



Roj: **STS 447/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:447**

Id Cendoj: **28079140012018100050**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2018**

Nº de Recurso: **682/2016**

Nº de Resolución: **36/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 682/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 36/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 23 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el letrado Sr. Mancebo Gutiérrez, en nombre y representación de Ombuds Compañía de Seguridad SA., contra la sentencia dictada en fecha 17 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación nº 1980/2015, formulado por D. Ramón frente a la sentencia de fecha 23 de febrero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en autos nº 725/2014, seguidos a instancia de D. Ramón, sobre modificación de condiciones de trabajo.

Se ha personado como parte recurrida D. Ramón, representado por el Letrado Sr. Barberena Eceia.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de febrero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, dictó sentencia, aclarada por auto de 30 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda formulada por DON Ramón contra la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., el COMITÉ DE EMPRESA DE OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., DON Sergio, DOÑA Asunción, DOÑA Blanca, DON Victorino, DON Jose Pedro, DON Carlos Miguel, DON Luis Antonio, DON Jesús Manuel, DON Juan Carlos, DON Pedro Antonio, DON Salvador, DON Agustín, DON Alfonso, DON Anselmo, DOÑA Estela, DON Blas, DON Casiano, la empresa SEGUR IBERICA S.A. y FOGASA, sobre modificación sustancial de condiciones laborales, declaro justificada la decisión modificativa adoptada en fecha 16/06/14, con efectos



el 01/07/14 y comunicada al actor el 27/06/14, absolviendo a los demandados OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., el COMITÉ DE EMPRESA DE OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., DON Sergio , DOÑA Asunción , DOÑA Blanca , DON Victorino , DON Jose Pedro , DON Carlos Miguel , DON Luis Antonio , DON Jesús Manuel , DON Juan Carlos , DON Pedro Antonio , DON Salvador , DON Agustín , DON Alfonso , DON Anselmo , DOÑA Estela , DON Blas , DON Casiano de las pretensiones vertidas en su contra y se reconoce el derecho del actor a la extinción de su contrato de trabajo en los términos del art 41.3 del E.T . concediéndole al efecto el plazo de quince días para efectuar dicha opción una vez firme la presente resolución.- Además, procede imponer a la parte demandante una multa por temeridad por un importe de 400 euros».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor DON Hilario ha venido prestando servicios para la empresa SEGUR IBERICA S.A. hasta el 30/04/14 con la categoría profesional de escolta.

SEGUNDO.- En fecha 30/04/14 el demandante causó baja por subrogación de contrato en la empresa SEGUR IBERICA S.A., pasando a prestar servicios para la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A.- La empresa SEGUR IBERICA S.A. se lo comunicó al demandante mediante carta remitida el 22/04/14, la cual se da por reproducida (documento nº 2 adjunto a la demanda).- En fecha 06/05/14 la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. recibió burofax remitido por el trabajador confirmando dicha subrogación, el cual se da por reproducido (documentos nº 3 y 4 adjuntos a la demanda).

TERCERO.- A la relación laboral les es de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad.

CUARTO.- En fecha 27/06/14 la empresa le comunicó por escrito al trabajador la modificación de sus condiciones laborales en cuanto a la distribución de la jornada, horario y sistema retributivo en mérito de los acuerdos alcanzados en fecha 16/06/14 y con efectos el 01/07/14. El periodo de consultas se inició el 02/06/14.- En concreto, se señala en la carta que las condiciones de trabajo, adicionalmente a las fijadas en el convenio colectivo, pasarán a ser las que se especifican en el Pacto de Empresa sobre jornada de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Ministerio del Interior y esporádicamente, cuando efectivamente se preste servicio para el Gobierno Vasco, en el pacto referido a este último, cuyos textos se acompañan señalados como Anexo 1 y 2 respectivamente.- La carta se da por reproducida al obrar en prueba documental (documento nº 5 adjunto a la demanda).- Junto con la carta se le entregó al trabajador dos anexos, siendo uno de ellos "Acuerdo entre la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. y la representación de los trabajadores por el que alcanza el pacto de empresa sobre jornadas de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Ministerio del Interior" de fecha 18/06/12 y otro "Acuerdo entre la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. y la representación de los trabajadores por el que alcanza el pacto de empresa sobre jornadas de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Gobierno Vasco" de fecha 18/06/12.

