



Roj: **STSJ CV 490/2015 - ECLI: ES:TSJCV:2015:490**

Id Cendoj: **46250340012015100027**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2015**

Nº de Recurso: **2453/2014**

Nº de Resolución: **50/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE COTS DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1 Rec. Supl. 2453/14

RECURSO SUPPLICACION - 002453/2014

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a. Manuel J. Pons Gil

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. Antonio V. Cots Díaz

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. Gema Palomar Chalver

En Valencia, a quince de enero de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 50 de 2015

En el RECURSO SUPPLICACION - 002453/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 27-3-14, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO 4 DE VALENCIA, en los autos 001465/2013, seguidos sobre Modificación sustancial de condiciones de trabajo, a instancia de D^a Marcelina, asistida del Letrado D^a Mónica Albiol Ortuño, contra BANKIA representada por el Letrado D. Marcos Pereda-Velasco Fernandez,, GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP representado por el Letrado D. Antonio Luis Gómez Rodríguez, SECCION SINDICAL CCOO:, Marino, Penélope, Oscar, Ricardo, Santos, SECCION SINDICAL UGT:, Torcuato, Carlos Antonio, SECCION SINDICAL ACCAM:, Jesús Luis, Pedro Antonio, Agapito, Antonio, SECCION SINDICAL SATE:, Benito, Casimiro, SECCION SINDICAL CSICA:, Demetrio, Erasmo y MINISTERIO FISCAL, y en los que es recurrente Marcelina, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. Antonio V. Cots Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando la demanda deducida por D^{ña}. Marcelina frente a BANKIA, GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP y los trabajadores firmantes del acuerdo: SECCION SINDICAL DE CCOO: D. Marino, D^{ña}. Penélope, D. Oscar, D. Ricardo, D. Santos; SECCION SINDICAL DE UGT: D. Torcuato, D. Carlos Antonio; SECCION SINDICAL DE ACCAM: D. Jesús Luis, D. Pedro Antonio, D. Agapito, D. Antonio; SECCION SINDICAL DE SATE: D. Benito, D. Casimiro; SECCION SINDICAL DE CSICA: D. Demetrio, D. Erasmo, declaro la nulidad de la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada con efectos de 1 de diciembre de 2013, reconociendo el derecho de la trabajadora a ser repuesta en sus anteriores condiciones de trabajo, condenando a los demandados a estar y pasar por las consecuencias de dicha declaración, y a GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP a reponer a la misma a las condiciones laborales previas a dicha modificación, y a abonar a la trabajadora en concepto de indemnización de daños y perjuicios el importe de 537,87 euros."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: PRIMERO.- La trabajadora demandante Marcelina con Dni NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden



