



Roj: **SAN 4072/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4072**

Id Cendoj: **28079240012017100143**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2017**

Nº de Recurso: **195/2017**

Nº de Resolución: **142/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00142/2017

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 142/17

Fecha de Juicio: 20/9/2017

Fecha Sentencia: 09/10/17

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000195 /2017

Proc. Acumulados:

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO)

Demandado/s: VODAFONE ONO SAU, HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA, SL., FESMC-UGT, SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA COMUNICACIÓN (STC)

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: - *La Audiencia Nacional desestima la demanda deducida por CCOO contra VODAFONE ONO, HUAWEI, UGT Y STC, en la que impugna la cesión vía sucesión de empresas de los trabajadores adscritos al servicio de mantenimiento de la red de telefonía fija y el acuerdo suscrito entre los demandados al respecto.*

Se estima la excepción de variación sustancial de la demanda porque nada se dice en la misma del plan de pensiones, cuestión introducida ex novo en el acto del Juicio.

Se considera que se ha transmitido una actividad productiva autónoma de la empresa por cuanto que afecta a un conjunto organizado de medios personales, materiales y e inmateriales que desarrollan una actividad con entidad propia que también se trasmite mediante externalización.

Se avala el acuerdo suscrito entre las partes en el entendimiento de que respeta la conservación de los derechos del convenio de origen en los términos del art. 44.4 E.T .



Finalmente, se descarta que los representantes de los trabajadores tengan la garantía de permanencia que el art. 68 E.T prevé para los supuestos de despido colectivo y suspensión de contratos en los casos de sucesión de empresas.

Voto particular formulado por la Ilma. Sra. D^a Emilia Ruiz Jarabo Quemada.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: GCM

NIG: 28079 24 4 2017 0000204

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000195 /2017

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo/a. Sr/a: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 142/17

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D^a . Emilia Ruiz Jarabo Quemada

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a nueve de octubre de dos mil diecisiete.

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 CONFLICTOS COLECTIVOS 0000195 /2017 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (Letrado D. Ángel Martín Aguado) contra VODAFONE ONO SAU (Letrado D. Ignacio García-Perrote Escartín), HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA SL (Letrado D. Rafael Muñoz de la Espada Palomino) FESMC- UGT (Letrado D. Bernardo García Rodríguez), SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA COMUNICACIÓN (STC) (Letrado D. Pedro Feced Martínez sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 15 de junio de 2017 se presentó demanda por CCOO sobre conflicto colectivo.

Segundo.- Por Decreto de 16 de junio se registró la demanda con el número 195/2017 como fecha para los actos de conciliación y, en su caso, juicio el día 20 de septiembre de 2017.

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 CCOO se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia por la que se declare:



1º.- La nulidad de la transferencia de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a la empresa HUAWEI, así como de la propia sucesión empresarial y del acuerdo colectivo suscrito el 14 de febrero de 2017, en los que se inscribe dicha transferencia.

2º.- la nulidad de los actos derivados de la sucesión empresarial y del acuerdo colectivo ahora impugnados.

3º.- Que en consecuencia, las codemandadas procedan a aplicar los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de la sucesión empresarial y del acuerdo impugnados y por consiguiente, se reponga a los trabajadores afectados, por el presente conflicto, en todas las condiciones y derechos que tenían antes de la sucesión empresarial impugnada.

4º.- Que con carácter subsidiario se declare que la sucesión empresarial y el acuerdo colectivo objetos de impugnación no se ajustan a derecho, con las consecuencias legales correspondientes, incluida la restitución a los afectados de sus anteriores puestos de trabajo.

5º.- Qué con carácter subsidiario, se declare la nulidad de la transferencia de los delegados sindicales afectados por la sucesión empresarial impugnada, debiendo ser éstos reincorporados a Vodafone Ono y en las condiciones que tenían con anterioridad a la subrogación.

6º.- Que se condene a las codemandadas a estar y pasar por dichas declaraciones.

En sustento de sus peticiones argumentó:

a.- que ya en el año 2013 Vodafone España transfirió a la codemandada Huawei parte de la actividad y de la plantilla adscritos a la Unidad productiva autónoma de mantenimiento de las comunicaciones, que a raíz de la integración con la compañía ONO, Vodafone ha reestructurado la plantilla, suponiendo el cese de multitud de trabajadores, y que la cesionaria antes referida Huawei a transmitido parcialmente el servicio de mantenimiento adquirido a Eulen;

b.- que rigiendo las relaciones laborales de la demandada Vodafone Ono con sus trabajadores por el I Convenio colectivo (2016-2019) del Grupo Vodafone España (BOE 7 de octubre de 2016), en reuniones de la misma fecha 24-1 y 30-1 de 2017 expuso a la representación social la decisión de externalizar el servicio de mantenimiento de la red fija a la codemandada Huawei, comunicándose en la segunda de las reuniones que dicha operación suponía una sucesión de empresa ex. Art. 44 E.T ; que a raíz de dicha comunicación se creó una Comisión negociadora entre las empresas, cedente y cesionaria, y representantes de UGT, STC y CCOO, a fin de abordar el proceso, suscribiéndose en su seno por las empresas y sindicatos presentes en la negociación el denominado "Acuerdo de la transmisión de la actividad de mantenimiento de la red fija de Vodafone Ono a Huawei al amparo, se dice, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores entre la representación de Vodafone Ono", siendo tres los motivos de oposición de CCOO a la suscripción del mismo: la unidad que se transmitía se encontraba fraccionada, el acuerdo no garantizaba los derechos de los trabajadores transmitidos conforme al art. 44 E.T , y el acuerdo vulneraba su derecho a la libertad sindical pues afectaba a representantes de los trabajadores, a los que no se les había respetado su prioridad de permanencia en la empresa.

c.- Se sostuvo que no había habido una sucesión de empresas por cuanto que lo transmitido de Huawei a ONO no revestía los caracteres de una unidad productiva autónoma ya que el personal directivo adscrito al servicio de mantenimiento de la línea de telefonía fija- el coordinador y los seis team leaders regionales permanecían en la empresa; no se había transmitido la titularidad de las aplicaciones informáticas, que se mantenía por parte de Vodafone, no se habían transmitido los repuestos, pues permanecían en la sede de la cedente, y la entidad no tenía autonomía alguna, pues desarrollaba su actividad bajo la dirección de la empresa cedente, añadió que además no se respetaban los derechos relativos al plan de pensiones.

d.- Se consideró que el Acuerdo que se impugna suscrito entre las empresas cedente y cesionaria y la mayoría de la RLT de aquella no garantiza los derechos del art. 44 del E.T ya que: solo garantiza la aplicación del convenio colectivo de la cedente durante dos años; no se respetan ni la revisión salarial del convenio del Grupo Vodafone, ni la retribución variable, se pierden los derechos al fondo social, y se sustituye el beneficio de tráfico telefónico que tenían determinados trabajadores- los que se incorporaron a Vodafone- ONO provenientes de AUNA comunicaciones- por una compensación económica y por parte de Huawei en las nóminas se retiene el IRPF que devengan los seguros médico y de vida, considerándolo salario en especie.

e.- Finalmente, se denunció que con la subrogación se había vulnerado el derecho a la libertad sindical ya que el proceso de externalización ha afectado a cuatro delegados sindicales de ámbito estatal (tres de CCOO y uno de STC) y a un delegado que era Secretario general de la sección sindical estatal de CCOO en Vodafone Ono; que de acuerdo con el artículo 10.3 LOLS en relación con el artículo 28 de la CE y el artículo 68 ET , tienen la garantía de permanencia en la empresa dado que su ámbito de representación es superior al de la actividad o servicio objeto de la subrogación.



El letrado de la empresa demandada, VOFONONE ONO, se opuso a la demanda deducida de contrario solicitando la desestimación de la misma, alegando para ello:

a.- Con carácter procesal y respecto de la alegación concerniente al plan de pensiones la excepción de variación sustancial de la demanda, por cuanto que nada se dice en la demanda del referido Plan.

b.- En cuanto al fondo, en primer lugar, se defendió que se había transmitido una unidad productiva autónoma ya que:

- la transmisión afectaba desde el punto de vista personal a la plantilla necesaria para desarrollar una actividad accesoria en la empresa como es la adscrita al servicio de mantenimiento de la red de telefonía fija, afectando tanto a los técnicos como a los supervisores, y no afectó a la coordinadora ni a los denominados Teams Leaders por cuanto que desempeñan funciones esenciales para el desarrollo de la actividad de Vodafone;

- se había transmitido el uso de las aplicaciones informáticas necesarias para desarrollar la actividad de la siguiente manera: las que eran titularidad del grupo Vodafone y que son en muchos casos comunes a todos los proveedores, mediante la habilitación de la cesionaria como usuario, y respecto de las que eran titularidad de terceros, subrogando a la cesionaria en los contratos con los referidos terceros;

- la transmisión afectó a las instrumentos, herramientas y utensilios, tanto individuales como colectivos necesarios para llevar a cabo la actividad;

- y es prueba de ello que la actividad se ha venido desarrollando por la cesionaria sin incidentes desde la misma fecha de la transmisión.

c.- Contrariamente a lo que se dice por la demandante, se afirmó que el Acuerdo suscrito garantiza la aplicación del convenio de Vodafone en los términos del art. 44.4 del E.T, garantizando por otro lado, que la entrada de un nuevo convenio que resulte de aplicación a la unidad transmitida, no afectará a tal aplicación sino acaece después del 1 de abril de 2019; se alegó por otro lado, que únicamente se han modificado condiciones de trabajo previstas en el convenio, que resultarían inaplicables a quienes no fueran empleados de las empresas Vodafone ONO o Vodafone España, tales como el aumento salarial, que aparece vinculado a los resultados de dichas compañías, la retribución variable, el Fondo social o el beneficio de tráfico de llamadas ya que la cesionaria no es titular de licencia de telefonía;

d.- Finalmente negó la supuesta lesión al derecho a la libertad sindical de la actora por cuanto que en la sucesión de empresa no rige prioridad alguna de permanencia, sino que la afectación viene dada por la concreta adscripción a la unidad productiva que se transmite.

Los letrados de Huawei y de las organizaciones sindicales codemandadas, esgrimieron similares argumentos a los del letrado de Vodafone, si bien estos últimos recalcaron que la transmisión afectó tanto a representantes de CCOO como del resto de organizaciones sindicales.

Seguidamente, tras contestarse la excepción por parte del letrado de la actora, el cual aceptó la concurrencia de la misma, se acordó el recibimiento del juicio a prueba proponiéndose y practicándose la documental, la pericial y la testifical, tras lo cual las partes elevaron a definitivas sus conclusiones.

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 : - La externalización es una medida habitual en el sector y no fue impugnada en su momento. - El personal no transferido fue el Director y 6 team leaders se ocupaban de tareas de dirección de mantenimiento de la red regional.- El director y los team leaders eran los que coordinaban el cumplimiento del contrato de mantenimiento de la red móvil.- Lo que ha sido objeto de transmisión es la UPA de mantenimiento de la red fija. - La transferida está conformada como organización propia, se han traspasado medios personales y materiales para el debido funcionamiento del servicio. - FML planning, Em y FM management no se traspasaron, son áreas con tareas diferentes, además de mantenimiento están compuestos por 30 trabajadores. - Se ha pasado uso de base de datos de clientes de Vodafone, no la propiedad ya que se utilizan por todas las áreas y no son propiedad de Vodafone España sino de la matriz internacional. - Se han transferido además aplicaciones informáticas, cronos y tax 4 wak.- Se han transferido stock de repuestos, herramientas, vehículos y medios materiales. - Vodafone han mantenido repuestos críticos relacionados con funcionamiento de red fija si bien Huawei tiene acceso a ellos. - El objetivo del acuerdo era garantizar los derechos de los trabajadores transferidos.- Se han excluidos beneficios cuya naturaleza pudieran impedir tener rodaje en Huawei.

- La retribución fija y variable en Vodafone está relacionada con el EBITDA de la compañía. - El ejercicio correspondiente de Vodafone no ha alcanzado el



EBITDA pero mantuvo incremento de retribución fija en 1%. - Los porcentajes de la retribución variable son 6%, 8%, 10% - El tratamiento fiscal, se aplican retenciones a concepto salariales por Huawei - Los team leaders en Vodafone no se ocupaban en primera línea de la actividad del personal transferido. - Ese encuadramiento de personal transferido estaba compuesto por 20 supervisores. - Huawei ha mantenido el mismo organigrama de Vodafone.-Vodafone controla el cumplimiento y ejecución del contrato con Huawei pero no la gestión del servicio.

