



Roj: **SAN 1406/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1406**

Id Cendoj: **28079240012016100065**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2016**

Nº de Recurso: **58/2016**

Nº de Resolución: **71/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1406/2016,**
STS 3727/2017

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00071/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaría D^a. **MARTA JAUREGUIZAR SERRANO**

SENTENCIA Nº: 71/2016

Fecha de Juicio: 19/4/2016

Fecha Sentencia: 27/04/2016

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: **CONFLICTOS COLECTIVOS 58 /2016**

Proc. Acumulados: 60/2016

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: **FEDERACION AGROALIMENTARIA DE CCOO, CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS, FITAG-UGT**

Demandado/s: **HEINEKEN ESPAÑA SA**

Resolución de la Sentencia: **DESESTIMATORIA**

Breve Resumen de la Sentencia: *La SSAN desestima las demandas deducidas por CCOO Y UGT conjuntamente y por CSI-F contra Heineken España en las que impugnan la MSCT decidida por la empresa demandada en materia de ingresos, cobertura de vacantes y ascensos. Se aprecia la excepción de variación sustancial de la demanda, puesto que no cabe invocar la supuesta lesión de un derecho fundamental en el acto de la vista cuando no ha sido denunciado en la demanda. No debe acudir al procedimiento de descuelgue cuando las condiciones a modificar no tienen su origen en Convenio estatutario, resultando idóneo el del art. 41. No determina la nulidad de la medida el hecho de que la materia objeto de la misma haya sido objeto de negociación, pues la prolongación de la negociación colectiva, no puede petrificar condiciones de trabajo susceptibles de ser modificadas con arreglo al art. 41 que comprometen la productividad y la viabilidad del proyecto empresarial, sin que, por otro lado, ello implique coacción alguna. Los cambios en los procesos técnicos y productivos, así como una más eficiente organización de los recursos humanos, justifican la decisión impugnada.*



AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

T fno: **914007258**

BLM

N IG: 28079 24 4 2016 0000064

ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000058 /2016

Ponente Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 71/2016

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veintisiete de Abril de dos mil dieciséis.

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

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento num. DEMANDA 58/2016 seguido por demanda de CCOO y UGT contra HEINEKEN ESPAÑA S.A., a la que se acumuló la demanda núm. 60/2016 interpuesta por CSIF contra la misma demandada sobre CONFLICTO COLECTIVO, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D RAMÓN GALLO LLANOS que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 29 de febrero de 2016 se presentó demanda conjunta por CCOO y UGT contra HEINEKEN ESPAÑA SA sobre conflicto colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda bajo el número 58/2.016 y designó ponente señalándose el día 19 de abril de 2016 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

El día 1 de marzo de 2016 se presentó por CSIF demanda contra HEINEKEN ESPAÑA, SA sobre conflicto colectivo. Dicha demanda fue registrada bajo el número 60/2016 y acumulada al procedimiento antes referido 58/2016, manteniéndose la fecha de señalamiento.

Tercero.- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

- El letrado de UGT se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare que la modificación de condiciones de trabajo comunicada a los representantes legales de los trabajadores y a los trabajadores afectados sobre sistema de ingresos, cobertura de vacantes y ascensos es nula o, subsidiariamente injustificada, declarando el derecho de todos los trabajadores afectados a mantener las mismas condiciones que tenían antes de la modificación notificada, consistente en el sistema de ingresos, cobertura de vacantes y ascensos en las condiciones establecidas en los Convenios colectivos de aplicación, en sustento de tal petición alegó, en primer lugar, que el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo iniciado por la demandada al socaire del art. 41 E.T . era fraudulento, pues con mala fe, la demandada lo inició tras no consensuar dicho sistema en el seno de la mesa de negociación del nuevo Convenio de empresa, lo que implica vulneración del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones presentes en la mesa de negociación y por ende de su derecho a la libertad sindical; en segundo lugar, que vulnera el art. 82.3 E.T ., pues no puede acudir a un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41,



cuando lo que se modifican son condiciones reguladas en Convenios colectivos estatutarios y finalmente, y subsidiariamente, se negó que concurriera causa alguna que justificase la medida.

- El letrado de CCOO, afirmándose y ratificándose en la demanda suscrita conjuntamente con UGT y solicitando el dictado de sentencia acorde con el suplico de la misma, efectuó un alegato en términos similares al letrado que le precedió en el uso de la palabra.

- El letrado de CSI-F se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando con carácter principal se declare la nulidad de la decisión empresarial de dejar sin efecto lo regulado en los artículos 21.A) Y 26 del Convenio Colectivo Único o Acuerdo Marco, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y con carácter subsidiario se declare no justificada dicha decisión empresarial, al no quedar acreditadas las razones de la empresa para llevar a cabo tal modificación. Sustento tales peticiones alegando, en primer lugar, que al solapar un procedimiento del art. 41 E.T . con una negociación colectiva sobre la misma materia, la empresa actúa de mala fe, de forma que intenta coaccionar a la parte social para que alcance un acuerdo en la negociación; en segundo lugar, aun admitiendo que en este caso la modificación operada era susceptible de encauzarse con arreglo al art. 41 E.T ., negó la existencia de causa justificativa de la misma.

La letrado de la empresa demandada, alegó con carácter procesal la excepción de modificación sustancial de la demanda, respecto de la vulneración del derecho a la libertad sindical invocado por el letrado de UGT, y en cuanto al fondo se opuso a la demanda negando en la modificación operada, manifestando que la misma obedece a una necesidad empresarial que conocen los sindicatos desde el año 2014 - así y al respecto y sobre esta materia se suscribió un acuerdo en el centro de Madrid, y que ha sido objeto de negociación colectiva, en segundo lugar, consideró que dada la naturaleza extra-estatutaria del Convenio de empresa no es necesario acudir a un descuelgue del art. 82.3 E.T . para modificar las condiciones de trabajo en el establecidas bastando el procedimiento del art. 41 E.T ., y, en tercer lugar, consideró que concurrían causas organizativas y técnicas, que aconsejaban modificar el obsoleto sistema de ingresos, cobertura de vacantes e ascensos establecido en los Convenios de las distintas empresas, que una vez fusionadas dieron lugar a HEINEKEN ESPAÑA S.A., a las que se remite el Convenio extra- estatutario de empresa.

Contestadas que fueron las excepciones, se acordó el recibimiento del juicio a prueba proponiéndose y practicándose la prueba documental, pericial y testifical, tras lo cual las partes elevaron a definitivas sus conclusiones, que dando los autos vistos y conclusos para el dictado de sentencia.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 85.6 LRJS* se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

HECHOS CONTROVERTIDOS.- Después del año 2.005 ha habido múltiples negociaciones no relacionadas con los ERES de dichos periodos.- En 2014 la empresa detecta que el sistema de cobertura de vacantes no es correcto y necesita trabajadores con contratos fijos discontinuos, lo que se plantea en el ERE del centro de Madrid respecto de cualificación de personal mecatrónico.- La empresa convino acudir al Tribunal de Arbitraje y llevarlo a la negociación colectiva; se llevó la cuestión a la Comisión paritaria y la RLT insistió en el respeto al acuerdo de Valencia.- La empresa planteó conflicto colectivo en el Tribunal de Arbitraje de Valencia; se planteó este tema y no hubo acuerdo.- En septiembre se reúne la mesa de negociación del Convenio. La empresa plantea el problema y la RLT alegan que la judicialización impide el acuerdo y mantienen el criterio de la antigüedad en la contratación.- En noviembre la empresa plantea la necesidad de contratar a gente la RLT propone la misma propuesta que en 2.003. La empresa cierra en bloque la negociación sobre este tema.- Todos los Convenios a los que se refiere el Acuerdo fueron denunciados.

HECHOS PACÍFICOS:- En el año 2.000 se fusionaron el Águila, Cruzcampo y una tercera empresa formando HEINEKEN.- Se inicia en el año 2.001 la negociación de un Convenio único. El 25-6-2.005 se alcanza un acuerdo de estructura y contenidos del Convenio único de Heineken. No se registró ni se publicó en el BOE.- Se dictó la SAN de 26-10-2.012 confirmada por la STS de 22-1-2.014 que declaró que el Convenio único era extra-estatutario.- En enero de 2015 se contrata a trabajadores que han aprobado anteriormente y CSIF plantea conflicto colectivo.- En 2.015 se necesitaban tres trabajadores fijos en Valencia, apareció un acuerdo en el que acceso a fijos pasaba por respetar la antigüedad de los fijos discontinuos, se planteó huelga.- La empresa promueve mediación ante el SIMA, la RLT no acepta la propuesta.- La empresa convoca un proceso del art. 41 E.T ., solo responde CSIF. La empresa reitera la convocatoria, UGT y CCOO acuden el primer día del periodo de consultas pero niegan su participación. Continúa la negociación con CSIF, hay cuatro sesiones que acaban sin acuerdo.- La empresa convoca una mediación ante el SIMA en el que se alcanza un acuerdo en el que la empresa suspende la aplicación de la medida y se acuerda negociar hasta mayo de 2.016.- Se han celebrado reuniones hasta la fecha sin éxito.

Quinto .- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.



HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - FITAG UGT y la Federación Agroalimentaria de CCOO son organizaciones sindicales suficientemente implantadas en el seno de la empresa HEINEKEN ESPAÑA SA siendo su ámbito de actuación superior al de la misma, y encontrándose confederadas, respectivamente, a UGT y a CCOO, organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal de acuerdo con el art. 6 de la LOLS .

CSIF es una organización sindical suficientemente implantada en el seno de HEINEKEN ESPAÑA, con un ámbito de actuación superior al del presente conflicto.