de la mercantil demandada BANKIA, proveniente de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, desde el 20 de junio de 2005, en el centro de trabajo sito en la Calle Pintor Sorolla nº 8 de Valencia, con categoría profesional de Grupo 1-Nivel XI, (PDP 21), realizando funciones de Letrado, consistentes fundamentalmente en el asesoramiento jurídico a oficinas respecto de banca de particulares, con un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras hasta el 17-11-2013, de 3.435,22 euros. (doc 9 actora) .- SEGUNDO.- La actora venía realizando un horario del 1 de octubre al 30 de abril, de 8 a 15 horas, salvo los jueves, que era de 8 a 14:30 horas, y de 16:30 a 20 horas, sin que prestasen servicios los dos últimos jueves de diciembre y el primero de enero por la tarde. Del 1 de mayo al 30 de septiembre, el horario era de 8 a 15 horas, de lunes a viernes, y los días 24 y 31 de diciembre, de 8 a 13 horas. (no controvertido) .- TERCERO.- En fecha 28 de junio de 2013 la actora comunicó a la empresa su adhesión voluntaria al programa de bajas incentivadas establecido en el acuerdo alcanzado en fecha 8 de febrero de 2013 en el despido colectivo, que le fue denegada mediante comunicación de fecha 5-07-2013, remitida por correo electrónico, al considerar la empresa necesario el mantenimiento de su prestación de servicios. (no controvertido, doc 10, 11 Bankia) .-CUARTO.- Caso de haber sido admitida la solicitud de la actora de inclusión voluntaria en el despido colectivo, le sería aplicable el apdo. II, Bajas Incentivadas, tercero, 2, personas con edad inferior a 54 años a fecha 31-12-2013, de modo que correspondería una indemnización a fecha 5-07-2013 equivalente a 30 días de retribución fija por año de servicio con un límite de 22 mensualidades; 2.000 euros por cada tres años completos de prestación de servicios, es decir, 4.000 euros; y 9.000 euros más al haber prestado servicios la actora entre 5 y 10 años. - El referido acuerdo en su anexo II, define la retribución bruta anual a efectos de la base del cálculo de los importes de la indemnización, que se compone de sueldo base; antigüedad; prorrata pagas extras; plus; complemento revisable 1 y 2; complemento no revisable 1 y 2; complemento funcional; complemento personal de garantía; complementos de integración definidos en el acuerdo de 26-11-2012. En todo caso añade que "se tomará la retribución fija percibida en la nómina de tres meses inmediatamente anteriores al mes en el que se produce la extinción de la relación laboral, multiplicado por 12". Dicho importe en el caso de la actora ascendía al momento de la solicitud, ascendía a 3.283,20 euros. (doc 1, 6 actora) .- QUINTO.- La demandante desde el 18-11-2013 se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal, en porcentaje del 32,92% de su jornada, realizando el siguiente horario: del 1- 10 al 30-04: lunes a viernes excepto jueves, de 10 a 15; jueves, de 10 a 14:30; del 1-01 al 30-09, lunes a viernes de 10 a 15 horas. (no controvertido, doc 13 Bankia).- SEXTO.- La mercantil GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP se constituyó en fecha 20-09-2013, siendo su objeto social, entre otros, la prestación de todo tipo de asesoramiento jurídico y defensa propios de la abogacía, y la prestación de asesoramiento financiero. (doc 10 actora) .- SEPTIMO.- En fecha 29-11-2013 la empresa Bankia remitió a la trabajadora comunicación con el siguiente contenido: "Dentro del proceso de reestructuración en el que se encuentra BANKIA SA y con el fin de reducir el número de personas afectadas por el despido colectivo y de atenuar las consecuencias negativas de la mencionada reestructuración, se han acordado con la mayoría de las representación legal de los trabajadores (Acuerdo de 8 de febrero de 2013) una serie de medidas, entre las que se encuentra la posible externalización de actividades hasta ahora desarrolladas directamente por BANKIA SA. -Dentro de este marco, BANKIA SA y GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, han llegado a un acuerdo, por el cual, la citada sociedad desarrollará para BANKIA SA determinados servicios de asesoría jurídica y de auditoría interna, con el objeto de optimizar su negocio financiero, mejorando la eficiencia operativa, flexibilizando su infraestructura y aumentando la calidad del servicio a los clientes. El mantenimiento del empleo es uno de los elementos esenciales de este acuerdo, lo que ha permitido excluir del ámbito de aplicación del despido colectivo a los empleados afectados por este acuerdo específico. - En el contrato de externalización firmado entre BANKIA SA y la sociedad GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, ambas partes han acordado la transmisión de algunas de las unidades productivas y autónomas entre las que se encuentra la unidad a la que esta Vd asignado y en la que presta servicios para BANKIA SA. - Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con fecha 1 de diciembre de 2013, pasará Vd a prestar servicios en la sociedad GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, manteniendo sus derechos y obligaciones en los términos regulados en el citado precepto legal y le será de aplicación las condiciones laborales pactadas con los representantes de los trabajadores, acuerdo de fecha 28 de noviembre de 2013, del cual se adjunta una copia.-En concreto, sus condiciones a la fecha de incorporación en GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, serán las siguientes:

-Salario bruto anual: 36.012,88

-Antigüedad: 20/06/2005

-Destino: Avenida de Aragón 30, Edificio Europa, Planta 13, Local C. Valencia. "

Dicha comunicación añade igualmente que " ... Finalmente, como consecuencia de lo expuesto y por no verse su puesto de trabajo afectado por el ámbito de aplicación de las medidas del despido colectivo, le traslado que se ha decidido no aceptar su propuesta de adhesión al mecanismo de bajas indemnizadas previsto en el Acuerdo de fecha 8 de febrero de 2013, de conformidad con lo establecido en dicho acuerdo



y en el resto de los alcanzados con la representación legal de los trabajadores con ocasión del proceso de reestructuración de BANKIA SA". (doc 8 actora) .- OCTAVO.- En fecha 28 de noviembre de 2013 se suscribió entre la empresa BANKIA, GRANT THORNTON y las Secciones Sindicales de la primera, CCOO, UGT, ACCAM, SATE y CSICA, un documento denominado " Acta de Acuerdo del periodo de consultas derivado de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 40.2 y 41.4, para modificar las condiciones laborales del colectivo de empleados de Bankia, que pasarán por subrogación empresarial a prestar servicios en GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, con fecha 1 de diciembre de 2013", cuyo tenor literal obra en autos y se da por reproducido en su integridad. - En el mismo se hace referencia al anterior acuerdo de 8-02-2013, suscrito entre Bankia y las Secciones Sindicales de CCOO, ACCAM, UGT, SATE y CSICA, donde se establecen las condiciones del despido colectivo, la modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar en la entidad, y en concreto, a las medidas de externalización para minorar el número de extinciones; dentro de estas últimas se indica que tras el acuerdo alcanzado entre Bankia y Grant Thornton, esta última compañía pasaría a prestar servicios de asesoría jurídica y auditoría para Bankia, de modo que, 37 empleados, desde el 1- 12-2013 pasarán a formar parte de la segunda, en aplicación de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 del ET , subrogándose en los derechos y obligaciones de los trabajadores. - Añade que, a efectos de definir los términos y condiciones laborales de aplicación a los trabajadores afectados por dicha sucesión de empresa, en fecha 13-11-2013 se procedió a la apertura del periodo de consultas, ex art. 44 del ET en relación con los arts. 40.2 y 41.4, con reuniones los días 13, 19, 25 y 27 de noviembre, habiéndose alcanzado el acuerdo por un 97,86% de la representación de los Comités de Empresa y Delegados de Personal, reconociendo la existencia de una negociación de buena fe, habiéndose intercambiado diversas propuestas, y fruto de la negociación se han ido acomodando y modificando las posiciones iniciales, alcanzado el presente Acuerdo. - Entre los acuerdos alcanzados, a efectos de la resolución del presente procedimiento, se establece que el Convenio aplicable será el Estatal de Empresas de Consultoría, Estudios de Mercados y de la Opinión Pública, (BOE 4-04-2009). - Igualmente, se modifica la retribución fija de los trabajadores, con efectos de 1-12-2013, con porcentajes de reducción entre el 7% y el 26%, consta expresamente suprimido el sistema de retribución variable y promoción y desarrollo profesional aplicables en Bankia. -La jornada anual pasa a 1.800 horas anuales, frente a las 1.680 que se venían realizando. El horario de invierno se fija de lunes a jueves, de 9 a 14, y de 15 a 19, y el viernes, de 9 a 15; el de verano, de lunes a viernes, de 9 a 15 horas, si bien este último, " será de aplicación para los periodos establecidos anualmente por la compañía atendiendo a la política vigente". - Se establecen 22 días laborales de vacaciones al año, así como 4 días adicionales de permiso retribuido. - En los supuestos de movilidad geográfica, solo se establece compensación económica a partir de los 60 km, frente a los 25 actuales. - Se acuerda suprimir el Sistema de Previsión Social Complementaria establecido en Bankia, viudedad, orfandad e invalidez, sin que la empresa Grant Thornton realice aportaciones a los planes de pensiones de empleados transferidos. - Desaparecen las ayudas de guardería, formación hijos de empleados, obsequio de Reyes Magos, seguro de vida, seguro médico privado y seguro de accidentes de Bankia, así como la exención de comisiones bancarias y ayudas a la financiación. - Desde el 1-12-13 se aplican los complementos de Incapacidad Temporal del Convenio de Consultoría. (doc 7 actora, doc 9 Bankia) .- NOVENO.- La empresa BANKIA promovió un procedimiento de despido colectivo, que concluyó con Acuerdo de 8 de febrero de 2013, " Acta de Acuerdo de la Comisión Negociadora del Periodo de Consultas del Despido Colectivo, Modificación de Condiciones de Trabajo, Movilidad Funcional y Geográfica y Otras modificaciones a aplicar en Bankia", cuyo tenor literal obra en autos y se da por reproducido en su integridad, que fue suscrito por las Secciones Sindicales de UGT; CCOO; ACCAM; CSICA y SATE que representan un 97,9% de los representantes unitarios de los trabajadores, mediante el que se pactó la extinción de 4.500 contratos de trabajo, (3.700 en las redes territoriales y 800 en servicios centrales), hasta el 31-12-2015. - En los Antecedentes de dicho Acuerdo, al apdo. 5º consta que " a lo largo de la negociación y con el fin de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, se han llevado a cabo las siguientes propuestas", siendo la primera "medidas de externalización para minorar el número de extinciones". - En lo que respecta al presente procedimiento, destacar que en el apdo. VI, "Modificación de Condiciones de Trabajo", sobre la retribución variable, se establece su supresión en el año 2013. -A dicho Acuerdo se acompañan una serie de Anexos, figurando en el III, en su punto C) "cuestiones generales", que, " ... La necesidad del ajuste, de reducción de costes y de mejora de la eficiencia no excluyen y se complementan con la búsqueda de otras alternativas que puedan minorar el número de trabajadores finalmente afectados por el despido colectivo y que es uno de los elementos fundamentales del periodo de consultas. El número total de desvinculaciones que efectivamente se lleven a cabo podrá reducirse como consecuencia de la búsqueda de alternativas que permitan la amortización de puestos de trabajo en la Entidad y el acceso al empleo por parte de los empleados afectados. La Entidad está llevando a cabo negociaciones y actuaciones para incorporar procesos de externalización o acuerdos y medidas de otro tipo que permitan la sucesión empresarial que, de formalizarse, supondrían la reducción proporcional en el número de despidos y su correspondiente deducción de los máximos señalados". (doc 1 a 6 Bankia) .- DECIMO.- En fecha 13-11-2013 se procedió a la apertura del periodo de consultas previsto en