Hechos pacíficos: - En 2013 Vodafone también externalizó el mantenimiento de la red móvil a Huawei.- se ha seguido un periodo de consultas que concluyó con el acuerdo de 14/2/17 firmado por Huawei, UGT y STC. - La transferida continúa funcionando desde el primer día en Huawei sin problema.- Se han transferido actividad de mantenimiento logística repuestos. - También se ha transferido área FLM LE.-Se ha dado la garantía de que Huawei no realizara subcontratación ni movilidad funcional y geográfica, ni aplicara el art. 41. - Se mantiene el convenio de Vodafone hasta abril de 2019 aunque entre el vigor un convenio nuevo de Huawei. - No se transferido la coordinación general ni team leaders regionales.- El director y team leaders permanecen en Vodafone para garantizar el cumplimiento del contrato de servicios con Huawei. - La retribución fija se ha incrementado un 1% anual. - La retribución variable antes en Vodafone se relacionaba con resultados de la compañía y resultados individuales, se han retirado resultados, los resultados de la compañía se mantienen los individuales.- Respecto del fondo social no se menciona nada en el acuerdo. - Han sido transferidos cuatro delegados sindicales, tres de CCOO, uno de STC y un representante con condición de secretario general de la sección sindical de CCOO.

- Además se han transferido representantes unitarios de UGT y STC.- Todos prestaban servicios en áreas de mantenimiento de telefonía fija en Vodafone. - En el acuerdo se decidió el mantenimiento de la condición de representantes unitarios y sindicales tanto para los representantes LOLS y no LOLS. - Se suscribió acuerdos de garantía de Vodafone firmados antes con CCOO. - La propuesta del mantenimiento de los representantes unitario y sindicales fue aceptada por la empresa y fue propuesto por CCOO.

Quinto.- En el acto de deliberación, la Magistrada Ilustrísima Sra. D^a Emilia Ruiz Jarabo Quemada señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular.

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

HECHOS PROBADOS.-

PRIMERO - CCOO tiene la condición legal de sindicato más representativo y acredita presencia y audiencia electoral en las empresas demandadas.- conforme-

SEGUNDO.- El convenio de aplicación en la empresa codemandada Vodafone Ono es el I Convenio colectivo (2016-2019) del Grupo Vodafone España (BOE 7 de octubre de 2016) y en Huawei Technologies España S.L., se aplican los diferentes Convenios colectivos para el Comercio del Metal correspondientes a la Comunidad Autónoma o a la Provincia en función de donde se encuentre ubicada la plataforma de la compañía Huawei.- conforme-

En la empresa Vodafone ONO rigen además los siguientes pactos o acuerdos y condiciones de trabajo:

1.- El acuerdo de ordenación de representantes sindicales de Vodafone ONO SAU y Tendaria SAU, cuyo contenido obra en el descriptor 20.-

2.- La SAN 97/2009 de 16-9-2009 - proceso 34/2008- reconoció a los trabajadores que fueron subrogados por CABLEUROPA, SA, provenientes de AUNA TELECOMUNICACIONES, SA, que se les mantuviese el beneficio denominado "tráfico en telefonía" en las mismas condiciones existentes en enero de 2008, beneficio que les reconoce en la actualidad VODAFONE ONO, actual empleadora de los mismos después de diversas subrogaciones- conforme-

3.- El acuerdo de MSCT de 13-3-2.015 sobre retribuciones variables- descriptor 18-, en el que la retribución variable se hace depender de objetivos colectivos y de desempeño individual, de la forma siguiente:

"A partir de abril de 2015 y a futuro, considerando al año fiscal de Vodafone (abril-marzo), para los trabajadores de ONO adscritos a este sistema de retribución variable (Bonus anual) se aplicará el sistema denominado Pertormsnce Dialogue y escala PIGEX (se adjunta documentación) instaurado en las empresas que conforman el Grupo Vodafone y que consiste en un sistema mixto entre objetivos corporativos y objetivos individuales fijados por el mando de cada empleado. Los objetivos corporativos asociados a este sistema de retribución serán los mismos y comunes tanto para los trabajadores de ONO como para los trabajadores de Vodafone España y serán fijados aproximadamente en el mes de junio de 2015 de conformidad con el calendario establecido por Grupo Vodafone"



TERCERO.- En fecha 1 de mayo de 2013 la empresa Vodafone España transfirió a la empresa Huawei, parte de la actividad y buena parte de los trabajadores adscritos a la UPA de mantenimiento de telecomunicaciones de telefonía móvil, dicha operación se denominó por Vodafone Proyecto Halley- conforme-.

CUARTO.- Vodafone España alcanzó un acuerdo en marzo de 2014 para comprar las acciones de la empresa Ono y así integrar los servicios comerciales de ambas marcas y desarrollar un proceso de unificación empresarial- conforme-.

QUINTO.- El día 24-1-2017, previa convocatoria por parte de las empresas Vodafone España y Vodafone ONO, se celebró reunión de representantes de las mismas, con la representación social- compuesta por 4 representantes de CCOO, 3 de UGT y 4 de STC a fin de informar la representación empresarial- en adelante RE- a la representación social- en adelante RS- a cerca de la externalización del servicio del mantenimiento de la red fija.

El contenido de la reunión obra documentado en el acta obrante en descriptor 66 que damos por reproducido, si bien destacamos del mismo que la RE informó sobre las líneas generales y punto en el que se encontraba el proceso de externalización, señalando en cuanto al ámbito que estaría incluida la actividad de mantenimiento de la red fija, lo que implicaría la transmisión de la UPA formada por FLM Regions- equipos de Dispatch y Maintenance) y Logistics and Spares, afectando sólo a los empleados de Vodafone ONO; que aun cuando se mantenían tratos con dos proveedores- Huawei y Ericson- se pretendía llevar a cabo la transmisión antes del día 1-4-2017 y con dicho proyecto se pretendía la integración del mantenimiento de la red de Vodafone (fija y móvil) unificando en un único proveedor los servicios de mantenimiento, desarrollados hasta esa fecha de manera independiente generando eficiencias, que el proyecto se materializaría a través del art. 44 E.T , manteniendo el empleo de la Unidad Productiva autónoma que se pretende transferir, así como la apertura de periodo de consultas con participación de la empresa que resulte adjudicataria, para tratar de conseguir las mayores garantías dentro del citado proceso.

SEXTO.- El día 30-1-2017 se reúnen las mismas partes, extendiéndose el acta obrante en el descriptor 67, que damos por reproducido, en el que la RE confirma a la RS que el contrato ha sido adjudicado a la empresa Huawei e informa de los siguientes extremos:

1. Se confirma el ámbito de la cesión expuesto, precisando que quedarían excluidos de la cesión los 6 "TEAM Leaders de Maintenance (Zonas 1,2,3,4 y 6 y 7) al ser estos responsables de cada Zona y no formar parte de la UPA externalizada pues desarrollan funciones de control de actividad y Kpls , actividades "Core" de Vodafone, siendo una actividad necesaria y estratégica para la empresa.

2. Se confirma, igualmente, que la fecha efectiva de la transmisión de la UPA será el 22-3-2017, fecha a partir de la cual Huawei será el nuevo empleador.

3. La RE anuncia que previo contacto con el proveedor- Huawei- se convocará a la RLT para definir todos los aspectos y términos que tengan traslación directa a través del art. 44 E.T .- descriptor 67-.

SÉPTIMO.- El día 2 de febrero de 2017 se constituyó la denominada "COMISIÓN NEGOCIADORA EN LA TRANSMISIÓN DE LA ACTIVIDAD DE MANTENIMIENTO DE LA RED FIJA ART.44 ET VODAFONE ONO Y HUAWEI" con representantes de las dos empresas por la parte empresarial, y de los sindicatos STC, UGT y CCOO, celebrando la primera de sus reuniones reunión de la que se extendió el acta que obra en el descriptor 68 y cuyo contenido se da íntegramente por si bien, debe referirse que en la misma la RE destacó que no habrá modificación de las condiciones de trabajo, si bien, hay determinados beneficios empresariales que por su propia naturaleza de empresa, no pueden ofrecerse en la empresa cesionana, y por ello, se ha iniciado la negociación para acomodar o compensar en su caso dichos beneficios; igualmente se indicó que serían subrogados 228 empleados, quedando excluidos únicamente, los 6 Team Leader Network Operations and Maintenance, Responsables de cada zona (Zonas 1,2,3,4 y 6, y 7, al no formar parte de la Unidad Productiva Autónoma que se externaliza, ya que desarrollan funciones de control de actividad y KPIs. así como la gestión de contratos, que son actividades "core" de Vodafone, siendo por tanto, una actividad necesaria y estratégica para la Empresa, y una persona del equipo de Logistics & Spares cuya actividad principal es la gestión de las contratos de Repuestos de Móvil (Huawei, ALU, Encsson y Nokia) para Vodafone España y esto no está dentro de la UPA, precisándose que adicionalmente el contrato global de Logística de repuestos de móvil que gestiona Ericsson va a seguir existiendo y siendo gestionado desde VF por esta persona y las funciones que esta misma persona desarrollaba para el departamento de logística que si están dentro del ámbito de La UPA, dejará de hacerlas con carácter inmediato, y que la efectividad de la transmisión de tos empleados integrados en la mencionada unidad productiva autónoma será con fecha 22 de marzo de 2017, siendo por tanto el día inmediatamente anterior el último en el que prestarán servidos para la sociedad Vodafone ONO. SAU.



OCTAVO.- La Comisión negociadora a que se ha hecho referencia en el anterior apartado se reunió los días 8, 9, 13 y 14 de febrero de 2017- descriptores 69 a 72, cuyo contenido damos por reproducido, alcanzándose en la última de las mismas el siguiente acuerdo suscrito por las empresas y por la mayoría de la representación social que conformaban los representantes de UGT y STC:

"PRIMERO.- Las condiciones Laborales que tendrán traslación directa conforme a lo establecido en el arto 44 ET, serán las siguientes;

- **Antigüedad y Salario (Incluido el Acuerdo de Armonización Variable, suscrito en fecha 15 de julio de 2016).** Se aplicaría, con fecha 22 de marzo el incremento de la cuantía fija y la indemnización a quien pudiera corresponderle será abonada en la nómina del mes de marzo por Vodafone ONO.

- **El Convenio Colectivo aplicable tras la subrogación será el I Convenio Colectivo Grupo Vodafone.**

- **Seguro de Vida y Accidentes.** Se mantiene con la misma Compañía Aseguradora y con Las mismas coberturas.

- **Seguro Médico.** Se mantiene con la misma Compañía Aseguradora y con las mismas coberturas.

- **Vacaciones.** El periodo de disfrute de las vacaciones devengadas y no disfrutadas del año 2016, podrán ser disfrutadas excepcionalmente hasta el 31 de julio de 2017.

La sucesión empresarial no implicará cambio de domicilio actual de los empleados. En todas las provincias donde no haya centro de trabajo físico se garantiza que los empleados continuarán prestando sus servicios tal y como lo venían desempeñando, sin que la sucesión de empresa implique cambio en el domicilio. Cualquier cambio de lugar de trabajo que implique cambio de domicilio se regirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del ET de igual forma que el resto de los empleados que tienen un centro de trabajo físico asignado.

- **Respecto del variable del FY 16/17, Y en caso de que correspondiese su pago, éste se hará por el total devengado desde el 1 de abril de 2016 al 31 de marzo de 2017, y será asumido por Vodafone ONO, y abonado en la nómina de junio de 2017.**

- **Resto de condiciones conforme al Anexo 1.**

En el anexo I se señala que tras la subrogación no se tendrá derecho al FONDO SOCIAL.

SEGUNDO.- Con relación a los aspectos y términos que no tienen una traslación directa, resultarán de aplicación las medidas que se detallan a continuación:

- **Descuento exclusivo empleados (RELAT y/o TU ERES ONO):** Aquellos trabajadores que vinieran disfrutando del citado beneficio, percibirán un complemento salarial bruto mensual en cuantía equivalente al importe promedio mensual de descuento aplicado en el año 2016. En caso de no haber dispuesto del servicio durante todo el año 2016, se considerará la media mensual de los meses contratados.