- Conforme-

SEGUNDO.- El presente conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa HEINEKEN ESPAÑA, S.A.- conforme-

TERCERO .- En el año 2.000 se produjo la fusión en una misma sociedad bajo la denominación HEINEKEN ESPAÑA, S.A. de las sociedades EL AGUILA, GRUPO CRUZCAMPO S.A., y BERFUGA PROPERTIES INVESTMENTS HOLDING, S.A., confluyendo en una misma empresa plantillas de diferentes centros de trabajo ubicados en diferentes comunidades autónomas, cuyas relaciones laborales se regían por nueve Convenios colectivos diferentes-conforme-.

La denominación, fecha de publicación y contenido de los diversos convenios colectivos obra en el descriptor 20 que damos por reproducido.

CUARTO .- El día 25-1-2.001 se constituyó la Comisión negociadora del CONVENIO COLECTIVO UNICO DE LA EMPRESA HEINEKEN ESPAÑA S.A.- descriptor 95-

El día 25-7-2.005 se suscribió por los miembros de dicha comisión el denominado "Acuerdo sobre estructura y contenidos del Convenio único de Heineken España, S.A.", denominado por las partes "Convenio Único."- descriptor 96-

El Convenio único no ha sido objeto de registro, ni de publicación en el BOE, razón por la que la SAN de 21-6-2.012 confirmada por la STS de 21-1-2.014 , consideró que se trataba de un "Convenio colectivo extra-estatutario"- conforme-.

QUINTO.- El convenio colectivo único de Heineken España SA regula los ingresos en su artículo 21 de la forma siguiente:

ARTÍCULO 21: INGRESOS.

Para las nuevas contrataciones el personal deberá estar en posesión como mínimo de:

- Para puestos en los que exista titulación reglada: titulación de Ciclo formativo de grado medio o equivalente.
- Para puestos de carretillero: permiso de conducción y experiencia, con prevalencia de formación.
- Para el resto de puestos: FP1 o su equivalente, con prevalencia de quienes tengan titulación de ciclo formativo de grado medio o su equivalente.

Categoría de entrada:

Con carácter general, el personal contratado a partir de la firma del presente Convenio ostentará inicialmente durante los primeros 18 meses de prestación de servicios la categoría de ayudante del grupo obrero o auxiliar del grupo técnico o administrativo (sin abono de diferencia de categoría) y en los siguientes 18 meses se le abonará la retribución de la categoría inferior a la del puesto que efectivamente desempeñe.

A) PERSONAL FIJO

Para la cobertura de plazas vacantes se seguirán las siguientes reglas:

1.- Los puestos que correspondan a Directores, así como a TGS, TGM, Jefe de Primera, Jefe de Segunda (responsable de departamento, área o sección), grupo Comercial y Secretarios/as de dirección serán de libre designación por la Empresa entre personal interno de la misma, salvo que no se encontrase personal idóneo, en cuyo caso se podrá acudir a la selección de personal externo.

En el caso de los Jefes de Segunda no contemplados en el párrafo anterior o Jefes de Segunda responsables de una línea de envasado, la selección se realizará primero entre el personal interno y en el caso de no encontrar personal idóneo se podrá acudir a la selección de personal externo, realizándose esta con criterios objetivos por una entidad externa de solvencia profesional reconocida, dándose conocimiento del proceso a la Representación Legal de los Trabajadores del centro.



En caso de que el personal de libre designación referido en los párrafos anteriores pase a ocupar otros cargos de no libre designación, le será de aplicación las normas generales de cobertura de vacantes y ascensos que se establecen en este Convenio.

2.- Para cubrir cualquier otra vacante de categorías o puestos no contemplados en los párrafos anteriores, se acudirá a la promoción interna en la forma establecida en las normas generales de cobertura de vacantes y ascensos. En caso de no haber encontrado personal idóneo dentro de la propia Empresa, ésta podrá acudir a selección de personal externo al que, en todo caso, se deberá exigir como mínimo los niveles de aptitud y conocimiento requeridos en la fase de promoción interna.

B) PERSONAL FIJO-DISCONTINUO

i) El personal con la consideración de fijo-discontinuo, tendrá regulados sus derechos y obligaciones, ingreso, cese y escalafones por lo dispuesto en el presente Convenio; y, en su defecto, por lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores.

ii) El contrato por tiempo indefinido de fijo-discontinuos se concertarán para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la Empresa.

iii) Los trabajadores fijos discontinuos que permanezcan en alta en la Empresa en su condición de fijos discontinuos. más de 333 días naturales, incluido el correspondiente período de vacaciones, dentro del año natural (1 de enero a 31 de diciembre), con independencia de la duración de la jornada de trabajo, pasarán automáticamente a ser trabajadores fijos de carácter continuo.

1. Adquisición de la condición de fijo discontinuo:

Los trabajadores con contratos eventuales adquirirán el derecho a ser contratados con la condición de fijo discontinuo en los siguientes supuestos:

1. cuando cumplan contratados doce meses acumulados en un período de 5 años naturales continuados (1 de enero a 31 de diciembre) y como mínimo a la llamada del tercer año.

2. cuando cumplan contratados 18 meses acumulados de trabajo en un período de 7 años naturales y como mínimo a la llamada del tercer año.

3. cuando, en un período de siete años naturales, hayan sido contratados en cinco años, continuados o no, con independencia del tiempo contratado.

Computará a efectos de la adquisición de la condición de fijos discontinuos el período de contratación, bajo contratos de interinidad por vacaciones, que trascurra entre el 1 de Abril y el 31 de Octubre.

Los requisitos para la adquisición de la condición de fijos discontinuos serán aplicables a los contratos celebrados por la Empresa desde el 1/01/2003.

En caso de que haya trabajadores que habiendo repetido contratos eventuales en años sucesivos, no vuelvan a ser contratados, existiendo necesidades, la Empresa informará de forma razonada a la Representación Legal de los Trabajadores de las causas.

2. Escalafones:

Se establecen dos tipos de escalafones por centro:

a) Escalafón general: integrado y ordenado por antigüedad para la cobertura de aquellos puestos que no exijan alguna de las especialidades que dan lugar a escalafón propio en términos del apartado siguiente;

b) Escalafones de especialidades: se establecerá un escalafón propio para cada uno de los siguientes departamentos/secciones donde exista o se acuerde su creación:

Cocimiento

Fermentación

Bodega y filtro

Cervecería

Operario envasado no auxiliar

Almacenes/Carretillas

Mantenimiento mecánico



Mantenimiento eléctrico

Sala de máquinas/energía

Administrativos

Laboratorio/calidad

Maltería

Cafetería, según acuerdo de 6/11/2002 de Sevilla.

El personal se integrará en cada uno de estos escalafones de especialidades con arreglo a los siguientes criterios:

Puestos desempeñados en campañas anteriores, así como el grado de desempeño, no siendo requisito imprescindible.

Especialidad que tiene reconocida, mediante titulación académica o profesional o carné homologado en su caso.

Capacidad y aptitud para desempeñar funciones de la especialidad.

Cursos de formación o especialización realizados en la Empresa.

El orden de ingreso en el escalafón de la especialidad será por orden del escalafón general, en el caso de existir, y se posicionará en el último lugar de especialidad para el caso de existir este último.

3. Ingresos

Los llamamientos se producirán teniendo en cuenta en primer lugar el orden en el escalafón de la especialidad si existiera en el Departamento al que corresponde el puesto a cubrir y si no existiera dicho escalafón de especialidad, se ingresará por el orden en el escalafón general.

Los trabajadores fijos discontinuos en período de inactividad tendrán preferencia para cubrir cualquier necesidad de contratación temporal que existiera o pudiera surgir, siempre que tengan experiencia en el puesto a cubrir y respetando el orden del escalafón correspondiente.

El período de esta contratación temporal no computará a los efectos de la adquisición de la condición de fijo a tiempo completo prevista en el artículo 21.B.iii).

Con objeto de respetar en la medida de lo posible la no distorsión tanto en el orden de ingreso como en el de ceses de los distintos escalafones, el trabajador fijo discontinuo contratado con carácter temporal en periodo de inactividad podrá optar, cuando le corresponda su incorporación como fijo discontinuo conforme al escalafón, por:

a) Resolver la relación temporal comunicándolo a la Empresa cuando esta le notifique su incorporación como fijo discontinuo; a estos efectos no será aplicable el preaviso regulado en el artículo 24.

b) Mantener el contrato temporal hasta su finalización, pasando a ocupar el puesto o número de orden que le corresponda según los días acumulados como fijo discontinuo.

En los períodos de inactividad de los fijos discontinuos la Empresa promoverá con las contratas, dentro de sus posibilidades y ajustándose a la legalidad vigente, el que sean contratados por estas de acuerdo con la cualificación profesional del trabajador.

El personal que no pueda incorporarse por encontrarse en situación de Incapacidad Temporal (I.T.) o Maternidad, conservará su número de orden y derechos a todos los efectos.

El personal fijo-discontinuo podrá participar en las pruebas que se realicen para cubrir plazas vacantes en los términos regulados en el artículo 26 de este Convenio.

C) PERSONAL CON CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL.

La contratación y cese del personal con cualquier contrato de naturaleza temporal se ajustará a lo dispuesto a la legislación vigente, así como a lo establecido en este Convenio.

Para la contratación de eventuales se utilizará el contrato eventual por circunstancias de la producción, (acumulación de tareas, exceso de pedidos o exigencias circunstanciales del mercado) como modalidad habitual.

El contrato de interinidad se utilizará atendiendo al principio de causalidad.