QUINTO.- La empresa colocó en el tablón de anuncios "acta de la reunión mantenida en el periodo de consultas con ocasión de la tramitación de un expediente colectivo de modificación de condiciones laborales en la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A." de fecha 16/06/14, en la que se recogen los acuerdos alcanzados en fecha 16/06/14, y "acta de la reunión mantenida en la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. entre la dirección y la representación de los trabajadores" de fecha 16/10/14 (documentos nº 14 y 15 del ramo de prueba de la parte actora).

SEXTO.- El demandante ha venido percibiendo los salarios en el año 2013 y 2014 que constan en las nóminas aportadas en la prueba documental, dándose así por reproducidas.

SÉPTIMO.- De ellas se desprende que la empresa SEGUR IBERICA S.A. venía abonando los siguientes conceptos: salario base, antigüedad, peligrosidad, plus transporte, plus vestuario, complemento escolta, complemento Pto. Tra/Exc. Jorn. GV y dietas.

OCTAVO.- De la nómina de mayo de 2014 resulta que la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. le abonó al trabajador demandante los siguientes conceptos: salario base, antigüedad, plus transporte, plus vestuario, plus escolta, plus peligrosidad y parte proporcional de pagas extras. Habiendo percibido el actor una cantidad bruta de 1.868,57 euros.

NOVENO.- De la nómina de junio de 2014 resulta que la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. le abonó al trabajador demandante los siguientes conceptos: salario base, antigüedad, plus transporte, plus vestuario, plus escolta, plus peligrosidad, dietas mes anterior, dietas mes actual, paga extra de verano, paga extra de navidad, paga extra de beneficios, complemento Pto. Tra/Exc. Jorn. GV/MIN m/ant y complemento Pto. Tra/Exc. Jorn. GV/MIN m/act. Habiendo percibido el actor una cantidad bruta de 6.460,68 euros.



DÉCIMO.- En fecha 30/06/14 la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. entregó al actor "hoja de liquidación", donde el actor declara haber recibido los importes de las retribuciones correspondientes a las liquidación, saldo y finiquito, al causar baja en la misma por cambio de condiciones salariales con fecha 30/06/14. En el documento consta de forma manuscrita sobre la firma del actor: "no conforme, pendiente de revisar".

UNDÉCIMO.- De la nómina de julio de 2014 resulta que la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. le abonó al trabajador demandante los siguientes conceptos: salario base, antigüedad, plus transporte, plus vestuario, plus escolta, plus peligrosidad y parte proporcional de pagas extras. Habiendo percibido el actor una cantidad bruta de 1.868,57 euros.- De la nómina de agosto de 2014 resulta que la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. le abonó al trabajador demandante los siguientes conceptos: salario base, antigüedad, plus transporte, plus vestuario, plus escolta, plus peligrosidad, plus compensatorio mes anterior, plus disponibilidad mes anterior, fin semana/festivo mes anterior, plus teléfono mes anterior, plus tpte. armas mes anterior, dietas mes anterior, kilometraje mes anterior y parte proporcional de pagas extras. Habiendo percibido el actor una cantidad bruta de 2.639,80 euros.- De la nómina de septiembre de 2014 resulta que la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. le abonó al trabajador demandante los siguientes conceptos: salario base, antigüedad, plus transporte, plus vestuario, plus escolta, plus peligrosidad, plus compensatorio mes anterior, plus disponibilidad mes anterior, nocturnidad mes anterior, fin semana/festivo mes anterior, plus teléfono mes anterior, plus tpte. armas mes anterior, dietas mes anterior, kilometraje mes anterior, gratif. vol. no consolidable y parte proporcional de pagas extras. Habiendo percibido el actor una cantidad bruta de 2.262,30 euros.- Se da por reproducidas el resto de las nóminas que obran en prueba documental (documento nº 12 del ramo de prueba de la parte actora).

DUODÉCIMO.- Se da por reproducidos los resúmenes de horas que obran en autos como documentos nº 34 y 36 del ramo de prueba de la empresa demandada».

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Ramón contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, de 23 de febrero de 2015, dictada en sus autos nº 725/2014, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente a Ombuds, Compañía de Seguridad SA, su comité de empresa y Segur Ibérica SA, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo; en consecuencia, con revocación de sus pronunciamientos, salvo el relativo a la falta de legitimación pasiva de Segur Ibérica SA, y estimando la demanda, declaramos nula la modificación de condiciones laborales impuesta al demandante con efectos de 1 de julio de 2014, condenando a Ombuds, Compañía de Seguridad SA a reponerle, desde esa fecha, en las condiciones laborales que tenía hasta entonces. Sin costas».