Aquellos trabajadores que no dispongan de un servicio contratado, pero acrediten fehacientemente haber solicitado su contratación con anterioridad al 13 de febrero y no dispongan del servicio por imposibilidad de prestación del mismo, percibirán un complemento salarial bruto mensual en cuantía equivalente al promedio abonado en dicho concepto al colectivo de trabajadores objeto de la subrogación.

- **Plan de Pensiones.** Los trabajadores objeto de la subrogación podrán realizar aportaciones a un plan de pensiones individual que deberán contratar ellos mismos y una vez que acrediten ante Huawei el importe anual aportado, la Compañía abonará en sus nóminas, el importe neto equivalente al doble de la aportación realizada de forma anual, hasta un máximo del 4% del salario fijo bruto anual del trabajador.

Tráfico Telefónico. A aquellos trabajadores que vinieran disfrutando del citado beneficio, les será abonada una cuantía indemnizatoria y extraordinaria a tanto alzado no consolidable en salario, equivalente al importe de un año de recargas.

Adicionalmente, a aquellos trabajadores que dispongan de un saldo acumulado, les será abonada una cuantía indemnizatoria y extraordinaria a tanto alzado, no consolidable en salario del 50 % del saldo acumulado hasta la fecha de la transmisión.

Con el abono de dichas cantidades se da por extinguido este beneficio.

Variable. Tras la sucesión empresarial, Huawei aplicará el siguiente sistema de retribución variable. Basado al 100% en el desempeño personal y según la siguiente escala:



A (Cumplimiento excepcional- 10% del salario bruto fijo anual

B+ (Cumplimiento mejor de lo esperado) = 8% del salario bruto fijo anual

B (Cumplimiento adecuado) = 6,5% del salario bruto fijo anual

C (Cumplimiento deficiente) =0% del salario bruto fijo anual

- Revisión salarial. Se establece un 1% de revisión anual fija, para toda la vigencia del Convenio Colectivo, y la misma será aplicable desde el mes de julio de cada año.

TERCERO.- Las mejoras adicionales sobre lo establecido en el art. 44 ET acordadas, son las siguientes:

1.- La Empresa cesionaria garantizará a los trabajadores afectados por la subrogación, la no realización, al menos hasta el 22 de marzo de 2019, ninguna de las acciones que a continuación se señalan;

a) Extinción de contratos de trabajo, salvo por motivos disciplinarios declarados procedentes.

b) Movilidades Geográficas.

e) No subcontratación de la actividad a empresas ajenas a Huawei.

d) No realización de Modificaciones Sustanciales de Condiciones de Trabajo, conforme a lo establecido en el art. 41.E.T .

2. Huawei garantiza que, a los trabajadores afectados por la subrogación, les será de aplicación el I Convenio Colectivo Grupo Vodafone durante los 24 meses siguientes a la transmisión efectiva de la actividad, aunque entrara en vigor durante este periodo, algún convenio que resultase de aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores .

3.- El salario variable (STIP) correspondiente al FY 16/17 será abonado por Vodafone ONO, según la política aplicable y considerando el 100% en la parte de cumplimiento personal ("pay for performance").

4.-Durante la vigencia del contrato suscrito con Huawei, los trabajadores que han sido transferidos en la unidad productiva autónoma, y siempre que continúen prestando servicios en la citada empresa y en la misma unidad productiva autónoma objeto de la transmisión, tendrán un derecho preferente de retorno a Vodafone a ONO, solo en el caso que, durante dicho período de tiempo se procediese a la internalización de la mencionada unidad, por parte de Vodafone ONO.

5.- Huawei reconoce "ad personam" a todos los efectos y durante toda su vigencia, el Acuerdo de Ordenación Representantes de los Trabajadores y Delegados Sindicales Vodafone ONO SAU y Tenaria SAU, suscrito en fecha 15 de julio de 2016. (Anexo 11)."

NOVENO.- Mediante cartas fechadas el día 20-2-2017 por parte de Vodafone ONO se comunicó a los trabajadores afectados, la subrogación y las condiciones económicas que regirían a partir de la misma con arreglo al Acuerdo del que se da cuenta en el apartado anterior- descriptor 78-.

DÉCIMO.- Damos por reproducidos los contratos y anexos obrantes en los descriptores 53 y ss. a través de los cuales Vodafone ONO contrata con la empresa Huawei el mantenimiento del servicio de la línea de telefonía fija, y pone a su disposición determinados elementos para llevar a cabo tal actividad. Dicha operación se denominó "Proyecto Fénix".

UNDÉCIMO.- La Sala asume los datos, valoraciones y conclusiones que obran en el informe pericial aportado por Vodafone ONO obrante en el descriptor 86, si bien, a los efectos de las cuestiones objeto de debate en el presente proceso reproducidos las siguientes conclusiones que obran en el mismo:

1.- Con relación a los antecedentes de la transmisión se concluye:

El sector de los operadores de telecomunicaciones no ha sido ajeno a la crisis económica atravesada en España, disminuyendo los ingresos, los márgenes, y consecuentemente los resultados de los operadores en el mercado (los tres operadores en su conjunto redujeron un 97% entre 2008 y 2015 su resultado).

Este fuerte deterioro de los resultados ocurre en paralelo a la necesidad de inversión por parte de los operadores para: la implantación y mejora de sus redes de telecomunicaciones, el lanzamiento de nuevos productos y servicios, el incremento de la calidad de los mismos y la mejora de la atención al cliente para poder fidelizarlo.

Ante esta situación, las compañías de telecomunicaciones se han visto obligadas a:

- Realizar inversiones en I+D, redes de telecomunicaciones, etc., como se ha descrito anteriormente, que permitan cumplir con las expectativas de los clientes y mejorar la calidad del servicio ofrecido, así como la



atención al cliente. Estos elementos son clave a la hora de conseguir una ventaja sostenible frente al resto de los competidores.

- Llevar a cabo fusiones y adquisiciones, para crecer y ganar clientes (y consecuentemente ingresos), además de fortalecer sus infraestructuras y portafolio de productos.

- Ser más eficientes y eficaces y, por tanto, más competitivos, mediante medidas como la reducción de costes o la externalización de tareas no principales (no Core).

La externalización de tareas no principales (No Core) en un mismo proveedor permite mejorar la eficiencia y la calidad/eficacia de los servicios externalizados (dado que son externalizados a compañías especializadas en ese tipo de servicios), favoreciendo, entre otros factores:

- La reducción del número de las incidencias que puedan producirse en las redes, reforzando su mantenimiento y buscando siempre sistema de mejora y potenciación de las mismas.

- Una respuesta rápida a las incidencias producidas, con funciones avanzadas y potentes, que reduzcan el tiempo en el que el cliente se ve afectado, mejorando la percepción del servicio prestado, aportando valor a la Compañía y fidelizando al cliente.

- El contar con personal especializado que se esfuerce por ofrecer un servicio de calidad que satisfaga las necesidades del cliente en todo momento.

...., un buen porcentaje de las principales empresas del sector de telecomunicaciones tienen externalizados los servicios de mantenimiento de sus redes, con el fin de centrar su actividad en el negocio principal, reducir el número de tareas secundarias y aumentar su eficiencia.

Vodafone hasta 2013 contaba básicamente con las áreas de negocio de red móvil (donde se concentraba la mayor parte de su actividad), una pequeña red fija de ADSL (que había incorporado con la compra de Tele 2 hacía unos años) y sus centros críticos (centros de energía, climatización, equipos electrónicos, sistemas alternativos asociados a sus inmuebles, y que son básicos y/o críticos para el funcionamiento de la Compañía). El sistema de red fija que utilizaba (ADSL) no era propiedad suya, ni de Tele 2, sino de terceros, y por lo tanto, su uso llevaba asociado un coste de alquiler para Vodafone.

Para el buen funcionamiento del negocio y una correcta prestación del servicio se realizaban las tareas de mantenimiento, logística y repuestos.

Vodafone históricamente y antes de la integración de Ono tenía externalizados los servicios de mantenimiento de los centros críticos, así como los servicios de logística y repuestos, por considerar que era la forma de obtener el servicio más eficiente y especializado. Y así se operaba en todas las empresas del Grupo.

En España, únicamente se realizaba de manera interna el mantenimiento de la pequeña red fija (ADSL) y de la red móvil (donde se concentraba la mayor parte de su actividad).

Al igual que hicieron otros operadores para adaptarse a los cambios producidos en el mercado, en 2013, Vodafone decidió externalizar los servicios de mantenimiento de la red móvil y de la red fija asociada al ADSL a la empresa Huawei (ver Figura 17), con el objetivo de mejorar la atención al cliente, así como reducir las incidencias y el coste interno del servicio.

De acuerdo con el análisis realizado, el proyecto fue un éxito, al reducirse tanto las incidencias como el tiempo de resolución de las mismas, permitiendo una percepción por parte del cliente de mejora de la calidad del servicio y de la atención al cliente. Esto se tradujo en una mejora del funcionamiento de las redes (fija y móvil) y en la obtención de una mayor cuota de mercado:

- Se mejoró en un 25% la disponibilidad de la red móvil.

- Las incidencias de la red se redujeron un 30% y el tiempo de su resolución un 13%.

- Se consiguió reducir el coste un 22,5% (comparando el coste pagado al proveedor con el coste incurrido cuando se realizaba el trabajo de manera interna).

- La mejora del funcionamiento de la red y de la atención al cliente fue percibida en el mercado, consiguiendo incrementar la cuota de mercado.

Además, la configuración de la UPA transmitida (incluyendo la determinación de los trabajadores que fueron transmitidos a Huawei) se realizó de forma análoga a la llevada a cabo en el Pr. Fénix sin que de la información proporcionada se desprenda que se produjeran conflictos o problemas relevantes como consecuencia de dicha externalización.



Vodafone, debido a la falta de la rama de negocio de fibra, no podía ofrecer los productos convergentes que los clientes demandaban, por lo que necesitaba realizar una inversión muy significativa en el desarrollo de una red fija para poder proporcionarlos.

La integración de Ono en Vodafone por un lado, (i) le proveía de una infraestructura fija, lo que le permitía completar su portafolio de productos y servicios, y (ii) por otro lado, le permitía posicionarse como el número dos del móvil y del mercado de banda ancha, en ambos casos por detrás de Telefónica, al incrementar sus cuotas del 7,5 al 21% en la banda ancha y del 23 al 26% en la red móvil.

A pesar de todas las ventajas, la integración a nivel operativo fue muy compleja debido a que ambas compañías tenían formas de operar y políticas de empresa muy diferentes. Esto provocó que en Vodafone no solo se duplicasen tareas, sino que una misma tarea se hiciese de forma diferente y que se pasara, por ejemplo, de tener todas las tareas de mantenimiento, logística y reparación de redes externalizadas en un único proveedor (facilitando su control y eficiencia), como ocurría en Vodafone, a gestionarse parte internamente, parte externamente y, además, con varios proveedores.

En este contexto, y tras los buenos resultados obtenidos por el Pr. Halley, Vodafone decidió externalizar las tareas de mantenimiento, logística y repuestos que todavía se llevaban a cabo internamente, así como concentrar en un único proveedor externo todas las tareas externalizadas. A este proyecto se le denominó Proyecto Fénix.

El Pr. Fénix consistía en la externalización de las tareas de mantenimiento, logística y repuestos que todavía se llevaban a cabo internamente y en la consolidación en un único proveedor externo de todas las tareas externalizadas, durante un mínimo de 5 años, ampliable 2 años más. Concretamente:

- La externalización de los servicios de mantenimiento (que no estuviesen externalizados por parte de Ono), así como la externalización de la gestión de los repuestos de la red fija procedente de Ono (fibra).

Es importante destacar que con el Pr. Fénix, se quería externalizar a un mismo proveedor las tareas de gestión de los repuestos (intentar arreglar la pieza, sustituirla, etc.), pero la propiedad de los repuestos de Ono seguiría siendo de la Compañía dado que se trataba de elementos propios de la red en sí, no del servicio de gestión externalizado. Igual que Vodafone mantenía la propiedad de la propia red fija que sería objeto de mantenimiento, también mantuvo la propiedad de aquellos elementos que por su propia naturaleza y valor estaban intrínsecamente vinculados a la red y que, por ello, no podían ser transmitidos a un tercero.