Se podrá utilizar la contratación a través de empresas de trabajo temporal sólo con carácter subsidiario para cubrir necesidades coyunturales no permanentes, por el tiempo mínimo imprescindible y fundamentalmente para puestos de oficio o de especialidad que requieren de trabajadores con la titulación específica y siempre que no existan fijos discontinuos con los requisitos necesarios y en situación de no actividad en la Empresa.

La cobertura de vacantes y ascensos se regula en el art. 26 del Acuerdo que dispone:

"ARTÍCULO 26: COBERTURA DE VACANTES Y ASCENSOS

Hasta la negociación y acuerdo de una normativa general de promoción profesional, cobertura de vacantes y ascensos, que la Empresa y la Representación Legal de los Trabajadores se comprometen a negociar dentro del ámbito temporal del Convenio, seguirán siendo de aplicación las normas que hasta la firma del presente Convenio están establecidas en los distintos convenios colectivos, y que se dan aquí por íntegramente reproducidas."

La disposición transitoria 10ª, por su parte, dispone:

"En tanto finaliza el proceso de negociación del I Convenio Colectivo Único de Heineken España, S.A., las partes firmantes manifiestan su voluntad expresa de que los contenidos del presente Acuerdo sustituyan a la regulación que de los mismos se hace en los convenios existentes en Heineken España, S.A.

En este sentido, este Acuerdo es incompatible con la aplicación total o parcial de dichos convenios colectivos en las materias o capítulos aquí regulados, salvo que se prevea expresamente otra cosa en el presente Acuerdo y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo cuarto de esta misma disposición.

Quedarán asimismo sin efecto cualesquiera otros Acuerdos o Pactos colectivos en lo que contradijeran lo dispuesto expresamente en este Acuerdo. "

En relación con lo dispuesto en los dos primeros párrafos de esta Disposición, las partes acuerdan que, hasta tanto finalice esta negociación, mantenga su vigencia lo dispuesto en los Convenios y Acuerdos Colectivos anteriores en lo referente a las materias relacionadas por convenios en el Anexo XIII para sus respectivos ámbitos, si bien las partes, de mutuo acuerdo, podrán añadir aquellos otros preceptos o acuerdos no enunciados por error u omisión que se refieran a las siguientes materias o bloques:

....

Cobertura de vacantes y ascensos "

..."

SEXTO .- El "Acuerdo sobre Estructura y Contenidos del Convenio Único de HEINEKEN España S.A. fue denunciado por la empresa el día 26-12-2013.-conforme-

SÉPTIMO.- A consecuencia del proceso de adjudicación de una plaza de operario de energías en el centro de trabajo de Madrid en diciembre de 2014, por parte de CSIF se ha promovido frente a la empresa demanda de conflicto colectivo ante los Juzgados de lo Social de Madrid- descriptor 45

OCTAVO.- En el centro de trabajo de Valencia se inició un procedimiento para la cobertura de tres vacantes por parte de la empresa, suscitándose un conflicto con la representación social de los trabajadores que, invocando un acuerdo local, pretendían que se cubriesen por trabajadores fijos discontinuos por orden de antigüedad sin necesidad de examen previo-conforme-

El día 23 de junio de 2015 las secciones sindicales de CCOO Y UGT en el centro de trabajo de Valencia, convocaron una huelga a desarrollarse en el centro de Valencia a lo largo de los meses de julio y agosto de ese año- descriptor 114-. Dicha huelga, finalmente, fue desconvocada el día 1 de julio ante el Tribunal de arbitraje laboral, acordando las partes remitir la cuestión a la Comisión paritaria del denominado Convenio único- descriptor 115.-

Al efecto se reunió la referida Comisión paritaria los días 20 y 21 de julio de 2015 extendiéndose el acta obrante en el descriptor 119- por reproducido- no alcanzándose acuerdo en el seno de la misma.

Habiéndose promovido por la empresa frente a las organizaciones sindicales hoy actoras procedimiento de mediación ante el SIMA el día 29-7-2015, con objeto del procedimiento de cobertura de las tres plazas se extendió acta de desacuerdo el día 13-8-2015- descriptores 120 y 121-.

Igualmente se promovió solicitud de mediación ante el Tribunal de Arbitraje Laboral de Valencia, se extendió acta de desacuerdo el día 8-9-2015.- descriptores 122 y 123. Posteriormente la empresa promovió demanda de conflicto colectivo contra las secciones sindicales de CCOO Y UGT en el centro de Valencia- descriptor 45-.



En la reunión de la Comisión negociadora del Convenio colectivo de Heineken celebrada en la ciudad de Sevilla, los días 16 y 17 de septiembre de 2.015 la representación empresarial preguntó a la representación social si han tratado la cuestión que se ha suscitado durante los pasados meses en relación con el proceso de cobertura de vacantes y, en su caso, si tienen una posición común al respecto, indicando la representación social que si la dirección de la empresa ha judicializado el tema no tiene nada que decir al respecto del proceso de cobertura de vacantes y que en todo caso, su postura es la misma que ha mantenido hasta la fecha, esto es, realizar los tres contratos fijos en el centro de Valencia y que posteriormente se negocie el proceso de cobertura de vacantes con carácter preferente en los términos planteados en la última propuesta- descriptor 125-

DÉCIMO. - En la reunión de la Comisión negociadora del Convenio de Heineken España que tuvo lugar el día 5-11-2.015 la representación empresarial recordó la necesidad de cerrar el capítulo de sistema de selección y cobertura de vacantes. A tal efecto, explicó que la propuesta de la RE, en términos generales, es que las posiciones vacantes se cubran con las personas que estén mejor preparadas, y que el proceso sea más ágil, todo ello con el objetivo de mejorar la flexibilidad y la competitividad. Para ello, aquellas posiciones que no sean de libre designación estarán sometidas a un sistema de selección, que variará caso a caso en función de la experiencia y requisitos que requiera el puesto y al que se podrán presentar todas las personas, externas o internas, que quieran. Explicó que este sistema permite adaptar el sistema de contratación a la necesidad actual.

La RS se opuso al planteamiento de la RE y plantea que la RS debe tener participación, en el proceso de cobertura de vacantes, en la evaluación de los candidatos y posiciones mediante la constitución de tribunal y pone en duda que una empresa externa pueda tener más capacidad para valorar el desempeño de personas y puestos de trabajo concreto y para conocer los perfiles y conocimientos técnicos de las personas que se presenten, que sus propios jefes y compañeros en un tribunal en el centro de trabajo. Asimismo, mantuvo que los trabajadores de la compañía, especialmente los fijos discontinuos, deben tener preferencia en la cobertura de vacantes porque se debe valorar la experiencia. Finalmente, solicitó que los requisitos sean homogéneos para los mismos perfiles

Tras la parada para el almuerzo, y ante la solicitud de la RS, la RE envió por correo electrónico lo que estaría dispuesta a negociar con la RS para poder alcanzar un acuerdo en esta materia.

La propuesta que remitió la RE era la siguiente:

"INGRESOS

Para el ingreso del personal fijo se seguirán las siguientes reglas:

- 1. Los puestos que correspondan a puestos directivos y de mando, grupo comercial, auditores, apoderados y secretarías de dirección serán de libre designación por la Empresa.*
- 2. Para cubrir cualquier otra vacante de categorías o puestos no contemplados en el párrafo anterior, se acudirá al proceso previsto en las normas generales de cobertura de vacantes y ascensos.*

La contratación y cese del personal con cualquier contrato de naturaleza temporal se ajustará a lo dispuesto a la legislación vigente, así como a lo establecido en este Convenio.

NORMAS GENERALES PARA LA COBERTURA DE VACANTES Y ASCENSOS

Como norma general cuando se requiera la cobertura de cualquier posición en la Empresa se procurará acudir a la promoción interna antes de recurrir a contrataciones del exterior siempre que se encuentre el perfil requerido.

La promoción interna se producirá siempre teniendo en cuenta la formación, la experiencia, el mérito, la capacidad de los trabajadores y la adecuación persona puesto, así como las facultades organizativas de la Empresa.

Al objeto de favorecer la promoción profesional la Dirección de la Empresa propiciará procesos formativos necesarios.

Las vacantes se proveerán mediante procesos de selección cuyo procedimiento comenzará por una convocatoria de la Dirección de la Empresa en la que se especificará los requerimientos y el perfil del puesto a cubrir, las normas que regulen el proceso de selección y las pruebas a realizar.

El día siguiente la RS remite a la RE correo electrónico con su propuesta al respecto- el texto de correo obra en el descriptor 128 cuyo contenido damos por reproducido-, ante lo cual y en la reunión de la Comisión negociadora de fecha 6-11-2.015 La RE, tras leer el documento y confirmar la gran distancia que separa las posturas entre las dos partes, puso de manifiesto que la propuesta de la RS no se adapta a las necesidades actuales de la Empresa en cuanto a flexibilidad y competitividad, que no se ha movido en lo más mínimo



el planteamiento de la RS, manteniendo los sistemas de cobertura de los convenios actuales añadiendo la preferencia de los Fijos Discontinuos, pese a todos los acontecimientos y conversaciones de los últimos meses en los distintos foros como consecuencia del conflicto de Valencia de este verano, y que no se ha avanzado en actualizar y modernizar los procesos que llevan vigentes muchos años derivados de los convenios de origen pese a que éstos ya no se adaptan a la realidad de la Empresa y que no cabe otra solución que cerrar la negociación en esta materia para seguir avanzando con las demás.- descriptores 126 a 128-

UNDÉCIMO.- El día 24-11-2015 la dirección de la empresa se dirigió a los RLT por correo electrónico remitiendo comunicación de intención de modificación sustancial de condiciones de trabajo, requiriendo se conformase la Comisión negociadora, y citando a la misma para el siguiente día 3 de diciembre a las 11:00 horas en el Hotel AC Forum de Sevilla para proceder a la entrega de documentación- descriptores 22 y 23-.