el art. 44,9 del ET en relación con los arts. 40,2 y 41,4 del ET , entre Bankia, Grant Thornton y las Secciones Sindicales de la primera, CCOO, UGT, ACCAM, SATE, CSICA y CGT, para modificar las condiciones laborales de aproximadamente, 43 empleados de Bankia pertenecientes a Asesoría Jurídica de Banca de Particulares y a Auditoría Interna de Banca de Particulares, haciendo constar que "pasarán en virtud del mencionado artículo 44 ET , subrogación empresarial cuya fecha prevista de incorporación es el 1 de diciembre de 2013, a la empresa Grant Thornton", presentando las nuevas condiciones laborales, referidas a: convenio colectivo; categorías profesionales y promoción; reducción de coste salarial; estructura salaria y número de pagas; previsión social complementaria; seguro de salud; ayuda de guardería y ayuda de formación de hijos de empleados; retribución variable; jornada y horario; vacaciones anuales y días de libre disposición, y ayudas financieras. .- Constan celebradas nuevas reuniones en el curso del periodo de consultas en fechas 19, 25 y 27 de noviembre. .- Finalmente en fecha 28 de noviembre de 2013 se alcanzó el Acuerdo denominado " Acta de Acuerdo del periodo de consultas derivado de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 40.2 y 41.4, para modificar las condiciones laborales del colectivo de empleados de Bankia, que pasarán por subrogación empresarial a prestar servicios en GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, con fecha 1 de diciembre de 2013". (doc 8, 9 Bankia, interrogatorio).-UNDECIMO.- La empresa Bankia SA en fecha 28-10-2013 comunicó a la actora escrito de fecha 24-10-13, anunciando la posibilidad de llevar a cabo la externalización de la actividad de Asesoría Jurídica relacionada con el asesoramiento jurídico estándar en el ámbito de Banca de Particulares, indicando que dicho proceso se haría con pleno respeto a los arts. 44 y 41 del ET , al ser necesario revisar alguna de las condiciones laborales existentes en Bankia para acomodarlas a la externalización, previa negociación con los representantes de los trabajadores. Al recibir de dicho escrito la trabajadora manifestó "no conforme". (doc 12 Bankia) .- DUODECIMO.- En el mes de diciembre de 2013, la trabajadora percibió un salario mensual de 2.013,12 euros, y en enero de 2014, de 2.183,28 euros. (doc 74 y 75 actora).-DECIMOTERCERO.- Desde el 2-01-2014 la actora realiza una jornada en horario de lunes a viernes, de 9 a 15 horas, siendo el coeficiente de reducción del 72,75%. (doc 72 actora).- DECIMOCUARTO.- En el año 2012, la empresa Bankia realizó aportaciones al plan de pensiones de la actora por importe de 684,94 euros. (doc 77 actora) .- DECIMOQUINTO.- La actora tiene suscrito un seguro privado de salud, por el que abonó en el mes de marzo de 2014 una prima correspondiente a dicha mensualidad de 94,45 euros. Con anterioridad abonaba por dicho concepto un importe de 31,88 euros. (doc 16 actora)