Es importante indicar que, en su mayoría, la ubicación de estos recambios se encontraría en las instalaciones de Huawei, excepto determinados repuestos considerados críticos para la red y para el servicio, que permanecerían en las instalaciones de Vodafone, por considerarse que debían estar ubicados lo más cerca posible de las piezas originales, para poder ser sustituidas de manera inmediata en caso de producirse un fallo. Por ejemplo, un corte de fibra debe ser reparado de inmediato, ya que se puede dejar a toda España sin servicio, siendo conveniente tener el repuesto lo más cerca posible del equipo crítico original que puede fallar.

- Consolidación en un único proveedor de todas las tareas externalizadas:

o Tanto la propia externalización de las tareas de mantenimiento, así como la gestión de los repuestos de la red fija comentada anteriormente.

o Como el mantenimiento de la red móvil y fija de ADSL, originarias de Vodafone, que ya se encontraba externalizado.

o Como todos los servicios de logística, que también estaban ya externalizados, tanto para las redes provenientes de Vodafone como de Ono, pero en diferentes proveedores.

El objetivo principal del Proyecto Fénix era mejorar la eficacia y eficiencia de los servicios de mantenimiento, logística y repuestos de las redes de telecomunicaciones de la Compañía, al concentrarlas en un proveedor especialista en dichas tareas, mejorando así la calidad del servicio ofrecido al cliente y la atención al mismo. Concretamente, al externalizarse todas las tareas de mantenimiento, logística y repuestos y concentrarlas en un único proveedor especialista en dichas tareas, se esperaban conseguir, entre otras, las siguientes mejoras:

- Simplificación notable del modelo operativo y del mapa de proveedores, lo que simplificaba las tareas internas de Vodafone (por ejemplo, al externalizar tareas y haber menos proveedores, se facilita la gestión de los mismos) y permitía enfocar a su organización en el negocio.

- Mejora continua del funcionamiento y de la eficacia de las tareas de mantenimiento, logística y repuestos, reduciéndose el número de incidencias y el tiempo de resolución de las mismas, a través del establecimiento de niveles de servicio (SLAs) y de KPIs para su medición.



- **Ayuda a la convergencia de la red fija y móvil, a través de las sinergias obtenidas al realizar un mismo operador las tareas para la red fija y la red móvil.**
- **Reducción del coste de mantenimiento, logística y repuestos de Vodafone, permitiendo dedicar dichos ahorros a la inversión en el desarrollo de la red y de nuevos productos y servicios, adaptados a las necesidades de los clientes, así como a la mejora tecnológica necesaria para poder seguir operando en el mercado y ser competitivo, etc.**
- **Mejora continua de la experiencia del cliente, al reducirse el número de las incidencias y el tiempo de resolución de las mismas, esencial para atraer y fidelizar clientes.**
- **Por todo lo anterior, mejora continua de la competitividad de la Compañía, reforzando su posicionamiento y liderazgo en el mercado.**
- **Mejora de la proyección profesional de los empleados, al incorporarse a una empresa líder en el mercado y especializada en la actividad que realizan. Esto permitirá incrementar su formación, su especialización y su carrera profesional.**

2.- En lo que se refiere a la situación en VF anterior a la transmisión las conclusiones son las siguientes:

"Los servicios de mantenimiento, logística y repuestos, conjuntamente con otras tareas realizadas por el personal de Vodafone (como presupuestos, mejora, planificación, mantenimiento preventivo, así como análisis y control de contratos, etc.) se englobaban en la división de Field Service Operation de Vodafone. Concretamente, en lo relativo a la red fija, los servicios de mantenimiento se concentraban en el departamento de Fixed Regional (FLM) y los de logística y repuestos en el departamento de Logistics & Spares.

El Proyecto Fénix llevó a cabo la externalización de todas las tareas relativas al mantenimiento, logística y repuestos que todavía no estaban externalizadas y procedió a concentrar las tareas externalizadas en un único proveedor, Huawei30, que sigue manteniendo los contratos con los proveedores en los que Vodafone tenía externalizados previamente los servicios, mediante la subrogación en los mismos.

No obstante lo anterior, cabe destacar que:

- **Dentro de la organización de la división de Field Service Operations había tareas que no podían ser externalizadas. Concretamente, las tareas de definición de políticas, control presupuestario, y análisis control y seguimiento de las tareas de mantenimiento / reparación y de gestión de logística y repuestos, tanto de la red fija como de la móvil. Estas tareas eran y son necesarias dentro de Vodafone, por lo que ni las tareas ni los empleados que las llevaban a cabo eran susceptibles de ser externalizados.**

Estas capas de definición de políticas de los servicios externalizados y relación con subcontratas, así como de análisis, control y supervisión de los servicios externalizados, son necesarias y habituales en todas las empresas que externalizan servicios a terceros.

- **La actividad principal de la UPA traspasada era la prestación de un servicio de resolución de incidencias y, por lo tanto, el mayor valor aportado está en los medios humanos que prestan dicho servicio y, no en los medios materiales o inmateriales en sí que se traspasan (que generalmente son herramientas externas o con poco valor, como martillos, destornilladores, etc.).**

- **Ya existían tareas o gestiones externalizadas, las cuales no llevan ni medios materiales ni recursos humanos asociados, sino el mero traspaso contractual.**

La prestación de los servicios de mantenimiento, logística y repuesto de la UPA se realizaba mediante el uso de los siguientes elementos materiales e inmateriales:

- a. **Empleados que ejecutaban las tareas de mantenimiento/ reparación, logística y repuestos, de la red fija, incluyendo el personal encargado de recibir y distribuir las incidencias entre el personal de campo.**
- b. **Aplicativos informáticos.**
- c. **Herramientas comunes usadas por el personal de Vodafone que realiza las tareas traspasadas.**
- d. **Herramientas particulares usadas por cada empleado: equipos de protección (guantes, cascos, botas, materia de seguridad y salud, etc.), ordenadores, teléfonos, ropa, tarjetas de acceso, usuarios, correo electrónico, etc.**

En cuanto a los medios humanos traspasados, de los 256 empleados que formaban el departamento dirigido por D. Jacinto :

- **226 fueron traspasados a Huawei el 22 de marzo de 2017.**



- Y 30 empleados permanecieron en Vodafone:

-28 personas realizando tareas de definición de políticas, control presupuestario, y análisis control y seguimiento de las tareas de mantenimiento / reparación de las redes fija y móvil y de gestión de logística y repuestos. Estas tareas eran y son necesarias dentro de Vodafone, por lo que los empleados que las llevaban a cabo no eran susceptibles de ser externalizados:

-El director de la división de Field Service Operations. Esta posición era y es necesaria para dirigir las funciones que permanecen en la división.

- Los 7 empleados de FLM Planning, dado que se dedican a tareas de control presupuestario, definición de las periodicidades del mantenimiento preventivo a cumplir por los proveedores, el análisis y control de Eulen, la definición, planificación y control del cumplimiento de las políticas de seguridad y salud, tanto interna como de todas las contrataciones con las que opera Vodafone, etc.

- Los 13 empleados de FLM Management (7 enfocados a los centros críticos y 6 enfocados a la red móvil). Estas personas son las mismas que permanecieron en Vodafone tras la implementación del Pr. Halley, ya que eran las personas que llevaban a cabo las tareas de:

- Seguimiento del mantenimiento correctivo y de las reparaciones

llevadas a cabo por los proveedores externos.

- Seguimiento del mantenimiento preventivo llevado a cabo por los proveedores externos, cuya periodicidad fija previamente FLM Planning.

- Definición de los planes de mejora de la red y de proactividad. Esto implica no sólo a los proveedores externos, sino también a áreas de Vodafone, como la de despliegue de red. Esta coordinación forma parte de esta área.

-La directora de Fixed Regional FLM y los 6 jefes de mantenimiento (team leaders) de las 7 áreas geográficas descritas con anterioridad, dado que se dedican al control de la actividad y KPIs del mantenimiento llevado a cabo por los proveedores externos. Estas funciones en cualquier caso son necesarias dentro de Vodafone.

-Y 2 personas que iban a ser traspasadas a Huawei, pero que aplicaron a una vacante interna antes de la transmisión y pasaron el proceso de selección, incorporándose a sus nuevos puestos en lugar de ser traspasados.

. En cuanto a los medios materiales e inmateriales, Vodafone transfirió todos los medios materiales e inmateriales utilizados por los empleados de la UPA en la realización de sus tareas del día a día:

- Las aplicaciones informáticas propiedad de terceros (Krono y T4W), así como el uso de las aplicaciones informáticas propiedad de Vodafone, mediante la generación de los usuarios con los perfiles nuevos necesarios para la operativa desde Huawei.

-Las herramientas comunes e individuales utilizadas por el personal de Vodafone que realiza las tareas traspasadas (stock de repuestos, ordenadores, tarjetas de acceso, teléfonos, vehículos, etc.) .

Este traspaso se recogió en los albaranes de entrega, en las Actas y en el contrato firmado por ambas partes.

Dado que el número de elementos transferidos es muy elevado (solamente en instrumentación se traspasaron casi 3.000 referencias), se ha procedido a realizar muestreos aleatorios para validarlas entregas del material recogido tanto en los albaranes como en las actas de entrega, sin que se hayan detectado incidencias al respecto.

. Por lo tanto, se externalizan todos los medios materiales, inmateriales y humanos, necesarios para la continuidad de la actividad externalizada. Vodafone se queda únicamente lo necesario para realizar el control de la actividad transferida y cede el uso o toma las medidas para que se puedan utilizar aquellos elementos que no se pueden transferir, para seguir funcionando con normalidad.

Todo ello se registra en las Actas de entrega correspondientes y en el contrato, ambas cosas firmadas por las partes implicadas (Vodafone y Huawei).

< /p>

- En lo referente a la situación posterior al 22 de marzo de 2017, se concluye:

-

"...Vodafone transfirió la UPA junto con todos los medios humanos, materiales e inmateriales necesarios para la realización de su actividad, personalizando algunos incluso tras su recepción (como los vehículos o la ropa). Y así se recogió tanto en las Actas de entrega, como en el contrato firmado por Huawei.



Huawei además, antes de la compra de la UPA realizó un proceso de Due Diligence detallado para analizar la situación de Vodafone e identificar todos los elementos que debían ser transferidos para la continuidad de la actividad.

Pero la prueba más evidente del correcto traspaso de la UPA junto con todos los medios humanos, materiales e inmateriales necesarios para la realización de su actividad, se encuentra en el hecho de que Huawei continuó el 22 de marzo de 2017 (fecha de la transmisión) realizando con normalidad la actividad que venía desarrollando anteriormente la UPA en Vodafone.

En esta sección se ha analizado la evolución de la actividad de la UPA, mediante:

- a) La revisión de los correos electrónicos enviados entre las partes el día del traspaso, con el fin de analizar si el traspaso se realizó con normalidad.**
- b) La revisión de las facturas emitidas por Huawei a Vodafone por los servicios prestados y el pago de las mismas, con la finalidad de detectar si se aplicó algún tipo de penalización por el incumplimiento de las condiciones pactadas.**
- c) El entendimiento del seguimiento de la actividad de la red fija que se había venido realizando antes y después del traspaso de la UPA, así como la comparación del funcionamiento de la actividad, antes y después del traspaso, con el fin de detectar si se produjo algún tipo de irregularidad o incidencia.**

Además de la información facilitada a los empleados tanto por Vodafone como por Huawei días antes de la realización del traspaso el 22 de marzo de 2017, para que se pudiese realizar el traspaso con normalidad el día 22 de marzo, el propio día, se realizaron constantemente comunicaciones entre Vodafone y Huawei para confirmar el grado de avance del traspaso, el funcionamiento del servicio y si existía alguna incidencia.

Concretamente, se realizaron revisiones a las 7,30h, a las 8:00h, a las 9:00h, a las 12:00h, a las 16:00h, a las 19:00h, a las 20:00h y a las 20:30h..., enviando por correo electrónico los resultados de dichas revisiones (checklists) a todas las partes indicadas, sin que se produjese ninguna incidencia.

Huawei ha emitido facturas mensuales a Vodafone por los servicios prestados desde el momento del traspaso (ver documentación en Anexos). En ninguna de las facturas consta aplicado ningún tipo de descuento o penalización por el incumplimiento de algún punto del contrato. Todas las facturas han sido además abonadas por Vodafone.

Ambos hechos muestran la buena continuidad de la actividad y el traspaso de todos los medios humanos, materiales e inmateriales, pues de lo contrario se habrían aplicado penalizaciones en las facturas o éstas no habrían sido abonadas.