Se remitió nuevo correo electrónico recordatorio del anterior el día 1-12-2015- descriptor 24-

DUODÉCIMO.- El día 3-12-2015 se reúnen en el lugar y hora fijados, cinco representantes de la empresa, asistidos de una asesora externa, así como seis representantes de CCOO, otros 6 de UGT y 2 de CSI-F.

En dicha reunión Gumersindo - CCOO- manifiesta que no comparecen como comisión representativa, sino como comisión negociadora del convenio colectivo. Por parte de la empresa Pio presenta a Begoña como asesora externa de la empresa, quien informa a los presentes la apertura de un período de consultas por la vía del art. 41 para la modificación del sistema de cobertura de vacantes e incorporaciones a la empresa, así como las consecuencias de las modificaciones de otras condiciones laborales, La representación de CC .OO. y U.G.T. reitera que no van a negociar nada si no es en la mesa de negociación del convenio colectivo, por lo que se levantan de la mesa, quedando la representación de CSIF. La parte empresarial informa que el período de consultas no se interrumpe por falta de constitución de la comisión representativa por lo que se les hará llegar la documentación por la vía habitual y se les invita para que se constituyan como comisión representativa durante el período de consultas, que finalizará el próximo 18 de diciembre.

A tal efecto, se propone un calendario de reuniones en los próximos días 10, 17 y 18 de diciembre a las 11 de la mañana.- descriptor 25-

En dicha reunión se adjuntó la siguiente documentación:

1.- Comunicación en la que expresaba el objeto del periodo de consultas en los siguientes términos:

" la empresa al amparo de lo previsto en el art.41,1, apartado b), plantea la necesidad de modificar el sistema de incorporaciones a la empresa y cobertura de vacantes o ascensos, así como el régimen de extinción del contrato como causa de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y traslados.

La presente decisión se fundamenta en la necesidad de dotar de mayor competitividad y flexibilidad a la compañía, para lo que resulta esencial tener un sistema de incorporaciones ágil, unificado y adaptado a las necesidades actuales de la empresa al tiempo que sea flexible para adaptarse igualmente a los cambios futuros de dichas necesidades. De igual modo, se plantea la eliminación de barreras a las futuras modificaciones de condiciones laborales, que de facto impiden cualquier tipo de variación ante el riesgo de extinción indemnizada de los contratos de trabajo, lo cual paraliza a la organización Y le impide acomodarse a las circunstancias cambiantes del mercado y la competencia.

Dicha modificación afectará a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del "Acuerdo sobre estructura y contenidos del convenio único de HEINEKEN ESPAÑA, S.A." suscrito en Sevilla el 27 de julio de 2005, que tiene naturaleza de convenio extra-estatutario

Por ello, la medida se ampara en la concurrencia de razones técnicas, productivas y organizativas que se desarrollan detalladamente en la memoria explicativa y los documentos que se aportan junto al presente escrito, poniendo a disposición de la Comisión Representativa cualquier información adicional que resulte necesaria para la comprensión y negociación de las causas y propuestas..."- descriptor 26-

2.- Memoria explicativa- descriptor 27, por reproducido- en la que la propuesta empresarial se expresa de la forma siguiente:

"Con el objetivo de mejorar las capacidades organizativas de la empresa, de cara a conseguir una mayor competitividad y productividad, acorde con lo expuesto anteriormente, consideramos imprescindible:

(a) Que en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo o traslados debidamente justificadas en razones objetivas, el trabajador que manifieste su voluntad de extinguir su contrato de trabajo, obtenga la indemnización legalmente establecida en cada caso, por lo que dejarían de aplicarse las mejoras que en estos términos se prevén actualmente en los art. 18 y 19 del Acuerdo sobre estructura y contenidos del convenio único de HESA de 27 de julio de 2005.



(b) Que el en caso de ingresos, se dejara sin efecto la normativa prevista en los art. 21 y 26 del Acuerdo sobre estructura y contenidos del convenio único de HESA de 27 de julio de 2005, así como la remisión a los convenios colectivos originarios de cada centro de trabajo, para ser de aplicación lo siguiente:

NUEVA REGULACIÓN DE INGRESOS Y COBERTURA DE VACANTES

"Los ingresos en la Compañía bajo cualquier modalidad de contrato, la cobertura de nuevos puestos de trabajo, posiciones vacantes o cualquier otra necesidad, serán libremente designados por la Dirección de la Empresa.

Para ello la Empresa establecerá los procesos de selección que en cada momento sean necesarios."

Con esta propuesta, entendemos que se contribuirá real y efectivamente a mejorar la posición competitiva de la Empresa en el mercado. No obstante, se somete a su consideración y debate con la representación de los trabajadores, con el interés de alcanzar un acuerdo al respecto."

c.- Informe relativo a las causas técnicas y productivas- obrante al descriptor 28-

d. Informe relativo a las causas organizativas. - descriptor 29.-

DUODÉCIMO.- Finalizado sin acuerdo el periodo de consultas por parte de la empresa se instó, con citación de las secciones sindicales de CSI-F, CCOO y UGT, una mediación ante el SIMA el día 29-12-2015.- descriptor 37-. El día 14 de enero de 2.016 se suscribió por las partes acta de desacuerdo- descriptor 38-

DÉCIMOTERCERO .- El día 2 de febrero de 2016 la empresa notifica su decisión a la RLT en los siguientes términos:

"La decisión final de la Empresa para la modificación de las condiciones de trabajo es la siguiente:

a) En cuanto al régimen económico en caso de modificación sustancial y traslado, aunque la Empresa considera igualmente necesaria su revisión, se ha decidido posponerlo y realizar un nuevo intento de negociación en el seno de la comisión de negociación del convenio colectivo, atendiendo de esta manera a la petición de la representación social.

A tal efecto, se convocará la Mesa Sindical en las próximas semanas para abordar esta y otras materias del convenio colectivo.

b) En cuanto al procedimiento de ingresos y cobertura de vacantes: Se ha tomado la decisión de establecer un proceso que se describe a continuación, que pivota sobre los siguientes ejes; Ser un proceso unificado, más ágil y moderno, que permita una mayor flexibilidad y competitividad para la organización empresarial, al tiempo que garantice la transparencia del proceso y tenga en cuenta la pertenencia a la Empresa y la experiencia acumulada en la misma.

En concreto el nuevo sistema de ingresos y cobertura de vacantes de Heineken España,

S.A. será el siguiente:

NUEVO PROCEDIMIENTO DE INGRESOS y COBERTURA DE VAGANTES DE HEINEKEN ESPAÑA, SA.

Este nuevo procedimiento de ingresos y cobertura de vacantes, se refiere única y exclusivamente al personal fijo, manteniéndose en el Convenio único la regulación referente a la contratación temporal y fija discontinua,

I.- INGRESOS.

Para el ingreso del personal fijo se seguirán las siguientes reglas:

1. Los puestos de directivos, Titulado Grado Superior, Titulado Grado Medio, Jefe de 1a y Jefe de 2a, grupo comercial y marketing, auditores, apoderados y secretarías de dirección serán de libre designación por la Empresa.

2. Para cubrir cualquier otra vacante de puestos no contemplados en el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el siguiente apartado II. sobre cobertura de vacantes.

II.- PROCESO DE COBERTURA DE VACANTES

1. Definición de Vacante: A estos efectos, se considera vacante la existencia de un puesto de trabajo de los referidos en el apartado I.2, cuya cobertura responda a necesidades empresariales de carácter indefinido.

2. La Empresa dará preferencia a la promoción interna como criterio principal en los procesos de cobertura de vacantes a que se refiere el apartado I.2, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en cada convocatoria y los criterios de selección.



3. Los procesos cobertura de vacantes se iniciarán con la publicación de la convocatoria, la cual será facilitada a la Representación legal de los trabajadores en la que se especificarán:

- Los requerimientos y el perfil del puesto a cubrir,
- Las normas que regularán el proceso de selección,
- Las pruebas a realizar durante el mismo.
- Los criterios de selección a que se refiere el apartado II.2

4. Los procesos para la cobertura de las vacantes en el área de producción y logística en las fábricas, que no sean de libre designación, se regirán por los siguientes criterios:

a) Se valorarán los 4 criterios de selección definidos a continuación. Cada uno de ellos tendrá una puntuación que se concretará para cada convocatoria en función de las características y necesidades del puesto a cubrir:

- Formación: se tendrá en cuenta si el candidato cumple con la formación requerida en el perfil de la vacante.
- Experiencia previa en las funciones propias de la vacante mediante la acreditación del tiempo real dedicado al desempeño de las citadas funciones.
- Prueba técnica y/o polivalencia contrastada mediante un examen o prueba técnica práctica diseñada por la Empresa para valorar el nivel de desempeño real de los candidatos en el puesto de trabajo a cubrir.
- Entrevista con el Jefe del departamento al que corresponda la vacante y el Jefe de RRHH, donde además se valorarán factores de motivación, actitud, expectativas profesionales, iniciativa, trabajo en equipo, etc.

b) La RLT podrá designar a un representante de los trabajadores que podrá estar presente en la valoración de los tres primeros criterios del proceso, sin que su incomparecencia suspenda los mismos.

c) En caso de igualdad en la valoración final de varios candidatos, tendrá preferencia el de mayor antigüedad en la Empresa.