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte D^a Marcelina , habiendo sido impugnado por la representación letrada de los codemandados BANKIA Y GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en suplicación las demandadas Bankia y Grant Thornton Outsourcing Services SLP, la sentencia que ha declarado nula la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta a la actora con efectos 1 de diciembre de 2013, reconociendo el derecho de la trabajadora a ser repuesta en sus anteriores condiciones de trabajo, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la empresa Grant Thornton Outsourcing Services SLP a reponer a la demandante en sus condiciones previas a dicha modificación y a abonar a la trabajadora en concepto de indemnización de daños y perjuicios el importe de 537,87 .

Los recursos, se formulan por separado y se impugna por la demandante el recurso de la empresa Grant Thornton Outsourcing Services SLP. En la impugnación del recurso de la actora a la empresa Grant Thornton Outsourcing Services SLP se acompañan copias de sentencias de diferentes Juzgados de lo Social que la parte impugnante solicita se admitan por ser de fecha posterior a los actos de conciliación y juicio, pero que no pueden sea admitidos como documentos al tratarse de sentencias que no consta su firmeza, sin perjuicio de que queden unidos a las actuaciones a los meros efectos ilustrativos.

El recurso de Grant Thornton Outsourcing Services SLP, se estructura en cuatro motivos. El primero, que ampara procesalmente en el apartado a) del art. 193 de la LRJS , solicita que se repongan las actuaciones al momento inmediato anterior a la admisión a trámite de la demanda, reproduciendo tal petición en el suplico del recurso, para que por el Juzgado se advierta del defecto de no concretar en que consistió el fraude de ley que se alega. Los demás motivos del recurso, se apoyan en la letra c) del art. 193 de la LRJS .

El recurso de Bankia SA se articula también en cuatro motivos, el primero y el segundo para modificar los hechos probados de la sentencia, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS , y los demás formulados por el cauce del apartado c) de la tan referida norma procesal.