Antes del traspaso de la UPA, Vodafone ya realizaba un seguimiento y control de la actividad de manera semanal. Una vez transferida la UPA, se estableció un modelo para el control y seguimiento de la actividad traspasada a Huawei, mediante:

- Reuniones diarias con los jefes de equipo y el Región Manager de Vodafone, para revisar los KPIs más operativos, de las que se levantan las actas correspondientes**
- Reuniones semanales de los jefes de equipo con la Sra. Benita (Directora de operaciones de Vodafone), para revisar a nivel regional la evolución de la actividad y el cuadro de mando que prepara Huawei. Una vez a la semana se reúnen también con Huawei para hablar de la evolución, levantando las actas correspondientes (ver documentos en Anexos).**
- Reuniones mensuales a las que asiste el director de la división y la Sra. Benita , para revisar la evolución a nivel nacional y mirar los KPIs tanto de fijo como de móvil. También se reúnen con Huawei, para hablar sobre la evolución de los KPIs y los planes de mejora que propone sobre los datos obtenidos).**

Si se analiza la evolución que han tenido los principales KPIs que Vodafone controlaba de la actividad de la UPA traspasada antes y después del traspaso, se puede apreciar que todos los indicadores o han tenido el mismo comportamiento que antes de la externalización o han mejorado

tras la externalización. Concretamente:

- La disponibilidad de red ha estado por encima del mínimo exigido, del valor esperado y de la excelencia. Y ha mejorado conforme pasan las semanas, siendo mejor que la del año anterior.**
- La actividad correctiva (tanto antes de las 6h como antes de las 2h) tras el traspaso de la UPA, se mantiene en línea con la actividad realizada antes del traspaso.**



- Aunque el backlog es un valor difícil de mejorar, ya que siempre va a existir una actividad en curso mínimo, dado que es muy difícil que no se produzca ninguna incidencia, la tendencia general después de la transmisión de la UPA ha sido de mejora.

- La actividad preventiva antes de la externalización estaba en el 95% de cumplimiento. Tras la externalización, la actividad preventiva también ha mejorado, situándose por encima del 95% de cumplimiento."

< /p>

DUODÉCIMO.- Damos por reproducidos los correos electrónicos obrantes en el descriptor 28 y los documentos 3 a 6 aportados por CCOO en el acto de la vista.

DECIMOTERCERO.- A los trabajadores transferidos la empresa Huawei, a efectos de retención de IRPF, les computa los seguros médico y de vida como salario en especie- conforme-

DÉCIMOCUARTO.- Entre los trabajadores transferidos se encuentran 3 Delegados sindicales estatales de CCOO y un miembro del Comité de Empresa que ostenta el cargo de Secretario de la Sección sindical, así como un Delegado sindical de STC, a todos ellos Huawei les reconoce la condición de representantes unitarios y sindicales en su caso.- conforme-

DÉCIMOQUINTO.- El día 23-5-2017 se celebró intento de mediación ante el SIMA resultando intentado sin acuerdo- conforme-

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 cada una de las fuentes de prueba que en los mismos se indican.

TERCERO.- Habiendo sido invocada por Vodafone ONO la excepción de variación sustancial de la demanda, respecto de las alegaciones relativas al plan de pensiones, y habiéndose aquietado al contestarla el letrado CCOO que reconoció que nada se alegaba al respecto, procede estimar la misma sin más.

CUARTO.- Expuestas las peticiones de la actora, y los argumentos de las partes en el tercero de los antecedentes de hecho de esta resolución, la primera cuestión de fondo que debe abordarse en la presente resolución no es otra que determinar, si en el supuesto examinado, concurren los elementos necesarios para apreciar una sucesión de empresas entre ONO y Huawei.

Por CCOO, sin cuestionarse la concurrencia del elemento subjetivo de la sucesión de empresas- sustitución de un empresario por otro-, se cuestiona la concurrencia del elemento objetivo, por cuanto que se niega que Vodafone ONO haya transmitido a Huawei una Unidad Productiva Autónoma que conserve su identidad y para ello argumenta que no siendo la actividad transmitida la red de mantenimiento de telefonía fija no se han transmitido los elementos necesarios para llevar a cabo tal actividad pues respecto de los medios personales no se ha traspasado el equipo directivo que desarrollaba tal actividad en Vodafone, y en cuanto a los materiales no se ha transmitido la titularidad de las aplicaciones informáticas, determinados repuestos siguen en almacenes de Vodafone y la entidad carece de autonomía alguna pues la actividad se sigue desarrollando bajo la dirección de la empresa cesionaria.

A efectos de resolver la cuestión que se plantea hemos de señalar que la STS de 8-6-2016- rec 224/2015 - que confirma la SAN de 27-2-2015 ha estudiado el instituto de la sucesión de empresas, en los procesos de externalización productiva, como el presente, razonando al respecto:

"Como establece el art. 44 ET : "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior....."; "A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

En nuestra sentencia de 14 de abril de 2016 (rec. 35/2015), en la que se concluye la existencia de sucesión empresarial, resolvemos un caso muy similar al presente, en el que una gran empresa externaliza un



determinado departamento o unidad productiva autónoma mediante su transmisión a un tercero que continúa en el desempeño de esa actividad económica, y como en la misma decimos, la interpretación del antedicho precepto legal ha de realizarse a la luz de la normativa europea Directiva 77/187 CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Recuerda esa misma sentencia como la doctrina de esta Sala ha precisado que la sucesión de empresa requiere "la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permite la continuidad de la actividad empresarial" (sentencia de 27 de octubre de 1986) y considera que, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite "no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados" (STS 16 de julio 2003 ; 4 de junio de 1987).

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02), con cita de la de 1 de diciembre de 1999 , y en lo que ahora interesa a los efectos del presente litigio, recuerda que el objeto de la transmisión no tiene que afectar necesariamente a la totalidad de la empresa en su conjunto, sino que puede venir referido a "cualquier entidad económica que mantenga su identidad, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica , ya fuere esencial o accesoria".

Precisando más adelante que el elemento esencial para decidir la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados , "consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad , lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85 ; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 19956, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas)". Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad , han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado). Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial . El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86 , 12 de noviembre de 1992 , 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91 , y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01 , señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 (LA LEY 255/1977)". Por su parte esta Sala, en la ya citada sentencia de 11-12-02, recurso 764/02 , entendió que en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc... además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad . En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de diciembre de 2007, recurso 3994/06 . La tercera



cuestión se plantea respecto a si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, para apreciar la existencia de sucesión de empresa en los términos examinados. Tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia Süzen anteriormente citada, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94).

Teniendo además en cuenta, que para establecer si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad (STS 7 de febrero de 2012 (rec. 199/2010)))."

El examen del caso que describen los hechos probados de la presente resolución desde el prisma de la doctrina que se acaba de exponer nos ha de llevar a concluir que entre Vodafone ONO y Huawei se ha producido una sucesión empresarial respecto del servicio de mantenimiento de la red de telefonía fija, por cuanto que consta: de un lado, mediante los contratos que se referencian en la resultancia fáctica, se ha externalizado dicho servicio que hasta el 22-3-2.017 venía siendo desarrollado por la propia empresa cedente; y por otro lado, de cuanto obra en el informe pericial, cuyas conclusiones han sido asumidas por esta Sala en el undécimo de los HHPP se infiere con claridad que la empresa cedente ha transmitido a la cesionaria el conjunto organizado de medios personales, materiales e inmateriales necesarios para llevar cabo la misma, siendo prueba de ello el correcto desempeño de la misma que Huawei ha desarrollado desde el momento inmediatamente posterior a la cesión.

Todas y cada una de las objeciones que por parte de CCOO se efectúan a la realidad de la transmisión de la unidad productiva autónoma aparecen rebatidas por cuanto consta en el informe pericial. Así:

a.- Respecto de la no subrogación de la totalidad de la plantilla que con anterioridad se encontraba adscrita al departamento FLO cabe referir que resulta de todo punto justificada por cuanto que el personal no subrogado en el algunos casos desempeñaba funciones directivas- las cuales en lo sucesivo es de suponer que serán ejecutadas por personal designado al efecto por Huawei-, y en todos ellos, además de las funciones propias del servicio de mantenimiento de red consta acreditado que realizan tareas esenciales en el desarrollo de la actividad principal de Vodafone ONO, por lo que resulta lógico su permanencia en la misma. Sobre este punto debe destacarse que el mantenimiento de la red fija es un servicio que Vodafone ONO ofrece a su clientela y, aun cuando tal servicio se preste de forma externalizada, resulta de todo punto necesario que por la empresa principal se efectúe un control de la prestación del mismo, estableciendo mecanismos de coordinación con la contratista.

b.- En lo que se refiere a las distintas herramientas informáticas necesarias para llevar a cabo la actividad que se externaliza, consta que la cedente ha facilitado el uso por parte de la cesionaria de todas y cada una de las que resultan necesarias para desarrollarla- habilitando como usuaria a la cesionaria en aquellas aplicaciones que son titularidad de la principal- y subrogando a la misma en los contratos respecto de aquellas que son titularidad de terceras empresas, debe destacarse sobre este aspecto, que para que concurra la sucesión de empresas con arreglo a la Doctrina Jurisprudencial que arriba se ha expuesto, no se requiere que se transmita la propiedad o el dominio de los medios por parte de la empresa cedente a la cesionaria, sino que tales medios se encuentren a disposición de ésta.

c.- En lo tocante a que determinados repuestos permanecen en sedes de la cedente, no ha de ser óbice a la apreciación de la existencia de la subrogación, por cuanto que se encuentran a disposición del cesionario, y tal almacenamiento se encuentra justificado para la ejecución de reparaciones urgentes de envergadura.

d.- Finalmente, los correos electrónicos que aporta CCOO no dan cuenta más que de normales incidencias en una relación contractual entre cedente y cesionario que requieren de la necesaria coordinación.

QUINTO.- Apreciada la existencia de sucesión de empresas, desde ya hemos de señalar que debemos rechazar la nulidad que se interesa respecto de la transferencia de trabajadores de una empresa hacia la otra, por cuanto que una eventual declaración de nulidad del pacto suscrito por todos los demandados- Vodafone-Ono, Huawei, UGT y STC- el día 14-2-2.017 lo único que implicaría es que los efectos laborales y de seguridad



social de tal transmisión se rigieran por lo dispuesto en la normativa de rango legal aplicable, esto es, por el art. 44 E.T , que traspone la Directiva CE 2001/23 y normas concordantes.

Dicho lo cual, y para abordar las cuestiones que al respecto de suscitan resulta oportuno reproducir el art. 44.4 del E.T que dispone:

"Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, 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."

De la dicción de dicho precepto cabe inferir lo siguiente:

1.- que la normativa convencional aplicable a la plantilla transferida es la que les venía siendo aplicable en su empresa de origen en tanto en cuanto el Convenio de aplicación expire, o entre en vigor un nuevo convenio en la unidad transmitida;

2.- que en todo caso, dicha aplicación del convenio de origen puede ser sustituida por un pacto en contrario entre el cesionario y los representantes de los trabajadores transmitidos una vez consumada la cesión.

De lo cual se colige que el hecho de que el acuerdo suscrito no garantice en su integridad los derechos que el Convenio aplicable a Vodafone ONO reconocía a los trabajadores transferidos no ha de llevar sin más a la declaración de nulidad del mismo, sino únicamente a su inaplicación en tanto en cuanto no resulte ratificado por un posterior acuerdo entre los representantes del colectivo subrogado y la empresa cesionaria lo cual es de por sí ya suficiente para rechazar la nulidad que se interesa.

No obstante lo anterior, y a fin de garantizar al máximo la tutela judicial efectiva, la Sala entrará a examinar si el Acuerdo que se impugna garantiza la aplicación del Convenio de origen en los términos del precepto reproducido, y en el bien entendido, que sí total o parcialmente no se garantizase tal aplicación, no procedería sin más la declaración de nulidad del pacto, sino la inaplicación de todas o algunas condiciones de trabajo en el establecidas.

I.- En primer lugar, se ha alegado por parte de CCOO que el Acuerdo no garantiza la aplicación del Convenio de origen en los términos del art. 44.4 E.T , pero como recalcó en el acto de la vista el letrado de Vodafone, resulta que de la mera lectura de los términos del acuerdo cabe considerar dicho alegato como inexacto. En efecto, el acuerdo en el tercero de sus apartados dispone:

" .- Las mejoras adicionales sobre lo establecido en el art. 44 ET acordadas, son las siguientes:...