Como consecuencia de ello:

Se deja sin efecto lo regulado en los artículos 21. A) "INGRESOS: PERSONAL FIJO " y art. 26 "COBERTURA DE VACANTES Y ASCENSOS" del Convenio Único (Acuerdo Marco de 27 de julio de 2005), y por tanto la remisión o reproducción de las antiguas y derogadas regulaciones de estas materias en cada centro de trabajo, contenida en dichos artículos del Convenio Único y en la Disposición Transitoria Décima del mismo. Igualmente se dejan sin efecto cualesquiera otros pactos, acuerdos o prácticas que pudieran haber estado vigentes hasta este momento en cualquiera de los centros de trabajo sobre estas materias.

A partir de entrada en vigor de la presente decisión modificativa, la política empresarial en materia de ingresos y cobertura de vacantes se regirá única y exclusivamente por lo establecido en el nuevo procedimiento de ingresos y cobertura de vacantes descrito en el apartado b) anterior.

Con ello se consigue otorgar homogeneidad y seguridad jurídica a este tipo de procedimientos y sistemas, conectando los mismos con las necesidades que pueda tener la Empresa en cada momento, priorizando la promoción interna.

El presente cambio se encuentra justificado en las causas antes indicadas y detalladas en el Anexo I a la presente comunicación, las cuales evidencian que la modificación propuesta contribuirá a la mejora de la productividad y competitividad de la Empresa, así como a la mejor organización de sus recursos".

En el Anexo I las causas en las que se fundaba la medida se expresaban de la forma siguiente:

"Causas productivas y técnicas.

3.1 Tras un largo período de caída de las ventas, desde el cierre de 2014 se aprecian los primeros indicios de recuperación económica.

i. El consumo de cerveza aumentó un 3% respecto del año anterior,

ii. Se comercializaron 32,3 millones de hectolitros con un aumento del 2,3% respecto del año anterior,

iii, Un 90% de la misma la produjeron los 3 principales grupos cerveceros implantados en España. Pero al mismo tiempo que se constata un crecimiento de las competidoras tradicionales, también se ha incrementado el número de Empresas nuevas en este sector, lo que supone una mayor competencia sectorial.

iv. Esta mayor competencia y los cambios en los gustos y demandas de los consumidores, obligan a las Empresas a una incesante innovación en productos y envases.



v. El consumo de cerveza en España se encuentra estabilizado; ello implica que para poder mantenerse en un mercado altamente competitivo, en el cual está creciendo el número de Empresas en el sector y el volumen de los competidores tradicionales e internacionales, es necesario fabricar con mejor calidad, ello implica, dar al cliente final lo que consume y en el momento que lo pide; así como optimizar los costes, mejorando entre otros el uso de las nuevas tecnologías.

3.2 Por todo ello, ante un incipiente crecimiento del sector y la elevada competencia de la industria cervecera en España, Heineken España precisa mejorar su posición competitiva y productiva, perfeccionando la organización y gestión de sus recursos, mejorando su proceso productivo e innovando, de cara a afrontar con seguridad los retos de futuro y dando respuesta a la demanda.

3,3 En esta necesidad dar contestación competitiva a la demanda del mercado actual de cervezas, se incardina la exigencia de flexibilidad para adaptarse a los cambios del mercado, lo cual no se puede conseguir sin una política de incorporación del talento a la organización muy ágil y exigente, sin que ello sea incompatible con la participación de todos los empleados de la compañía siempre que cumplan los requisitos exigidos en cada caso, adaptando la estructura y organización Empresarial a las cambiantes circunstancias de la demanda, el proceso productivo o la situación Empresarial.

3.4 Por su parte, la progresiva sustitución de la máquinas con componente únicamente mecánico, por otro absolutamente electromecánico hace que los requerimientos de formación del trabajador sean totalmente distintos de los que había hace más de 15 años cuando se negociaron los vigentes procedimientos de cobertura de vacantes. En el pasado las máquinas tenían un 90% de componente mecánico y un 10% de electrónica, actualmente se ha igualado a un 50% con tendencia creciente.

3.5. La progresiva automatización del funcionamiento de las máquinas, así como las labores de inspección, requiere de un compromiso extra en labores de supervisión y toma de decisiones que no ralenticen el proceso productivo. La inmediatez en las actuaciones y el profundo conocimiento de los procesos implica una optimización de costes y poder ser más competitivo

3.6 La integración de procesos de calidad y seguridad alimentaria en la propia línea de fabricación es una tendencia muy común y que va a más, realizando controles en línea. Incluso es necesario realizar la calibración de los aparatos de inspección con el fin de funcionar de forma independiente.

3.7 Por ello, se deja cada vez más atrás los trabajos manuales y mecánicos, sustituyéndolos por procesos automatizados que permiten controlar, supervisar y evaluar los procesos incrementando de forma notable la fiabilidad de los mismos, mejorando la productividad y la calidad, reduciendo las pérdidas del mismo.

3.8 Como consecuencia de todo ello, el trabajador cada vez participará menos directamente, pero cuando tenga que intervenir, sus decisiones serán claves en términos de garantizar la calidad del producto y la continuidad del proceso.

3.9 El mismo operario, que debe de ser conocedor de los concretos procesos en los que está trabajando, tiene que poder actuar cuando saltan las señales de alarma, dar respuesta inmediata para garantizar los parámetros de calidad impuestos y ser capaz de intervenir en los equipos de producción que supervisa, además de alimentar correctamente los sistemas de información.

3.10 Asimismo, esta evolución tecnológica en los equipos de producción y en especial sobre los sistemas de control y supervisión, así como en los equipos para el análisis y toma de muestras, o los equipos de dosificación de productos ha permitido una mayor automatización y control del proceso lo que se ha traducido en una mayor uniformidad del producto final, independientemente de donde se fabrique.

3.11 De igual forma esta evolución ha servido como base para mantener una continua innovación en el proceso, lo que facilita el lanzamiento continuo de nuevo productos y envases con el fin de adaptarse a la demanda.

3.12 Es por ello que en las instalaciones de Heineken, se ha venido dando un proceso global de desarrollo, suponiendo estos procesos una mayor producción automatizada, más surtido y calidad en los productos, pero generando al mismo tiempo una necesidad de trabajar de forma distinta, eliminando, tal y como ya se mencionó, la mayoría de los trabajo manuales y requiriendo una capacitación técnica de los profesionales muy importante, necesitando para ello cada vez personal más cualificado y especializado,

3.13 Así pues, para poder seguir siendo competitivos y adecuar la mano de obra a los cambios producidos, los profesionales deberán tener entre otras las siguientes cualidades:

i. Ser capaces de calibrar los instrumentos y equipos informáticos utilizados

ii. Realizar, de forma autónoma, operaciones de análisis y calibrado de la instrumentación para garantizar la calidad del producto.



iii. Deberán saber interpretar los distintos resultados de los equipos y actuar en consecuencia; dependiendo de esta actuación, la pérdida de producto o el parado de máquinas y con ello la producción.

iv. Elaborar los informes de control y supervisión, los cuales deberán realizarse en una plataforma informática y no manualmente.

3.14 Además, la implantación de los Círculos de Mejora Continua (TPM) de los procesos, exige de los trabajadores una especial proactividad para desarrollar mejores prácticas, proponer soluciones, implantarlas y verificar su impacto en la optimización de los procesos. La filosofía TPM implantada en los últimos años en las fábricas de Heineken busca que el trabajador sea autónomo y que sea capaz de trabajar por un lado, mediante el análisis de causa raíz y la toma de acciones y por otro lado en incidencias más graves, que se integre y trabaje con un equipo multidisciplinar.

3.15 El compromiso con el medio ambiente, el ahorro en la utilización de agua, disminución del consumo de energía, tratamiento de residuos y la utilización de energías renovables se hace patente en todas las áreas de fábrica, y la labor del trabajador.

3.16 Las labores de mantenimiento pasan a ser realizadas también en línea de fabricación por el trabajador, lo que exige un conocimiento de la tecnología, unos conocimientos funcionales que se incorporan de otras áreas y un objetivo claro de convertirse en autónomos desde el punto de vista operacional, tanto desde el punto de vista técnico como de mantenimiento.

Necesita de una actitud proactiva y unas dotes de liderazgo que requieren una mayor capacitación y responsabilidad.

3.17 Por todo ello, si bien hasta ahora estamos funcionando con los recursos con que contamos, la compañía debe aspirar a incorporar y retener a los mejores, para conseguir hacer verdaderamente competitiva a esta organización y posicionarla mejor respecto del resto de sus competidores, que le permita mantener en la medida de lo posible, otras muchas condiciones laborales a sus trabajadores, en un escenario con los siguientes cambios y evolución del proceso productivo y la tecnología tanto en el sector en general como en Heineken en particular:

i. Los cambios en la maquinaria.

ii. La innovación de los procesos productivos.

iii. Los cambios organizativos.

iv. El aumento de requerimientos en aspectos de seguridad e higiene, calidad y medioambiente.

v. La incorporación de nuevas tecnologías.

vi. Debido a la globalización de este sector, un incremento notable de la competitividad.

4. Causas de carácter organizativo:

4.1 Partiendo del análisis anterior, los perfiles de las nuevas incorporaciones o cobertura de vacantes deberán tener en cuenta estas exigencias de profesionalización y tecnificación.