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Ombuds Compañía de Seguridad SA., el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 5 de marzo de 2013, recurso nº 200/2013, denunciando la infracción del art. 41, en relación con el artículo 44.4º y 9º del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 138.7º de la LRJS.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 19 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de quince días.

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación, sin haberlo verificado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 18 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. El demandante, prestó servicios por cuenta de la empresa SEGUR IBERICA, S-A., con la categoría profesional de escolta, hasta el 30 de abril de 2014, en que se hizo cargo de su relación laboral OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. debido a la adjudicación del servicio de protección de personas contratado con el Ministerio del Interior, al que estaba adscrito el actor, dando cumplimiento a la obligación de subrogación impuesta por el convenio colectivo estatal de empresas privadas de seguridad.

El 2 de junio de 2014 el nuevo empleador promovió un expediente de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en materia de distribución de jornada, horario y sistema retributivo afectante al personal perteneciente a la referida contrata, que culminó, tras un período de consultas, con acuerdo suscrito con la



representación legal de los trabajadores el día 16 de ese mismo mes, tras lo cual la demandada comunicó al actor la modificación operada con efectos del 1 de julio de 2014.

El trabajador impugnó la decisión empresarial y su demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social. La sentencia de suplicación acogió el recurso y declaró la nulidad de la medida fundando su pronunciamiento en la utilización fraudulenta del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para eludir el cumplimiento del deber de subrogación en los términos establecidos en el artículo 14 de la norma sectorial aplicable y en el artículo 44 del mencionado Estatuto, de los que se derivaba el mantenimiento de las condiciones laborales previas.

2.- Recurre OMBUDS en casación para la unificación de doctrina, y aporta como sentencia de contraste la dictada por la propia Sala del País Vasco el 5 de marzo de 2013 (rollo 200/2013). En ella se contempla el caso de un grupo de escoltas de autoridades del Gobierno Vasco y del Ministerio del Interior que el 20 de febrero de 2012 se incorporaron a la plantilla de la Compañía aquí recurrente en su condición de nueva adjudicataria del servicio de protección de personas. En las nóminas de ese mismo mes la empresa introdujo cambios en los conceptos retributivos y en las cuantías de los mismos, y el 16 del siguiente mes de marzo llegó a un acuerdo con el comité de empresa para modificar las condiciones laborales de, entre otros trabajadores, los allí demandantes, sin que dicho órgano de representación se reuniese en ningún momento con los afectados, habiendo sido anuladas con anterioridad las elecciones al Comité o por sentencia de 24/01/2012, a pesar de lo cual siguió funcionando como tal, firmando acuerdos con la dirección de la empresa. El Juzgado de instancia estimó la demanda y declaró nula la modificación de condiciones de trabajo argumentando que el acuerdo obtenido con el comité de empresa no era tal pues había sido fruto de unas elecciones declaradas nulas, vulnerándose además el art 14 del convenio colectivo aplicable que determina la necesidad de mantener las condiciones de los trabajadores en su anterior empresa. En suplicación, la Sala estimó parcialmente el recurso, manteniendo lo resuelto respecto de la modificación de condiciones de trabajo operada desde el 21 de febrero al 28 de marzo de 2012 y declarando ajustada a derecho la efectuada el 21 de marzo de 2012 con efectos del 28 del mismo mes y año, día en que la empresa decidió modificar las condiciones de distribución de jornada, horario y sistema retributivo conforme a los acuerdos alcanzados con el comité el 16 de marzo de 2012, todo ello tras reconocer a dicho comité, con base en una sentencia anterior de la propia Sala, la legitimidad necesaria para pactar el acuerdo correspondiente.

3. Entre las resoluciones comparadas concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, como informa el Ministerio Fiscal. La diferente solución dada en cada caso es, en realidad, parcial pero sustancial, puesto que, como se ha dicho, la sentencia de contradicción acoge parcialmente la suplicación, circunscribiendo a un primer y breve período (de 21 de febrero a 28 de marzo de 2012) la estimación de la pretensión actora y declarando -a diferencia de la sentencia recurrida- ajustada a derecho la decisión empresarial a partir de esa fecha, de modo que puede sostenerse que en este extremo se constata, en definitiva, la identidad sustancial requerida. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto.

SEGUNDO.- La empresa recurrente alega la infracción de los artículos 41, 44.4 y 9º del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 138.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, desarrollando al respecto la censura jurídica que estima oportuna pero sin referencia alguna al fraude de ley que ha constituido la ratio decidendi en la sentencia recurrida.