2. Huawei garantiza que, a los trabajadores afectados por la .subrogación, les será de aplicación el I Convenio Colectivo Grupo Vodafone durante los 24 meses siguientes a la transmisión efectiva de la actividad, aunque entrara en vigor durante este periodo, algún convenio que resultase de aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores ."

Y esta cláusula examinada desde la dicción del apartado 4 del art. 44 E.T que acabamos de examinar ha de ser interpretada en el sentido siguiente:

a.- Si durante la vigencia del Convenio colectivo de origen no entra en vigor ningún otro convenio que sea de aplicación a la UPA transmitida, dicho Convenio será de aplicación en tanto en cuanto continúe vigente, esto es, durante todo su ámbito temporal previsto.

b.- En el caso de que en los 24 meses posteriores a la subrogación entrase en vigor un convenio que resultase de aplicación a todos o algunos de los trabajadores subrogados, estos mantendrían los derechos que se les reconocen en el Convenio de origen hasta que transcurra dicho periodo de tiempo, demorándose en este caso, en este caso, la aplicación del nuevo Convenio.

II.- En lo que se refiere a la impugnación de determinadas condiciones de trabajo reconocidas en el punto segundo del Convenio, en concreto las relativas al tráfico de llamadas, al incremento salarial, a la retribución variable y al fondo social.

Debemos coincidir, sobre este punto, con los demandados, a la hora de reseñar que la Doctrina jurisprudencial en sendas de Sentencias del TS 27-10-2.005 seguidas de otras posteriores, según la cual la aplicación del Convenio de origen, no puede extenderse a aquellas condiciones de trabajo que se reconozcan en el mismo en función del vínculo con la empresa de origen, cuando la actividad de la misma resulta diferente. En dichas resoluciones se consideró que el beneficio de gratuidad de billetes que se disfrutaba



por razón del vínculo con una Línea Aérea (Iberia), no se mantenía por los trabajadores al subrogarse en una empresa dedicada a la actividad de Handling. La Sala considera que dicha doctrina resulta extrapolable a aquellas otras condiciones de trabajo que en el Convenio de origen no se trate de un convenio sectorial, sino de empresa o grupo, reconozca en función del logro de objetivos vinculados a la política de las empresas cedentes que lo suscribieron.

Sobre este punto resulta necesario cotejar la regulación que tales materias se contiene en el Convenio de origen, así como en pactos colectivos vigentes, con la establecida en el pacto cuestionado por la actora.

Comenzando por este último y atención a las materias que refiere la demandante, el pacto suscrito en su apartado segundo dispone:

" Tráfico Telefónico. A aquellos trabajadores que vinieran disfrutando del citado beneficio, les será abonada una cuantía indemnizatoria y extraordinaria a tanto alzado no consolidable en salario, equivalente al importe de un año de recargas.

Adicionalmente, a aquellos trabajadores que dispongan de un saldo acumulado, les será abonada una cuantía indemnizatoria y extraordinaria a tanto alzado, no consolidable en salario del 50 % del saldo acumulado hasta la fecha de la transmisión.

Con el abono de dichas cantidades se da por extinguido este beneficio.

Variable. Tras la sucesión empresarial, Huawei aplicará el siguiente sistema de retribución variable. Basado al 100% en el desempeño personal y según la siguiente escala:

A (Cumplimiento excepcional- 10% del salario bruto fijo anual

B+ (Cumplimiento mejor de lo esperado) = 8% del salario bruto fijo anual

B (Cumplimiento adecuado) = 6,5% del salario bruto fijo anual

C (Cumplimiento deficiente) =0% del salario bruto fijo anual

Revisión salarial. Se establece un 1% de revisión anual fija, para toda la vigencia del Convenio Colectivo, y la misma será aplicable desde el mes de julio de cada año."

Por otro lado, el anexo I del Pacto elimina el fondo social de los beneficios asistenciales que reconocen a los subrogados.

Por su parte hasta la fecha de la transmisión tenían tales condiciones reconocidas siguientes:

- En la SAN de la que se da cuenta en el hecho primero el beneficio de llamadas en la que reconoció tal beneficio en la medida en que las empleadoras tenían concesiones de líneas telefónicas;

- En cuanto al incremento salarial se reconocía en el art. 17 del Convenio colectivo de la forma siguiente:

Artículo 17. Revisión salarial.

Los partes firmantes, acuerdan que la Empresa revisará los salarios de todos los empleados a los que aplica el presente convenio y cuyo salario (fijo más variable al 100% de cumplimiento de objetivos) sea inferior a 43.920,77 euros, en la cuantía mínima que resulte de aplicación conforme a los criterios definidos en el párrafo siguiente. Este límite salarial se actualizará cada año con la revisión mínima establecida en el presente artículo.

Los incrementos salariales que, en su caso, se producirán con efectos del 1 de julio de cada año, estarán ligados al cumplimiento de los parámetros Services Revenues (Ingresos por Servicio) y EBITDA en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior:

Porcentaje de cumplimiento Subida salarial

< 98% 0%

98% y <100% 1%

100% y <102% 1,50%

102% y <105% 2%

105% 2,50%

La Dirección se compromete a facilitar a la representación social las directrices básicas que guiarán la política de incentivos, con la antelación suficiente a su aplicación.



Una vez realizada la revisión salarial, la Dirección de la Compañía mantendrá una reunión con la parte social para informarle sobre la misma.

Los empleados que pudieran estar bajo un régimen de incentivos con un importe fijo en base al cumplimiento de objetivos, actualizarán anualmente a partir de 1 de julio de 2017 dicho importe fijo en el mismo porcentaje general de la revisión salarial que pudiera corresponder aplicar en base al presente artículo."

c.- El bono o retribución por incentivos se recogía en el Acuerdo de 13-3-2.015, haciéndolo depender de objetivos de grupo e individuales.

d.- Finalmente, el Fondo Social, se regulaba en el art.27 del Convenio de la forma siguiente :

"El Fondo Social o Asistencial, que dispone de una dotación de 50.000 euros para cada año fiscal, tiene por objeto facilitar ayuda económica a aquellos empleados que, en circunstancias excepcionales y por motivos de graves patologías y/o tratamientos quirúrgicos o médicos especiales, requieran o precisen de la misma.

A tal efecto se creará una Comisión Paritaria entre la Empresa y los Representantes de los Trabajadores para analizar aquellas solicitudes que se formulen por los empleados y elevar a la Compañía la propuesta pertinente.

Dicha Comisión tendrá la capacidad de modificar el Reglamento para incluir nuevas casuísticas, si así se acuerda por unanimidad."

Así las cosas, entendemos que el pacto suscrito se encuentra acomodado a la doctrina jurisprudencial que arriba relacionábamos, ya que:

a. En lo que toca al tráfico de llamadas, nos encontramos ante un supuesto idéntico al resuelto por la misma, ya que no tratándose la cesionaria de una empresa de telefonía, es lógico que se pierda con la subrogación, resultando además que en este caso se compensa.

b. En lo que refiere al incremento salarial, no resultando extrapolable el sistema del convenio en el que se hace pivotar el mismo sobre el porcentaje de cumplimiento de objetivos del Grupo Vodafone, entendemos que resulta lógico que tras la subrogación se fije en 1 por ciento anual.

c. Igual sucede con el sistema de incentivos, pues resulta de todo punto ilógico, hacer depender los mismos de los objetivos colectivos del grupo Vodafone.

d. En lo que concierne a los derechos sobre el Fondo Social es una condición que se disfruta partiendo de una previa dotación del Grupo Vodafone, por lo que la misma se encuentra vinculada al empleo en una de las empresas que lo conforman, y entendemos que no se trata de una condición trasladable a una tercera empresa.

III. Finalmente, debemos señalar que la consideración que la empresa cesionaria efectúe a efectos fiscales de los seguros médico y de vida, resulta irrelevante, pues en el pacto se mantienen los mismos en sus propios términos, y es una cuestión que en su caso deberá resolverse ante los órganos de la Administración Tributaria, y en su caso ante los órganos jurisdiccionales del orden Contencioso- Administrativo.

SEXTO.- Descartada la nulidad de los términos del acuerdo debemos abordar si con la subrogación se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical de CCOO, por cuanto que tres Delegados sindicales estatales se han visto afectados por la misma, así como un representante unitario, que ostenta el cargo de Secretario de la Sección Sindical Estatal.

La primera cuestión que hemos de descartar al respecto es que las garantías de permanencia del art.68 del E.T establece para los representantes unitarios de los trabajadores, (" Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías:...b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.") y que el art. 10 LOLS extiende a los sindicales, pueda aplicarse a los supuestos de sucesión de empresas por transmisión de unidad productiva autónoma, donde la afectación a la sucesión viene determinada por la adscripción a la unidad que se trasmite, resultando irrelevante sobre este punto que el mandato representativo del trabajador en cuestión se extienda a toda la empresa o a un concreto centro de trabajo.

Avala esta interpretación, el hecho de que el propio art. 44 del E.T , en consonancia con las sucesivas Directivas CE que han regulado la materia 77/187, 98/50 y la actual 2001/23, dedique específicamente el apartado 5 a regular la situación en que quedan los representantes de los trabajadores afectados por la transmisión que mantienen su mandato representativo.(" Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no



extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad .").

En nuestro caso las partes han convenido que la empresa Huawei ha reconocido a tales representantes su condición de tales tras la subrogación, procede descartar la existencia de indicio alguno de vulneración del derecho de libertad sindical, máxime cuando consta que la subrogación ha afectado a otros representantes sindicales y unitarios adscritos a otros sindicatos.

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

FALLAMOS

Previa estimación de la excepción de variación sustancial de la demanda con relación a las alegaciones referentes al plan de pensiones, desestimamos la demanda deducida por CCOO sobre conflicto colectivo contra VODAFONE ONO SAU, HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA, S.L, FESMC-UGT y STC, a los que absolvemos de las peticiones en ella contenidas

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el 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 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* , 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 0195 17; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0195 17, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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.

Voto particular

Que formula la Magistrada Ilma. Sra. D^a Emilia Ruiz Jarabo Quemada, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la LEC , respecto de la sentencia dictada el 9 de octubre de 2017 en el procedimiento núm. 195/2017 para sostener la posición que mantuvo en la deliberación.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala por entender que debió estimarse la demanda.

Este voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

1.-Formulo mis discrepancias con los razonamientos jurídicos contenidos en los fundamentos 4^o y 5^o de la sentencia y, por tanto, con la redacción de su fallo lo que supondría la estimación de la demanda declarando la nulidad de la decisión empresarial de transferir a la empresa HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA S.L. a los trabajadores procedentes de VODAFONE ONO S. A. U. y del Acuerdo colectivo de 14 de febrero de 2017 y la condena a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración y en consecuencia a reintegrar a los trabajadores afectados en su empresa de origen y en todas las condiciones y derechos que tenían antes de la sucesión empresarial impugnada ,porque en el caso aquí planteado, no cabe apreciar que se haya producido la transmisión de una unidad productiva autónoma de una empresa a otra, lo que implica la inexistencia de sucesión de empresas *ex art. 44 E.T* sin que exista ese soporte objetivo de la transmisión del establecimiento empresarial o de los "intangibles" que hacen posible su actividad, no basta un acuerdo entre empresarios, transfiriendo de uno a otro a los trabajadores, para que los contratos de trabajo suscritos con el primero se transmitan al segundo.

De acuerdo con la teoría general de las obligaciones, este cambio no es posible sin el consentimiento del trabajador, pues en la relación laboral empresario y trabajador son a la vez deudor y acreedor de salario y de trabajo, y el cambio de empresario (deudor de salario) sólo puede realizarse con el consentimiento



del trabajador (acreedor de salario y de las restantes prestaciones a cargo del empresario), como dice claramente el artículo 1205 del Código Civil . Esta norma general -garantía esencial para los trabajadores de mantener su vinculación a una empresa sólida y solvente- sólo tiene la excepción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , pero precisamente en este caso no se rompe la garantía porque la subrogación de los contratos sigue a la transmisión de la empresa o de la unidad productiva correspondiente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo contiene una doctrina ,aplicable al caso de autos, que sostiene *"... ha de mantenerse una "línea de separación entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (art. 44 ET y Convenios Colectivos de aplicación) y los efectos de una cesión de contratos entre empresas, aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores, cual aquí ha ocurrido, para llegar a la importante conclusión de que, mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como piden el art. 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda ser sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas"*.