4.2 Por las razones expuestas en el apartado anterior, el perfil de operario que se demande en la industria en el corto y medio plazo responderá a un profesional con un grado de formación específica en funciones productivas, con habilidades para asumir esa doble función de supervisión y decisor dentro del proceso productivo y que sobre todo posea un talento y potencial que pueda hacerle asumir la nueva tendencia en una industria en la que lo anteriormente inmutable y permanente en la actualidad se ha convertido en adaptable, innovador y flexible,

4.3 Esta reflexión es de interés por cuanto que, en los 9 procedimientos diferentes de ingreso y cobertura de vacantes aplicables en Heineken, que resultan de aplicación a la inmensa mayoría de puestos directamente relacionados con la producción, y que suponen un 45% del total de la plantilla, se centran en la promoción interna y se imposibilita acudir de forma directa al mercado laboral. Con ello se confía el posible crecimiento y desarrollo de la fuerza laboral, en la experiencia del personal por la simple antigüedad en puesto y Empresa, así como el pase de pruebas de aptitud planteadas ad-hoc.

4.4 Sin embargo, criterios más actuales y definitorios para una correcta adecuación de persona al puesto, como son evaluación del desempeño del trabajador en su puesto, planes de carrera o procesos de valoración de potencial se descartan o no se consideran en el actual modelo de Heineken,

4.5 Así pues, mediante el actual proceso de incorporación se genera

- Una pérdida del poder de dirección por parte de la Empresa que dispone de una visión más global de la organización y no únicamente del proceso productivo.



- La gestión de personas en la organización está basada en criterios no Empresariales y/o estratégicos, poco adaptados a las necesidades actuales del mercado laboral,
- No se evalúa a estos efectos, el desempeño de la persona o valor que aporta en el proceso si no que su permanencia en la función cuenta más en su posible promoción.
- La promoción se basa en lo "que hace la persona" no en "lo que puede llegar a hacer" (potencial).
- Se consolida con el mantenimiento de este modelo una organización "cerrada" y sin visos de introducir mejoras o nuevas formas de trabajar de una manera ágil.

4.6 Los propios procesos de incorporación y cobertura se articulan en base a un modelo falto de eficiencia, largo, costoso y en algunas ocasiones nada operativo que incorpora en todos los casos las siguientes fases (pese a su no uniformidad):

- Publicación de vacante.
- Creación de tribunal en todo caso formado por 5 miembros de los cuales la Dirección elige 2, la Representación de los Trabajadores otros 2 y el 5º elegido por la Empresa de una terna presentada por la representación de los trabajadores, de modo que la representación social siempre tendrá la mayoría y por tanto la última decisión.
- Establecimiento y pase de pruebas (en algunos casos formación previa a los candidatos).

Proceso posterior de incorporación de candidatos, que se alarga en el tiempo y limita o, en algunos casos, impide su desarrollo en base a selección externa.

4.7 Por estas razones, se alarga en el tiempo y en algunos casos desde la detección de la necesidad a su posible incorporación, pueden transcurrir perfectamente 180 días, lo cual es contrario a todas las recomendaciones de eficiencia y agilidad de las organizaciones.

4.8 Además, se centra en criterios obsoletos en la actualidad porque no aportan valor en sí mismos, como antigüedad o incluso relación familiar del candidato con personal de la Empresa; sin que se tengan en consideración ni siquiera mínimamente otros los más propios de desempeño, potencial o calidad de su trabajo.

4.9 Las distorsiones y perjuicios que se constatan en los tres principales procesos de cobertura de vacantes (Sevilla, Jaén, Madrid y Valencia), son entre otros, los siguientes:

- Se ciñen en los puestos eminentemente productivos a que la cobertura e incorporación de puestos se debe hacer desde el reclutamiento principalmente de personal interno de la Empresa, dejando en algunos casos la posibilidad de acudir a fuentes externas solo en el caso de no poder cubrir con personal de la Empresa.
- Esta priorización en el proceso de cobertura supone en sí mismo una dilación temporal innecesaria en algunos casos y en general una disminución de la capacidad de dirección por parte de la Empresa a la hora de gestionar la propia organización, por no decir la dilatada, inhábil y farragosa gestión de las personas por parte de la dirección de recursos humanos.

- Los procesos de pruebas a las que los trabajadores deben acudir y superar antes de la posible incorporación conlleva un retraso de la puesta a disposición del trabajador en el nuevo puesto o puesto vacante surgido de al menos 90 días, siempre en el mejor de los casos que dicha cobertura pueda ser realizada de manera interna (considerando plazos previos, de comunicación o publicidad de vacantes, preparación de pruebas, realización de las mismas, y comunicación y promoción de las coberturas de los nuevos ocupantes del puesto).

- Si el proceso finaliza sin poder tener perfiles idóneos para su cobertura por parte del personal interno, la duración se duplicará por cuanto que se deberá realizar una nueva convocatoria para personal externo y con el mismo procedimiento, plazos y duración. Hecho completamente contradictorio con los modelos actuales de negocio donde la agilidad y fluidez de los procesos priman con el fin de aumentar la competitividad de la Empresa.

4.10 En resumen, se evidencia un proceso lento, complejo, poco eficiente de cara a nuevas necesidades en organización de plantillas en Empresas industriales como la nuestra, y alejado de una finalidad de potenciación de habilidades y profesionalización de plantillas-

4.11 El modelo actual no permite o ralentiza esta adaptación al no aportar soluciones a las necesidades con las que se enfrenta la Empresa respecto a flexibilidad (para dar respuesta a mercado) y profesionalización (generar ventaja competitiva y eficacia organizativa).

4.12 Del mismo modo da la espalda a una posible modernización y tecnificación de su capital humano mediante la incorporación de nuevos profesionales a su estructura, que en un momento como el actual con un mercado



laboral con alto grado de demandantes de empleo y en algunos casos de alta especialización de los mismos, generaría una ventaja competitiva de su capital humano.

5. Medidas/Cambios que se pretenden implementar

5.1 A la luz de lo anterior, la decisión de proceder a la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo descrita en la comunicación y Anexo I de la presente, no se trata de una decisión caprichosa o aislada, sino que se adopta sobre el convencimiento de que la misma permitirá a la Compañía organizar sus recursos técnicos y humanos de una forma más coherente y eficaz, dando así una mejor respuesta a las necesidades de sus clientes, y mejorando la competitividad y productividad de la Compañía, al tiempo que se mantiene la priorización de la promoción interna pero desde un procedimiento en igualdad de condiciones para todo el personal de la Empresa."

Dicha decisión se comunicó también a la totalidad de la plantilla.- descriptores 40 y 41-

DÉCIMO CUARTO.- El 17 de febrero de 2016 se presentó ante el SIMA por FEAGRA-CCOO y FITAG-UGT frente a HEINEKEN ESPAÑA, S.A. solicitud de procedimiento de mediación previo a la CONVOCATORIA FORMAL DE HUELGA, por discrepancias en la negociación del Convenio Colectivo único.- descriptor 42-.

El día 19 de febrero de 2016 se presentó por CSI-F convocatoria de huelga ante el SIMA- descriptor 43-

El día 22 de febrero de 2016 se llegó por la representación de CSI-F, UGT y CCOO, de un lado, y la empresa, por el otro, al siguiente acuerdo en el SIMA:

"En relación con el sistema de cobertura de vacantes, las 24 posiciones que han sido hoy ofertadas no se llevarán a cabo hasta el próximo mes de mayo.

Hasta diciembre de 2016 la empresa se compromete a no llevar a cabo ninguna MSCT de las condiciones fijadas en el Convenio Colectivo, y la parte social se compromete a no ejercer su derecho de huelga, así como a no convocar jornada estricta."

DÉCIMO QUINTO .- Los hechos referidos en el apartado décimo-tercero, como constitutivos de las causas en los que la empresa funda la MSCT impuesta han resultado acreditados.- periciales obrantes en los descriptores 28 y 29, ratificadas y explicadas en el acto de la vista por las personas que las realizaron.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso 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, Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien en las fuentes de prueba que en cada uno de los apartados de la misma entre paréntesis se señala.

TERCERO.- Se pretende tanto en la demandada conjunta de CCOO y UGT, como en la que se ha presentado por parte de CSI-F sea declarada la nulidad de la MSCT notificada por la empresa el día 2 de febrero de 2016, por la que se modifica y unifica el régimen de ingresos, ascensos y cobertura de vacantes en la empresa HEINEKEN ESPAÑA SA y que se justifica en la concurrencia de causas productivas, técnicas y organizativas.

En la demanda de CCOO y UGT la nulidad de la medida se funda en dos razones, saber:

- Que la modificación se ha efectuado en fraude de ley, solapándose con la negociación de la misma en el seno del Convenio de la Empresa, e impidiendo a las partes negociar la misma de buena fe, lo que, según ha añadido el letrado de UGT en el acto de la vista vulnera el derecho a la libertad sindical de dichas organizaciones;

- Que la vía del procedimiento de MSCT del art. 41 E.T. no es apto para llevar a cabo la modificación operada, que en todo caso, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 82.3 debería haberse canalizado a través de un descuelgue de convenio.

La petición subsidiaria, esto es, que se declare injustificada la medida impuesta la fundan las organizaciones demandantes en la ausencia de causa objetiva que la justifique.

Por su parte CSI-F funda la nulidad en un supuesto comportamiento coactivo de la empresa respecto de los negociadores del convenio que trata con imposición de la modificación, buscarse una posición de fuerza en la negociación convencional, alegando, en segundo lugar, que no concurre causa que justifique la decisión empresarial.