Por razones lógicas se debe comenzar examinado el motivo de nulidad que formula la empresa Grant Thornton Outsourcing Services SLP, ya que de prosperar, haría innecesario resolver los demás. Denuncia el motivo de nulidad que vamos a examinar la infracción de los arts. 80.1 c), 81.1 y 85.1 de la LRJS, así como de la doctrina contenida en las STS de 11-12-2000, 24-2-2002 y 29-4-2005, porque considera que la demanda no reúne los requisitos previstos en el art. 80.1 c) y el Juzgado debió advertir de los defectos de que adolecía, y porque las manifestaciones que ha realizado la parte contraria con carácter previo al inicio de la vista han supuesto, a su juicio, una variación sustancial de la demanda, por introducción de una serie de alegaciones nuevas, no contempladas en el escrito inicial que fueron decisivas para dictar la sentencia, lo que causó indefensión y vulneración del principio de igualdad de partes, porque a salvo la alegación del cambio de convenio y de la ausencia de las causas que motivaron la modificación, en el hecho séptimo de la demanda no se concreta porque la medida adoptada lo ha sido en fraude de ley, siendo sorpresiva la alegación de falta de legitimación de la representación legal de los trabajadores que suscribió el acuerdo de 28 de noviembre de 2013, lo que impidió a la recurrente preparar su defensa. Considera el recurso que el Juzgado debió conceder el plazo de cuatro días para que la actora determinara con claridad en que consistió el fraude de ley alegado.

El motivo debe ser desestimado, por carecer del más mínimo apoyo. Además de que la figura del fraude de ley implica un juego normativo ilícito que supone el intento de eludir la aplicación de la norma correcta, en el caso, los hechos de los que pudiera derivarse se han concretado sobradamente en la demanda. En efecto, el hecho séptimo de la demanda expresa "Que dicha modificación sustancial de las condiciones de trabajo que incluye el ilícito cambio de Convenio Colectivo de aplicación ha sido adoptada en fraude de ley. Además de ello, resulta injustificada, sin que la empresa haya siquiera invocado las razones que podrían justificarla y se ha realizado sin seguir el procedimiento establecido al efecto.", si a esto se une que según se infiere del hecho sexto de la demanda, el acuerdo de modificación colectiva que se alega no se ha facilitado a la demandante y que luego resultó ser el de 28 de noviembre de 2013 fue aportado a las actuaciones por las empresas para justificar la modificación de condiciones impugnada, no hay obstáculo para que pueda ser examinado entre otras cuestiones en relación a la legitimación de las partes que lo suscribieron.

En consecuencia está justificado y no genera indefensión a la empresa recurrente, ni ha tenido lugar variación sustancial de la demanda, ya que la actora al ratificarla alude, como se ha expuesto, a que no se ha seguido el procedimiento oportuno para acordarla, y conocido el acuerdo de 28 de noviembre de 2013, se cuestiona si se ha suscrito en la parte social, y por lo que se refiere a la cuestión impugnada, por los legitimados para ello, lo que entra dentro de los hechos expuestos en la demanda y conocidos por la empresa, que no puede alegar ahora indefensión porque el Magistrado "a quo" lo examine y concluya como una de las razones fundamentales para estimar el fraude que el acuerdo no se suscribió con los representantes de la empresa cesionaria a los que afectaba.

SEGUNDO.- Para determinar definitivamente el contenido del relato probado de la sentencia hay que examinar seguidamente el primer motivo del recurso de la empresa Bankia SA, que con correcto amparo procesal solicita que se modifique el salario que consta en la sentencia en el hecho primero de 3.435,22 por el que propone de 3.283,02, en cuanto a la retribución fija, para lo que se apoya en el certificado de retenciones y nóminas (documentos 3 de la prueba de la parte actora y en el documento número 15 de esta parte recurrente). Sostiene el recurso que de los documentos citados no se deduce el salario que declara probado la sentencia.