Y señala que *" la falta de conformidad o consentimiento individual expreso o tácito mantiene la relación contractual de trabajo con la empresa anterior, con la que se estableció el nexo contractual, la cual, por su parte, estaría habilitada en su caso para la adopción de las decisiones de modificación, suspensión o extinción del contrato por necesidades de la empresa previstos en el ordenamiento jurídico"*.

Aceptar, por tanto, que, la mera transferencia de plantilla y la suscripción de un contrato mercantil entre las dos empresas codemandadas en fecha 16 de febrero de 2017 - consistente en el traspaso de determinados recursos, a saber: los empleados afectados, los contratistas afectados, activos, contratos, para prestar servicios en relación con la red de Vodafone que son esenciales para prestar a los clientes de Vodafone unos servicios de la máxima calidad, en los términos y condiciones acordados en el mismo, (descriptor 56)- como una sucesión de empresa es alterar la significación de la garantía contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en la Directiva 77/187 , y artículo 1.1 b) de la Directiva 2001/23 del Consejo y deteriorar gravemente las garantías de los trabajadores.

2.- La cuestión de fondo que la demanda plantea consiste en determinar, si se ha transmitido una unidad productiva autónoma, cuyos requisitos son: cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma en la dicción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . Y el segundo requisito constitutivo del supuesto legal de sucesión de empresas, es que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyan una unidad de producción susceptible de gestión o explotación separada, entendiéndose por tal " una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente". El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

En segundo término, se cuestiona si la transmisión del servicio y el Acuerdo suscrito entre las representaciones de las compañías y la representación de los trabajadores en fecha 14 de febrero de 2017, denominado "Acta de Acuerdos de la Comisión negociadora en la transmisión de la actividad de mantenimiento de la red fija. Art. 44 E.T . Vodafone ONO, S.A. U." Garantiza el mantenimiento de los derechos y condiciones de trabajo que tenían los trabajadores en la empresa cedente tal y como establece el artículo 44 E.T .

3.-La sentencia mayoritaria, tras exponer el contenido de la STS de 8/6/2016-rec. 224/2015 -que confirma la SAN de 27/2/2015 , dictada en el proceso 330/2.014 , en un supuesto similar (Banco de Sabadell- Lindorff), afirma que a la vista de la resultancia fáctica, en aplicación de los criterios contenidos en la expresada sentencia, nos ha de llevar a concluir que entre Vodafone Ono y Huawei se ha producido una sucesión empresarial respecto del servicio de mantenimiento de la red de telefonía fija ,sin que ninguna de las razones alegadas en la demanda impida apreciar la existencia de una sucesión de empresas del art. 44 E.T .

Por lo que se refiere al pacto suscrito en fecha 14/02/2017 entre la representación de las compañías y la representación de los trabajadores, la sentencia concluye que el pacto suscrito se encuentra acomodado a la doctrina jurisprudencial que cita.

4.- En el supuesto ahora examinado, debe ponerse de relieve que el título en cuya virtud se han producido las cesiones y subrogaciones controvertidas ha sido el Acuerdo formalizado entre Vodafone Ono y la empresa Huawei en fecha 16 de febrero de 2017, en el que la primera contrato con la segunda el mantenimiento del servicio de la línea de telefonía fija.



En el contrato: I.- El operador logístico guardará y tendrá a disposición de Vodafone, los albaranes de recogida de averiados debidamente fechados y firmados por el transportista y el almacén origen al menos durante cinco años.

II.- El operador logístico envía la tarjeta a reparar. La gestión anterior se realizará siguiendo el procedimiento y tiempos marcados por Vodafone. Una vez los materiales sean reparados por el proveedor de reparaciones, éste los devolverá al almacén realizando las tareas de comprobación y ubicación correspondientes. El operador logístico guardará y tendrá a disposición de Vodafone los albaranes de devolución de reparados debidamente fechados y firmados durante un periodo de cinco años.

III.- La gestión relativa al operador logístico con envío de la tarjeta a reparar se realiza siguiendo el procedimiento y tiempos marcados por Vodafone.

Con ciertos suministradores Vodafone dispone de un contrato diferente de reposición/sustitución, en estos casos se contempla entre uno de los escenarios, que la unidad necesaria para la resolución de la avería esté disponible en el stock de Vodafone.

IV.- La política de repuestos de Vodafone define para cada almacén el stock que éste debe tener para garantizar el mantenimiento de la planta instalada en dicho territorio. Siempre que Vodafone lo requiera se realizarán reaprovisionamiento desde el almacén central.

V.- Existen puntos de tránsito donde los técnicos pueden dejar y recoger los repuestos en el horario que le resulte más cómodo disponibles en todas las provincias y poblaciones donde Vodafone considere necesario.

VI.- Todos los almacenes estarán sujetos a inventarios cíclicos. Será logística de Vodafone quien maneje el calendario de recuentos.

VII.- La recogida y entrega de material averiado, el envío al reparador del material averiado, la recepción del material reparado deberá ser notificado a Vodafone.

VIII.- En función de lo acordado por contrato, el operador logístico reportará diaria, semanal y mensualmente a Vodafone aquella información que requiera en tiempo y forma to requeridos.

IX.- El objetivo del seguimiento de la ejecución es facilitar la colaboración del operador con Vodafone para asegurar el cumplimiento por parte del operador logístico de los objetivos de calidad de servicio marcados en el contrato y la mejora continua de las prestaciones del operador logístico a Vodafone. Para lo anterior se realizarán reuniones periódicas.

X.- El operador logístico deberá disponer de personal dedicado y con la debida cualificación para apoyar a Vodafone en las siguientes tareas: lograr una mejora continúa; apoyo al personal de Ono en auditorías puntuales de calidad de los servicios o visitas y mejorar los procesos de los diferentes servicios.

XI.- Como norma general en el tratamiento de una avería, si su análisis y resolución conlleva la sustitución de algún elemento averiado, la solicitud de repuesto se realizará por cualquiera de los siguientes medios: herramienta web de Vodafone; teléfono al coll Center de Vodafone; e-mail al coll Center de Vodafone. En concreto los técnicos son responsables de crear una solicitud de repuesto a través de la web de Vodafone. El responsable de la. Gestión de los repuestos deberá informar periódicamente a Vodafone proporcionando datos sobre la evolución de la base instalada en base a las condiciones de contrato. Realizar el seguimiento del servicio ofrecido por Vodafone y canalizar y coordinar las acciones de mejora que surjan para la optimización del servicio.

XII.- El proveedor debe desarrollar unos planes de calidad y obtendrá la aprobación por escrito de Vodafone de los planes de calidad que se desarrollen antes de comenzar a implantarlos y cualquier cambio posterior en los planes de calidad se acordara previa aprobación por escrito de Vodafone. Vodafone podrá llevar a cabo auditorías de los sistemas de gestión de calidad del proveedor.

XIII.- Si así lo solicitase Vodafone, el proveedor implantara aquellos procesos y procedimientos que sean necesarios para controlar de forma automática su rendimiento en comparación con los niveles de servicio y comunicará dicha información a Vodafone con arreglo a los requisitos de esta.

XIV.- Si el proveedor no prestara los servicios conforme a los niveles de servicio, deberá tomar las medidas que se le exijan en el contrato entre ellas el pago de créditos de nivel de servicio que serán pagaderos conforme al acuerdo de nivel de servicio. Vodafone podrá deducir dichos créditos de nivel de servicio de cualquier factura que se adeude en virtud del presente contrato o bien de cualquier otra cantidad que adeude Vodafone al proveedor.



En caso de que alguno de los servicios no se preste conforme a niveles de servicio, sin limitar ningún otro derecho de Vodafone, el proveedor llevara a cabo un análisis de la causa raíz en el que se detecte la causa de dicho incumplimiento, dedicará sus máximos esfuerzos a corregir dicho incumplimiento, corregida dicho incumplimiento tan pronto como sea factible, facilitar a Vodafone un informe escrito en el cual se detalle la causa y el procedimiento de corrección de dicho incumplimiento, facilitara a Vodafone pruebas razonables de que no se repetirá dicho incumplimiento.

XV.-El proveedor se cerciorará de que se ponga a disposición de Vodafone la información siguiente en el plazo de 30 días desde que Vodafone lo haya notificado en cualquier momento del periodo de vigencia:

Los pormenores de las tecnologías utilizadas para la prestación de los servicios, así como la estructura de prestación y el momento operativo del proveedor.

Los pormenores sobre el personal del proveedor, incluyendo sus personas, sus funciones y su desempeño, así como en términos globales.

Pormenores sobre los activos y los recursos utilizados por el proveedor para la prestación de los servicios. Pormenores de cualquier subcontrato aprobado por Vodafone y pormenores de la estructura de prestación de servicios y del modelo operativo del proveedor

El proveedor impartirá la formación y facilitara la transferencia de conocimiento a Vodafone y a los terceros proveedores (nombrados por Vodafone dentro del ámbito del contrato) que resulten necesarias para el correcto funcionamiento de los servicios. En tales casos, el proveedor acordara con Vodafone las limitaciones de dicha formación destinadas a proteger el Know-how del proveedor incluyendo a título no exhaustivo la firma de un acuerdo de confidencialidad.

XVI.-El proveedor responderá con prontitud a Vodafone acerca de cualquier consulta o inquietud que detecte Vodafone en relación con la información que se facilite a esta última.

Durante el período de vigencia y a petición de Vodafone, el proveedor facilitara a esta última y a sus representantes la colaboración, la formación y la documentación que estén relacionadas con la prestación de los servicios.

Durante el periodo de vigencia, Vodafone, notificándolo por escrito con una antelación razonable, podrá exigir a cualquier miembro del personal del proveedor o a la totalidad del mismo que asista a sesiones de formación sobre normativas, cumplimiento y otras cuestiones que puedan tener una repercusión sobre Vodafone, sesiones que se celebrarán en los momentos y lugares razonables que notifique Vodafone al proveedor. El proveedor se cerciorará de que aquellos miembros de su personal que indique Vodafone a tal efecto asistan a dichas sesiones de formación obligatorias.

El proveedor sufragará los costes en que incurran tanto el como cualquiera de sus subcontratistas y cualquiera de sus empleados, agentes y contratistas particulares al asistir a cada una de las sesiones que se contemplan en la cláusula anterior.

XVII.- A partir de la fecha de inicio de los servicios, el proveedor deberá elaborar y entregar a Vodafone un informe trimestral en el cual se expongan los pormenores de cualquier nuevo procedimiento, avance tecnológico o mejora y tendencia emergente en el sector que razonablemente pueda utilizarse en los servicios con el fin de mejorar la calidad y eficacia de los servicios y de la red de Vodafone, reducir el coste de la prestación de servicios, mejorar el negocio de Vodafone, etc.

Si en cualquier momento el proveedor deseara contratar a un nuevo subcontratista, solicitará el consentimiento previo por escrito de Vodafone.

El proveedor será responsable del acceso a los centros de Vodafone que se utiliza con el fin único y exclusivo de llevar a cabo los servicios.

5.-El contrato y los anexos aparecen unidos a los descriptores 53 y ss. , que la sentencia da por reproducidos. De los contratos, así como de los hechos probados, se desprende que, no ha sido externalizado el puesto de dirección que coordina la unidad productiva de mantenimiento, ni tampoco los puestos de Team Leaders de las seis zonas, en que estaba dividida la unidad. Siendo el Team Leader , tal y como viene definido en el convenio colectivo de aplicación, quien Implementa los planes de acción asegurando el cumplimiento de la estrategia, estableciendo las prioridades de su equipo directo para alcanzar el cumplimiento de los objetivos y políticas dentro de su ámbito de actuación establecidas por el Manager o Head of, a través de la coordinación de las actividades de trabajo de su equipo. Dirige equipo/s pudiendo gestionar directamente a Project Manager y/o Especialista, asegurando su desarrollo y desempeño. Coordina y supervisa las actividades de soporte técnico, soporte al negocio o de producción/operaciones. También ha quedado



acreditado que la cedente ha facilitado el uso por parte de la cesionaria de todas y cada una de las herramientas informáticas que resulten necesarias para el desarrollo del contrato, habilitando como usuaria a la cesionaria de aquellas aplicaciones que son titularidad de la principal. Asimismo los repuestos, piezas y materiales fungibles necesarios para la resolución de las averías en la red fija de Vodafone están distribuidos entre almacenes propiedad de Huawei y almacenes propiedad de Vodafone y además una vez transferida la actividad de mantenimiento de la red fija, los trabajadores de HUAWEI siguen recibiendo órdenes de la empresa cedente, así se dan instrucciones sobre nueva pauta de ajustes de red HFC para utilizar en la ejecución de trabajos programados de cambio de frecuencias de DTV/.NGTV. Se notifica a un trabajador por Vodafone que hay averías que se cierran desde local sin llamar a Vodafone para confirmar el cierre de las averías y se dan instrucciones por Vodafone sobre el servicio, tal y como se desprende de los correos electrónicos unidos a los descriptores 28, 107 y 109.