Por parte de la demandada se opone la excepción de modificación sustancial de la demanda, referida a la supuesta vulneración de la libertad sindical denunciada por la UGT en el acto de la vista, y en cuanto al fondo, se alega que no habido fraude alguno, sino que nos encontramos ante una modificación sustancial justificada por las causas productivas, técnicas y organizativas invocadas, habiendo mostrado la empresa su disposición a negociar la materia; que, por otro lado, las normas que disciplinan los procedimientos de ingresos, coberturas de vacantes y ascensos son de naturaleza contractual, alegando, finalmente, que con arreglo a las conclusiones de los dictámenes periciales aportados es de apreciar la concurrencia de las referidas causas.

CUARTO.- Se impone, pues, resolver en primer lugar la excepción opuesta por la demandada. Para ello cabe señalar que esta Sala ha estudiado lo dispuesto en el art. 85.1 LRJS, por todas en la SAN de 7-03-2016, proc. 378/15, donde dijimos lo siguiente:

El art. 85.1 LRJS prevé que el demandante ratificará o ampliará la demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella **variación sustancial**. - Por **variación sustancial** debe entenderse aquella que supone modificación de las causas de pedir (STSJ País Vasco 15-11-2011, rec. 2443/2011 ; SAN 6-09-2013, proced. 204/2012 ; STSJ País Vasco de 3-07-2012, rec. 1589/2012 y STSJ Asturias 13-07-2012, rec. 1522/2012 y 14-10-2013, rec. 267/2013 ; STS 10-04-2014, rec. 154/2013 ; SAN 6-07-2015, proc. 141/2015 y SAN 11-12-2015, proc. 297/2015), como no podría ser de otro modo, puesto que dicha modificación cambia las reglas del juego y provoca indefensión a la contraparte.

Así pues, los requisitos constitutivos, para admitir la **variación sustancial** de la demanda, son los siguientes:

- a. - Que se modifiquen las causas de pedir.
- b. - Que la citada **variación** provoque indefensión a la parte demandada.

Alegándose por UGT en el juicio una supuesta vulneración de un derecho fundamental, que, en sí misma, puede constituir un nuevo motivo de nulidad de la decisión empresarial impugnada, resultando, por lo tanto, sorpresivo para la demandada, y generándole una situación indefensión, máxime cuando invocándose tal infracción entrarían en juego las especialidades en materia de distribución de la carga de la prueba que establece el art. 181.2 de la LRJS - amén de que no ha sido citado el Fiscal a la vista como hubiera sido preceptivo si la infracción se hubiese denunciado en demanda-, la excepción ha de ser acogida, sin que la Sala entre a decidir si ha existido o no vulneración del derecho a la libertad sindical de los actores.

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, y por tratarse de una cuestión de orden procedimental, que puede acarrear la nulidad de la modificación operada por la mercantil demandada debe analizar si la materia objeto de modificación sustancial era susceptible de ser modificada con arreglo al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo del art. 41 del E.T., o si, por el contrario, por aplicación de los apartados 1 y 6 del propio art. 41 en relación con el art. 82.3 también del E.T., debería haber acudido a un descuelgue salarial.

Al respecto cabe señalar que esta materia y el ámbito de la empresa demandada tal y como nos exponer los HDP de la presente resolución, con anterioridad a la modificación operada se encontraba regulada de la forma siguiente:

A.- Los ingresos se encontraban regulados de forma exhaustiva en el art. 21 del denominado "Acuerdo sobre estructura y contenidos del Convenio único de Heineken España, S.A."- comúnmente denominado Convenio único-

B.- La cobertura de vacantes y los ascensos se contemplaban el art. 26 del Acuerdo de estructura y contenidos de la forma siguiente: "*Hasta la negociación y acuerdo de una normativa general de promoción profesional, cobertura de vacantes y ascensos, que la Empresa y la Representación Legal de los Trabajadores se comprometen a negociar dentro del ámbito temporal del Convenio, seguirán siendo de aplicación las normas que hasta la firma del presente Convenio están establecidas en los distintos convenios colectivos, y que se dan aquí por íntegramente reproducidas*", precepto este que debe complementarse con lo dispuesto en la Disposición Transitoria 10ª del acuerdo:

"En tanto finaliza el proceso de negociación del I Convenio Colectivo Único de Heineken España, S.A., las partes firmantes manifiestan su voluntad expresa de que los contenidos del presente Acuerdo sustituyan a la regulación que de los mismos se hace en los convenios existentes en Heineken España, S.A.

En este sentido, este Acuerdo es incompatible con la aplicación total o parcial de dichos convenios colectivos en las materias o capítulos aquí regulados, salvo que se prevea expresamente otra cosa en el presente Acuerdo y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo cuarto de esta misma disposición.



Quedarán asimismo sin efecto cualesquiera otros Acuerdos o Pactos colectivos en lo que contradijeran lo dispuesto expresamente en este Acuerdo. "

En relación con lo dispuesto en los dos primeros párrafos de esta Disposición, las partes acuerdan que, hasta tanto finalice esta negociación, mantenga su vigencia lo dispuesto en los Convenios y Acuerdos Colectivos anteriores en lo referente a las materias relacionadas por convenios en el Anexo XIII para sus respectivos ámbitos, si bien las partes, de mutuo acuerdo, podrán añadir aquellos otros preceptos o acuerdos no enunciados por error u omisión que se refieran a las siguientes materias o bloques:

....

Cobertura de vacantes y ascensos "

Expuestas las normas que regulan la materia, hemos de señalar lo siguiente:

1.- En primer lugar, se debe recalcar, que existe consenso entre los litigantes a la hora de señalar que el Convenio único de 25.7.2005 participa de la naturaleza jurídica de un Convenio colectivo extra-estatutari, porque no fue objeto de publicación en el BOE, y que esta naturaleza jurídica se ha señalado ya en dos resoluciones de esta Sala y en otras tantas del TS que confirmaron las aquí dictadas- Ss.AN de 26-10-2012 -proc.180/2012 y 30-3-2.012- proc.26/2012 y Ss.TS de 22-1-2.014- rec.89/2013 - y de 22-7-2.013- rec 106/2.012 . Tal naturaleza hace que las materias que se encuentren reguladas en este acuerdo, por aplicación del art. 41.2,1 y a contrario sensu del art. 41.6 del vigente TRLET , puedan ser modificadas con arreglo al procedimiento del apartado 4 del meritado art. 41, sin necesidad de acudir al denominado procedimiento de descuelgue de convenio del art. 82.3 del E.T .

Por otro lado, aún en el caso de que el referido acuerdo tuviera naturaleza de Convenio estatutario, lo que descartamos porque como se dijo ya ha sido resuelto en anteriores sentencias, al haber transcurrido más de un año desde su denuncia, con arreglo a la doctrina que sentó la STS de 22-12-2.014 , las condiciones de trabajo que en el se establecían se encontraban contractualizadas, resultando por ende modificables con arreglo al art. 41.4, siempre que concurriese causa habilitante.

2.- En lo que se refiere a las materias en las que continúa en vigor la regulación se los antiguos convenios de empresa y de centro, previos al Acuerdo de 25-7-2.005, la Sala estima que las mismas participan de la misma naturaleza que el mismo acuerdo y ello por dos razones siendo cada una de ellas de peso suficiente como para llevarnos a la conclusión que hemos anticipado:

a.- En primer lugar, partiendo del hecho acreditado de que nos encontramos con diversas empresas que se fusionan en una sola- supuesto típico de sucesión empresarial- debemos indicar que los trabajadores al producirse tal fusión, mantenían las condiciones de trabajo establecidas en los convenios anteriores a tal fusión por mor de lo dispuesto en el art. 44.4 del E.T , el cual en consonancia con lo dispuesto en la regulación comunitaria que trae causa de las Directivas Comunitarias 77/387, 98/50 y 2001/23, dispone:

"Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida."

Y por este mismo precepto, el Acuerdo de 25-7-2.005, alcanzado entre la dirección de la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores afectados por la sucesión, opera como el pacto en contrario al que se refiere el precepto, aun cuando tenga naturaleza de convenio extra-estatutario, y prueba de ello son los términos de su D. transitoria 10ª en virtud de la cual se dejan de aplicar los convenios de origen, pasando la regulación que estos contenían sobre determinadas materias a incorporarse al nuevo acuerdo, como contenido propio del mismo, y por tanto participando de su misma naturaleza.

b.- Porque aun cuando no conste de la denuncia de los acuerdos, de los términos en que aparece redactado el mismo, cabe inferir que las partes negociadoras los tenían por válidamente denunciados, lo que hace, que por la entrada en vigor de la Ley 3/2.012 de 10 de julio, deba entenderse que su vigencia expiró el 12-7-2.013.

Por ello, hemos de rechazar la concurrencia de este motivo de nulidad.

SEXTO.- Con relación al fraude de ley que viciaría igualmente de nulidad la modificación operada que señalaba esta Sala en la SAN de 28-12-2.012- proc. 338/2012 -, que " *la jurisprudencia ha sido constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, las SSTS/Social 16-febrero-1993 -recurso 2655/1991 , 18-julio-1994 -recurso 137/1994 , 21-junio-2004 -recurso 3143/2003 y 14-marzo-2005*



-recurso 6/2004), pues su existencia - como la del abuso de derecho - sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS/IV 25-mayo-2000 -recurso 2947/1999),y que si bien en la STS 12-05-2009, recud. 2497/2008 se matizó y cierto modo, corrigió, dicho criterio en los siguientes términos:

"2.- Pero rectificando criterio aislado anterior en el que se había indicado que « esta Sala ha declarado reiteradamente el fraude de Ley no puede derivarse de meras presunciones » (STS/Social 21-junio-1990), de forma unánime se proclama en la actualidad que sí podrá acreditarse su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiéndose entre estas últimas a las presunciones en el art. 1.253 CC EDL 1889/1 (derogado por Disposición Derogatoria Única 2-1 LEC/2000 (RCL 2000 \34, 962 y)) (SSTS 4-febrero-1999 -recurso 896/1998 , 24-febrero-2003\3018) -recurso 4369/2001 y 21-junio-2004 -recurso 3143/2003). En este sentido se afirma, como recuerda la citada STS/IV 14- mayo-2008 , que "la expresión no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (la «praesumptiohominis» del art. 1253 CC EDL 1889/1 cuando entre los hechos demostrados... y el que se trata de deducir... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (STS 29 marzo 1993 \2218) -rec. 795/92 -, reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01 - y 30/03/06 -rcud 53/05 -; esta última en obiter dicta)".