En todo caso, la cuestión que se plantea en este recurso, consistente en determinar si está o no viciada de nulidad la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactada por la empresa demandada con los representantes legales de sus propios trabajadores, después de haberse subrogado en la relación laboral del actor con su anterior empresa, ha recibido respuesta afirmativa de esta Sala en análogas reclamaciones formuladas por otros trabajadores afectados por la misma decisión - sentencias de 15 y 21 (2) de diciembre de 2016 (rec. 4177/15, 3245/16 y 4010/15) y 23 de marzo, 5 de abril, 18 de mayo y 15 de noviembre de 2017 (rec. 377/16, 1592/16, 1416/16 y 1516/16) -, en los siguientes términos:

" En el presente caso, la subrogación empresarial se produjo el 1 de mayo de 2014 (hecho segundo del relato de la sentencia de instancia) y el 2 de junio de 2014 se inició un período de consultas entre la representación de la empresa y la de los trabajadores para introducir la modificación del sistema de trabajo, jornada y retribución, dándose por finalizado con acuerdo tal período el 16 del mismo mes (hecho sexto) e informándose al actor de ello el 27 con efectos desde el 1 de julio siguiente (hecho séptimo). Existe, pues, una diferencia cronológica evidente -aunque de escasa entidad- que parece impide, en principio, aplicar directamente nuestro argumento doctrinal de que el pacto "es el fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente". Tampoco se produce en el presente caso el efecto de que, el acuerdo " incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante" como figura en el texto de nuestras sentencias, por lo que -igualmente en principio- cabría sostener que nuestra doctrina



no es aplicable, al haber corregido la empresa los incumplimientos o deficiencias que se le achacaban en ella. Ahora bien: tal y como manifiesta la sentencia recurrida con cita y transcripción parcial de una anterior (STSJ PV de 12 de mayo de 2015, rs 769/2015) "el proceder empresarial realmente, aunque cronológicamente se adecúa posteriormente a la sucesión, enmascara la misma situación que en los pactos anteriores se produjo (modificación resuelta por las sentencias citadas del TS). Aunque respeta ab initio la empresa el acceso de los trabajadores y la subrogación, inmediatamente provoca un cambio que vuelve a incidir en los mismos defectos que el anterior que se examina por el TS: se negocia con la finalidad de la homogeneidad de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su origen y subrogación; participa su única representación de los trabajadores en Ombuds; y, por último, provoca un cambio que redundará en una expansión de las condiciones del colectivo perteneciente a la empresa con anterioridad respecto a los demás que han accedido posteriormente, a los que se les equipara. Claramente se observa que esas nuevas condiciones que se establecen, con independencia de su incidencia concreta, intentan soslayar el mantenimiento no sólo de los pactos colectivos sino de las propias condiciones individuales de cada trabajador, igualando colectivos sin atender a los verdaderos mecanismos de producción o causalización del cambio (mecanismos ya citados del art. 44 en relación al 41 ET), y que en cualquier caso exigen esa participación de la representación de los trabajadores. Esta participación es la expresión de los derechos del colectivo afectado, pues poca incidencia pueden tener en los que ya pertenecían a la empresa las nuevas modificaciones, si lo que se hace es, precisamente, fijar el marco de obligaciones laborales para aquellos que acceden procedentes del fenómeno subrogatorio en igualdad con los que ya pertenecían a la empresa".

No ha existido, pues, más que una corrección en lo formal y no en lo sustancial, al no haber dado siquiera tiempo al trabajador a su afianzada incorporación a la nueva empresa con respeto inicial, igualmente efectivo, de sus condiciones en la anterior, sino que, observando un mínimo cronológico indispensable, se ha procedido del mismo modo ya censurado por esta Sala, de manera que sólo aparentemente -pero no realmente- puede decirse que se cumple con la doctrina de la misma, por lo que se está en el caso de, siguiendo su filosofía, concluir en sentido desestimatorio del recurso, tal y como propone el Mº Fiscal".

TERCERO.-1. A la luz de la doctrina expuesta, que debemos aplicar también en este caso por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas y de igualdad en la aplicación de la ley, al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación, se impone la desestimación del recurso planteado por la empresa, y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida, al ser la que contiene la buena doctrina, todo ello de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal.

2. A tenor de lo preceptuado en los arts. 228.3 y 235 LRJS, se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, y se condena a la recurrente al pago de las costas causadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Oscar Mancebo Gutiérrez, en nombre y representación de la empresa Ombuds Compañía de Seguridad SA., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 17 de noviembre de 2015, dictada en el recurso de suplicación nº 1980/2015. Con imposición de costas y decretando la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.