6.- La doctrina mantenida como unificada por la Sala de lo social del Tribunal Supremo,

1.-En SS de 30 de abril de 2002, sentencia que aplica la doctrina ya expuesta en sentencias anteriores de la Sala, que expresamente cita, como son las de 29 de febrero de 2000 (rec. núm. 4949/1998), 11 de abril de 2000 (rec. núm. 2846/1999) y 23 de octubre de 2001 (rec. núm. 804/2000) afirma, *que ha de mantenerse una "línea de separación entre los efectos de una sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular (art. 44 ET y Convenios Colectivos de aplicación) y los efectos de una cesión de contratos entre empresas, aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores, cual aquí ha ocurrido, para llegar a la importante conclusión de que, mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como piden el art. 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes, sin que ese consentimiento pueda ser sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieran en el Acuerdo celebrado con ambas empresas interesadas".*

Y señala que *" la falta de conformidad o consentimiento individual expreso o tácito mantiene la relación contractual de trabajo con la empresa anterior, con la que se estableció el nexo contractual, la cual, por su parte, estaría habilitada en su caso para la adopción de las decisiones de modificación, suspensión o extinción del contrato por necesidades de la empresa previstos en el ordenamiento jurídico".*

La sentencia de 30 de abril de 2002 sienta, en virtud de lo expuesto, una conclusión que es también aplicable al presente caso:

" Se produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado, salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación, como requiere el art. 1205 CC ". En el caso de autos no ha sido prestado tal consentimiento por el trabajador, ahora actor y recurrente ."

2.-También es de aplicación al supuesto enjuiciado la doctrina contenida en la S. Tribunal Supremo Sala 4ª, S 26-3-2014, rec. 158/2013 que sostiene:

" Como señala esta Sala IV/ TS en la reciente sentencia de 18-febrero-2014 (rco 108/2013) con cita de la STS/IV de 28-abril-2009 (rcud. 4614/2007), entre otras: "(la sucesión de empresa , regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44.

2.-La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001-y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02 , con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente: "El supuesto de hecho del art. 44 del E.T , al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art.49.1 g. del ET , los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa



(la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal".

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria" (art. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)."

La normativa Comunitaria alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1.a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria (art. 1 b de la Directiva).

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 19956, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado)."

En todo caso (STS/IV 10-mayo-2013, rcud. 683/2012 , entre otras), hay que tener presente que el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión "de una persona a otra" de "la titularidad de una empresa o centro de trabajo", entendiendo por tal "una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente". El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

3.-De la doctrina contenida en las sentencias citadas se desprende que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e



instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.)"

Como asimismo señala la sentencia recurrida la Directiva 98/50 del Consejo de 29 de junio de 1998, ha modificado la 77/1987, en un intento del Legislador Comunitario de dotar de transparencia y certeza jurídica a las interpretaciones del TJCE, que habían sido fluctuantes en materia de transmisión de empresa, seguridad jurídica de suma importancia, dado el deber de los jueces nacionales de seguir la interpretación del Derecho derivado en un sentido conforme con la jurisprudencia emanada del citado Tribunal de Luxemburgo.

Y así, conforme con el art. 1 de la Directiva, dos son los elementos que deben concurrir en la transmisión para que se esté dentro de su ámbito de aplicación:

1.-Un elemento causal de la transmisión (cesión contractual o fusión).

2.-Un elemento objetivo: (empresa, centro de actividad o partes de centro de actividad).

En relación con el primer elemento el TJUE desde la primera sentencia (Abels, de 7 de febrero de 1985) sienta una interpretación finalista que no sido alterada, señalando que el "objetivo de la norma comunitaria es ofrecer protección a los trabajadores en los casos de un cambio de empresario, garantizando la continuidad con el empresario cesionario...; la Directiva ha de aplicarse a todos los supuestos de transmisiones de empresa realizadas en el marco de relaciones contractuales de la persona física o jurídica, responsable de la explotación de la empresa".

Por lo tanto, la Directiva se aplica y el art. 44 del E.T. también, a todas transmisiones aunque no existan vínculos contractuales entre el cedente y el cesionario. Esta afirmación es preciso conectarla con los hechos segundo sexto y octavo de la presente sentencia en el sentido de que se desprende que no ha existido una sucesión empresarial en la titularidad del Ente ni en sus sociedades pues no puede estimarse que haya existido una efectiva transmisión de bienes del conjunto de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial.

El carácter abierto y flexible de la "causa jurídica" a través de la cual se instrumenta la transmisión prácticamente comprensiva de todos los negocios jurídicos, no presenta obstáculo jurídico alguno para la anterior afirmación porque lo importante es la existencia de la transmisión de una empresa, centro de actividad o parte de un centro de actividad.

Partiendo de tales afirmaciones y de la doctrina expuesta, así como de los hechos declarados probados, en el caso examinado y en el momento a enjuiciar, podemos afirmar que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión empresarial a pesar de la previsión de externalización de unos servicios que afectan a la práctica totalidad de la plantilla. Ciertamente, aunque se realicen funciones propias de la sociedad cedente los criterios de organización y dirección no se han transmitido y continúan en la misma, el centro de trabajo es el mismo (no consta suspensión de actividades) pero no se ha realizado un traslado del objeto de negocio de la comunicación y por lo tanto no entendemos que exista transmisión. Se ha transferido la producción de noticias la recepción de señales, la realización de programas y buena parte de su soporte material, pero en todo caso, lo que no se ha transferido es una organización, un conjunto de medios organizados a un fin y este es el factor objetivo necesario para la aplicación de la Directiva y del art. 44 del ET."

Las consecuencias de dicha doctrina suponen incluso la negación de la capacidad de la negociación colectiva para crear nuevas formas de subrogación no amparadas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y que puedan imponerse al trabajador como obligatorias.

7.- la determinación de si existe o no un supuesto de sucesión de empresas, tal y como se regula esta en el art. 44 del E.T. ha de hacerse partiendo de los hechos probados. Y es que las circunstancias de hecho concurrentes son esenciales a la hora de clarificar y distinguir si se está en presencia de una autentica sucesión de empresa, o de empresas entre las que no se ha producido la misma. En el presente caso, a partir de los hechos declarados probados no cabe apreciar que haya habido un cambio de titularidad de la empresa ni una transmisión de "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio"; o transmisión de elementos patrimoniales y personales suficiente para configurar la sucesión empresarial, lo que se produce cuando "la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio" (art. 44.2 ET).

No se ha transmitido una unidad económica organizada de forma estable, entendida como tal unidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, suficientemente estructurada y autónoma, ya que el título en cuya virtud se



ha producido las cesiones y subrogaciones controvertidas es el Acuerdo formalizado entre Vodafone Ono y la empresa Huawei en fecha 16 de febrero de 2017, en el que la primera contrato con la segunda el mantenimiento del servicio de la línea de telefonía fija, de cuyo contenido, en ningún caso puede considerarse que el ejercicio de la actividad de Huawei sea autónoma sino que muy al contrario la dependencia de esta sociedad de Vodafone es absoluta si se tiene en cuenta que Vodafone no se ha desligado de la gestión de las actividades contratadas que continúan integradas dentro de su ciclo productivo y sigue manteniendo facultades de control y supervisión sobre la actividad transferida, esto es, con posterioridad a la transmisión el cedente ejerce con respecto al cesionario, unas facultades de control significativas, en palabras de la STS de 26-3 -2014 antes citada, aunque se realicen funciones propias de la sociedad cedente los criterios de organización y dirección no se han transmitido y continúan en la misma, se ha transferido, en parte, la actividad de mantenimiento de la red fija y parte de su soporte material, pero en todo caso, lo que no se ha transferido es una organización, un conjunto de medios organizados a un fin y este es el factor objetivo necesario para la aplicación de la Directiva y del art. 44 del ET .

Y tampoco concurre el elemento subjetivo puesto que no ha sido externalizado el puesto de dirección que coordina la unidad productiva de mantenimiento, ni tampoco los puestos de Team Leaders de las seis zonas, en que estaba dividida la unidad. Siendo el Team Leader, tal y como viene definido en el convenio colectivo de aplicación, quien Implementa los planes de acción asegurando el cumplimiento de la estrategia, estableciendo las prioridades de su equipo directo para alcanzar el cumplimiento de los objetivos y políticas dentro de su ámbito de actuación establecidas por el Manager o Head of, a través de la coordinación de las actividades de trabajo de su equipo. Dirige equipo/s pudiendo gestionar directamente a Project Manager y/o Specialist, asegurando su desarrollo y desempeño. Coordina y supervisa las actividades de soporte técnico, soporte al negocio o de producción/operaciones. También ha quedado acreditado que la cedente ha facilitado el uso por parte de la cesionaria de todas y cada una de las herramientas informáticas que resulten necesarias para el desarrollo del contrato, habilitando como usuaria a la cesionaria de aquellas aplicaciones que son titularidad de la principal. Asimismo los repuestos, piezas y materiales fungibles necesarios para la resolución de las averías en la red fija de Vodafone están distribuidos entre almacenes propiedad de Huawei y almacenes propiedad de Vodafone y además una vez transferida la actividad de mantenimiento de la red fija, los trabajadores de Huawei siguen recibiendo órdenes e instrucciones de la empresa cedente.

Se produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba a los trabajadores afectados, salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación, como requiere el art. 1205 CC ". En el caso de autos no ha sido prestado tal consentimiento por los trabajadores.

La falta de conformidad o consentimiento individual expreso o tácito mantiene la relación contractual de trabajo con la empresa anterior, con la que se estableció el nexo contractual, la cual, por su parte, estaría habilitada en su caso para la adopción de las decisiones de modificación, suspensión o extinción del contrato por necesidades de la empresa previstos en el ordenamiento jurídico.

8.-Por lo que se refiere al Acuerdo colectivo de 14 de febrero de 2017 por el que se establecen las condiciones laborales que tendrán traslación directa conforme a lo establecido en el artículo 44 E.T ., cuyo contenido se recoge en el hecho probado octavo de la sentencia, debió declararse nulo por lo razonado anteriormente, si bien, aun admitiendo a los meros efectos dialécticos la existencia de sucesión de empresas en los términos declarados en la sentencia mayoritaria, procedería la declaración de nulidad del Acuerdo, formalizado con anterioridad a la efectividad de la sucesión, puesto que, la sucesión empresarial en virtud de lo establecido en el artículo 44 ET comporta "ope legis " la asunción de las obligaciones laborales y de Seguridad Social de la anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en la normativa específica, y, en general, cuantos obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido cedente , sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44.

Por consiguiente, si se admitiera que, a la vista de las circunstancias, nos encontremos ante un supuesto de sucesión de empresas, las normas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores operan como mínimo legal e impondrían la obligación de la empresa cesionaria de asumir el completo acervo de derechos y obligaciones del trabajador, incluidos sus derechos de protección social complementaria, aunque la fuente de tales derechos no fuese el convenio colectivo.

Y, sin embargo del acuerdo se desprende que han tenido lugar modificaciones de convenio y de condiciones laborales existentes con anterioridad a la transmisión, tales como las relativas a la revisión salarial; sistema de retribución variable; el fondo social y el tráfico telefónico , medidas que se tendrían que haber llevado a cabo mediante modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reguladas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores o si se trata de , la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios, deben realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 E.T .



La conclusión de todo el razonamiento es que la demanda debió ser estimada declarando la nulidad de la decisión empresarial de transferir a la empresa HUAWEI TECHNOLOGIES ESPAÑA S.L. a los trabajadores procedentes de VODAFONE ONO S. A. U. y del Acuerdo colectivo de 14 de febrero de 2017 y la condena a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración y en consecuencia a reintegrar a los trabajadores afectados en su empresa de origen y en todas las condiciones y derechos que tenían antes de la sucesión empresarial impugnada.

Madrid 9 de octubre de 2017.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