3.- Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental que desde siempre ha sido debatida es la afectante a la exigencia de «animus fraudandi» como requisito del fraude de ley. La jurisprudencia -de esta Sala IV y de la I - no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva (atiende al resultado prohibido) y la subjetiva (contempla la intención defraudatoria), sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS/I 22- diciembre-1997 \9339) (recurso 1667/1993), al caracterizar la figura «como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello (SS. 14 febrero 1986 y 12 noviembre 1988), llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal (S. de 26 mayo 1989)».

4.- Oscilación entre las teorías -objetiva y subjetiva- que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala, como sigue analizando la citada STS/IV 14- mayo-2008 . Ciertamente que no faltan resoluciones que atienden -para apreciar el fraude - a la mera constatación objetiva de la producción del resultado prohibido por la norma (al margen de la intención o propósito del autor), como cuando se afirma que aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (STS/IV 19-junio-1995 - recurso 2371/1994 ; citada por la de 31-mayo-2007 -recurso 401/2006). Pero mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley , el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS/IV 11-octubre- 1991 -recurso 195/1991 y 5-diciembre- 1991 - recurso 626/1991), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento (STS/IV 6-febrero-2003 -recurso 1207/2002); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 5-diciembre- 1991 -recurso 626/1991). O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC EDL 1889/1 es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial (así, con cita de diversos precedentes, las SSTS/IV 16-enero-1996 -recurso 693/1995 en contratación temporal ; y 31-mayo-2007 -recurso 401/2006 en contrato de aprendizaje)".

Partiendo de estos parámetros, la Sala considera, que a la vista de lo que obra en el relato histórico de la presente resolución no cabe inferir conducta fraudulenta alguna por parte de la mercantil demandada a la hora de acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo que ahora se enjuicia.

En efecto, en nuestro entender ni existe prohibición legal expresa, ni las partes habían asumido compromiso al respecto, para que un empresario pueda acudir al procedimiento del art. 41, aun cuando el mismo, afecte a materias que estén siendo objeto de debate en el seno de la negociación de un Convenio colectivo, pues la



negociación colectiva puede proseguir por su cauce, pudiendo el fruto de la misma, posteriormente, sustituir lo acordado de forma unilateral o paccionada, con arreglo al mecanismo de la MSCT.

A nuestro juicio, la buena fe negocial que predica el art. 89.1, en el seno de negociaciones colectivas que se prolongan de forma considerable a lo largo del tiempo, no puede suponer una petrificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo objeto de negociación, impidiendo a la empresa acudir a procedimientos de flexibilidad interna que el legislador ha configurado para solventar situaciones de crisis empresarial como es el previsto en el art. 41 E.T., siempre y cuando existan razones que lo justifiquen, comprometiendo la competitividad, productividad o, incluso la viabilidad del proyecto empresarial.

A ello debemos añadir, que por parte de la empresa, aun cuando finalmente haya adoptado una decisión de carácter unitaleral, se han propiciado procedimientos tendentes a adoptar una solución consensuada, existiendo en la actualidad un compromiso vigente de negociar en el seno de la comisión negociadora del Convenio las materias objeto de la medida que se impugna, llegando a suspender hasta el mes de mayo la aplicación efectiva de la medida.

Y lo que se acaba de razonar para descartar el fraude, nos ha de llevar a descartar la supuesta coacción que denuncia CSI-F, puesto que si resulta legítimo acudir a la vía del art. 41, el hacer un uso proporcionado de éste derecho resulta lícito, aun cuando pueda afectar de forma directa o indirecta al resultado de la negociación colectiva.

SÉPTIMO.- En lo que se refiere a la negada por los actores concurrencia de la causa justificativa de la modificación, debemos señalar que el art. 41.1 E.T. dispone: " *La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.* ", precepto este, que por aplicación analógica de los arts. 47.1 y 51.1 E.T. debemos completar con la siguiente dicción: " *Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.*"

En el presente caso consideramos que del resultado, no contradicho por prueba alguna, de las periciales practicadas a instancia de la empresa hemos de concluir que concurren las causas expuestas por la empresa, esto es, de índole productiva, técnica y organizativa, resultado la medida adoptada idónea para mejorar la productividad empresarial.

Desde el punto de vista técnico y productivo se concluye en tales periciales que en el sector de la fabricación de cervezas se han producido, cambios en la maquinarias utilizadas, se innova en los procesos productivos y organizativos, aumentando los requerimientos en aspectos de seguridad e higiene, calidad y medioambiente, habiéndose incorporado a la producción nuevas tecnologías, y una mayor competitividad en el sector, cambios todos ellos que hacen que deban revisarse las pruebas y criterios que hasta la fecha se venían manejando a la hora de seleccionar el personal, tanto de nueva contratación como para la cobertura de las vacantes que se produzcan, de forma que resulten aptos para conseguir los perfiles profesionales y personales idóneos para cada puesto de trabajo, resultando, en cierto modo obsoleta la regulación que hasta la fecha se contenía en el Acuerdo de estructura y contenidos de 25-7-2.005 y en los Convenios anteriores cuya regulación hacía suya dicho acuerdo.

Desde el punto de vistas organizativo, analizados los procesos de ascensos y cobertura de vacantes, por el perito técnico en recursos humanos constató las siguientes deficiencias, que aconsejan modificaciones en la materia, para una correcta ordenación de la mano de obra:

-("los procedimientos vigentes")se ciñen en los puestos eminentemente productivos a que la cobertura e incorporación de puestos se debe hacer desde el reclutamiento principalmente de personal interno de la Empresa, dejando en algunos casos la posibilidad de acudir a fuentes externas solo en el caso de no poder cubrir con personal de la Empresa.

- Esta priorización en el proceso de cobertura supone en sí mismo una dilación temporal innecesaria en algunos casos y en general una disminución de la capacidad de dirección por parte de la Empresa a la hora de gestionar la propia organización, por no decir la dilatada, inhábil y farragosa gestión de las personas por parte de la dirección de recursos humanos.

-Los procesos de pruebas a las que los trabajadores deben acudir y superar antes de la posible incorporación conlleva un retraso de la puesta a disposición del trabajador en el nuevo puesto o puesto vacante surgido de al menos 90 días, siempre en el mejor de los casos que dicha cobertura pueda ser realizada de manera interna



(considerando plazos previos, de comunicación o publicidad de vacantes, preparación de pruebas, realización de las mismas, y comunicación y promoción de las coberturas de los nuevos ocupantes del puesto).

-Si el proceso finaliza sin poder tener perfiles idóneos para su cobertura por parte del personal interno, la duración se duplicará por cuanto que se deberá realizar una nueva convocatoria para personal externo y con el mismo procedimiento, plazos y duración. Hecho completamente contradictorio con los modelos actuales de negocio donde la agilidad y fluidez de los procesos priman con el fin de aumentar la competitividad de la Empresa.

En resumen, se evidencia un proceso lento, complejo, poco eficiente de cara a nuevas necesidades en organización de plantillas en Empresas industriales como la nuestra, y alejado de una finalidad de potenciación de habilidades y profesionalización de plantillas-

El modelo actual no permite o ralentiza esta adaptación al no aportar soluciones a las necesidades con las que se enfrenta la Empresa respecto a flexibilidad (para dar respuesta a mercado) y profesionalización (generar ventaja competitiva y eficacia organizativa).

Del mismo modo da la espalda a una posible modernización y tecnificación de su capital humano mediante la incorporación de nuevos profesionales a su estructura, que en un momento como el actual con un mercado laboral con alto grado de demandantes de empleo y en algunos casos de alta especialización de los mismos, generaría una ventaja competitiva de su capital humano.

Concurriendo las razones justificativas, la medida impugnada, además de resultar razonable y proporcionada en términos de gestión empresarial para una más correcta y efectiva asignación de los recursos humanos de la empresa, se concilia con el derecho a la promoción profesional, pues se da preferencias para la cobertura de las plazas al trabajador que llevé más tiempo en la empresa, priorizándose, en consecuencia la, promoción interna frente a la contratación externa, garantizándose, por otro lado, una más rápida cobertura de la plaza con arreglo a los perfiles que requieren la nueva situación técnico-productiva.

OCTAVO .- Por todo lo razonado se desestimarán íntegramente las demandas deducidas, declarando justificada la medida impugnada..

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

FALLAMOS

Que apreciando la excepción de variación sustancial de la demanda invocada por HEINEKEN ESPAÑA, S.A. con relación a la vulneración de la libertad sindical denunciada por UGT y desestimando las demandas deducidas por CCOO y UGT y por CSI-F frente a HEINEKEN ESPAÑA, S.A. absolvemos a la misma de los pedimentos formulados en la demanda, declarando justificada la modificación de condiciones de trabajo impugnada.

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 Letrado 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 , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0058 16; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0058 16, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012,de 13 de diciembre.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