigible legal y reglamentariamente.

Como mantuvimos en nuestra sentencia núm. 90/2012, de 25-7-12 , *"El período de consultas, regulado en el art. 51.2 ET , constituye el centro de gravedad del despido colectivo y traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 1998/59/CE, del Consejo, cuya finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores, que deberá desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros , tal y como dispone la exposición de motivos de la Directiva Comunitaria, habiéndose entendido por la doctrina del TJCE, que la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son a tenor del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 98/59 , evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número así como atenuar sus consecuencias (véase la sentencia, Junk [TJCE 2005\31], antes citada, apartado 38), reproduciéndose dichos objetivos en el art. 51.4 ET .*

Dicho período constituye una manifestación propia de la negociación colectiva, como recuerda la sentencia del TJCE 27- 01- 2005, TJCE 2005\31, ya que si no fuera así, la eficacia de los procedimientos de información y la consulta previstas en dicha Directiva, cuyo objeto es que sea posible, "...por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente", devendría imposible, habiéndose entendido por la jurisprudencia comunitaria, por todas STJCE 16-07-2009 , TJCE 2009\237, que los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor situación para alcanzar el objetivo perseguido por la referida Directiva, serían inviables, puesto que ni será posible evitar, ni reducir o atenuar las consecuencias del despido colectivo, ni realizar observaciones a la autoridad laboral."

La comunicación de la apertura del período de consultas, en los expedientes de reducción de jornada, en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, según lo dispuesto en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores , será el establecido en el capítulo II del Título I de este Reglamento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 RD 801/2011, de 10 de junio , ajustado al art. 9 de la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, con las siguientes especialidades:

- a) El procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión de contratos o la reducción de la jornada.
- b) El plazo a que se refiere el art. 51.4 del Estatuto de los Trabajadores , relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y no será superior a quince días naturales.
- c) La documentación justificativa será la estrictamente necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa. A estos efectos, en el caso de que la causa aducida por la empresa sea de índole económica, la documentación exigible según el art. 6.2 se limitará a la del último ejercicio económico completo, así como a las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la solicitud del procedimiento.

El art. 6 RD 801/2011, de 10 de junio , que regula la documentación de los despidos colectivos por causas económicas y es aplicable a los ERTE (art. 22 RD 801/2012), dice lo siguiente:

"1. En los despidos colectivos por causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas que dan lugar a su solicitud, que acredite, en la forma señalada en los siguientes apartados, los resultados de la empresa de los que se desprendan una situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo y que justifique que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

2. Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.



3. Cuando la situación económica negativa alegada consista en una previsión de pérdidas, el empresario, además de aportar la documentación a que se refiere el apartado anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el carácter y evolución 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. Igualmente, deberá acreditar el volumen y el carácter permanente o transitorio de las pérdidas a efectos de justificar la razonabilidad de la decisión extintiva en los términos indicados en el apartado.

4. Cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante " .

El art. 7 de la norma antes dicha, que regula la documentación de los despidos colectivos por las demás causas objetivas, que se aplica a los ERTE por las razones reiteradas, dice lo siguiente:

"1. En los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción, que den lugar a su solicitud, que acredite, en la forma señalada en el siguiente apartado, la concurrencia de alguna de las causas señaladas y que justifique que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

2. El empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado" .

La jurisprudencia, por todas STS 30-06-2011, rec. 173/2010 , 18-01-2012, rec. 139/2011 y 23-04-2012, rec. 52/2011 , así como la doctrina judicial, por todas, SAN 26-07-2012, rec. 124/2012 , viene exigiendo, para validar el período de consultas, que la RLT disponga desde el inicio la información pertinente, entendiéndose como tal aquella que permita de modo objetivo y razonable que el período de consultas pueda alcanzar su finalidad, que es evitar o reducir la medida empresarial, así como aliviar sus consecuencias para con sus afectados, de modo que, si se incumple dicho requisito la consecuencia inexorable será la nulidad de la medida, por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 47 ET , de conformidad con lo mandado por el art. 138.7 LRJS . - Así, la doctrina judicial, por todas STSJ Cataluña 23-05-2012, rec. 10/2012 ; STSJ Madrid 25-06-2012, proce. 21/2012 y 11-07-2012, proce. 32/2012 y SAN 26-07-2012, proce. 124/2012 , ha anulado despidos colectivos, que afectaban a grupos de empresa a efectos laborales, porque no se aportaron las cuentas del grupo como tal, así como las de las empresas que lo conformaban.

Identificados los documentos, exigidos legal y reglamentariamente para el inicio del período de consultas, debemos precisar si fueron cumplidas adecuadamente por CRI, a lo que contestamos positivamente para la causa económica, pero no para la productiva, como se deduce de la simple lectura del hecho probado duodécimo, cuyos anexos fueron recibidos por la RLT, tal y como se admitió en el acto del juicio y cumplen escrupulosamente el mandato legal y reglamentario, salvo la auditoria del ejercicio 2011, que se aportó con posterioridad, como anunciamos más arriba.

Es cierto, que la empresa no aportó las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, pero dicha omisión no vulnera, en absoluto, lo dispuesto en el art. 6.4 RD 801/2011, de 10 de junio , que exige, para su aportación obligatoria, que en el grupo existan empresas de la misma actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo, sin que la demandante haya alegado, ni probado consecuentemente, que dentro del grupo hubiera empresas dedicadas a la misma actividad y la concurrencia de saldos deudores o acreedores entre ellas y CRI.



Entendemos, por tanto, que la información, aportada por la empresa demandada, para acreditar la causa económica, se ajustó a las exigencias legales y reglamentarias y permitió que el período de consultas alcanzara buen fin, puesto que los demandantes disponían de la documentación requerida por el art. 47 ET , en relación con el art. 6 RD 801/2011, de 10 de junio .

Por el contrario, se ha probado cumplidamente que la empresa demandada no aportó el informe técnico, exigido por el art. 7.2 RD 801/2011 , que estimamos imprescindible para acreditar la concurrencia de causa productiva, siendo insuficientes, a nuestro juicio, los documentos contenidos en los anexos 17 a 19 de la memoria, puesto que dichos documentos no acreditan por si mismos, que los trabajadores, afectados por el ERE, no realizaran efectivamente su jornada convenio, lo que se podría haber demostrado, de ser cierto, mediante el informe técnico reiterado.

No habiéndose hecho así por la empresa demandada, concluimos que ha infringido el procedimiento regulado en el art. 47 ET , por lo que concurre también causa de nulidad de la medida impugnada, a tenor con lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS .

Se impone, por todos los argumentos expuestos, anular la medida empresarial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS .

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

FALLAMOS

En la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO, a la que se adhirió totalmente SFI y parcialmente CGT, declaramos la nulidad de la medida empresarial y condenamos, por consiguiente, a CREMONINI, SA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, debiendo reponer a los trabajadores afectados por el ERTE en las condiciones anteriores a la ejecución de la medida anulada a todos los efectos.

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 000174 12.

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.