Se rechaza la modificación, ya que no corresponde a la parte valorar la prueba, tratándose de una facultad que la ley otorga al Magistrado que presidió el juicio (art. 97.2 de la LRJS), que con criterio más objetivo e imparcial que el interesado de parte ha señalado la retribución por la media anual, (dado que algunos conceptos no son constantes) y no solamente considerando la última nómina y añadiendo la parte de salario en especie. De cualquier forma, no se acredita el error judicial que pretende deducir el recurrente de prueba negativa, imponiendo su propio criterio valorativo de la misma prueba que sirvió al Juzgador para redactar el hecho combatido. Además llama la atención que el salario no sea discutido en el recurso de la empresa Grant Thornton Outsourcing Services SLP que es la que ha sido condenada a reponer a la demandante en sus condiciones previas a la modificación y a abonar a la trabajadora indemnización de daños y perjuicios.

En el segundo motivo del recurso de la empresa Bankia S.A., con adecuado amparo procesal se interesa la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente contenido: "El 8-2-2013 concluyó con acuerdo en el seno de la comisión negociadora el periodo de consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones instado por Bankia S.A. en el año 2013 dándose por reproducido el contenido de tal acuerdo y sus anexos correspondientes", y la adición se basa en el documento número 6 de la parte recurrente y en los mismos documentos que constan en la prueba de la parte actora al haberse aportado tal acuerdo y sus anexos por ambas representaciones, pero la adición fáctica no puede alcanzar éxito, ya que se fundamenta en unos documentos que han sido valorados por el Juzgador de Instancia y no pueden ser combatidos los hechos declarados probados si han sido obtenidos por



el Magistrado del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso, sin olvidar que el Juez "a quo" en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada valora y analiza el documento al que alude la parte recurrente, y la parte recurrente no evidencia en su recurso de forma clara y rotunda el error del Juzgador de Instancia, sino que efectúa su particular valoración de la documental a la que alude.

TERCERO.- Ya en censura jurídica, el recurso de la empresa Grant Thornton Outsourcing Services SLP en los motivos segundo, tercero y cuarto denuncia las siguientes infracciones:

1.- De los arts 41.4 , 44.4 y 44.9, del Estatuto de los Trabajadores y en relación con los arts 52.2 b) y 5.3 de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo, porque considera que el art. 44.9 del Estatuto de los Trabajadores no excluye el cambio de convenio entre las medidas que puedan acordarse tras la transmisión, dado que dicho precepto no es mas que la transposición de la Directiva a nuestro derecho interno; y porque no hay base jurídica para considerar que la nulidad de la cláusula de modificación del convenio aplicable suponga la nulidad de la totalidad del acuerdo alcanzado entre Bankia, Grant Thornton Outsourcing Services SLP y los representantes de los trabajadores, porque en aplicación de lo establecido en el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores que expresamente considera infringido con carácter subsidiario, así como de la doctrina jurisprudencial contenida en las STS de 24 de noviembre de 1983 o 21 de febrero de 1984 , de no ser válido el cambio de convenio la conclusión sería la de aplicar el de Bankia sin que ello implique la nulidad del negocio, a lo que añade que la modificación en las condiciones de trabajo no tiene su base en el cambio de convenio sino en el acuerdo colectivo suscrito, siendo que en todo caso los trabajadores afectados, entre ellos la actora disfrutaban de condiciones más favorables que las establecidas en el Convenio de empresas consultoras.

2.- Del art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores , por errónea interpretación, porque aunque en la modificación colectiva acordada el 28 de noviembre de 2013 no se mencionen las causas, lo que sirve al Magistrado de instancia para declarar la nulidad de la modificación, dado que el acuerdo constituye la materialización de una de las medidas previstas en el acuerdo suscrito en el marco del expediente de regulación de empleo de febrero de 2013, en el que se pactó un periodo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2015, haciéndose constar la existencia en la empresa de una crisis empresarial sin precedentes que requirió la ayuda por parte de la Comunidad Europea de 20.000 millones de , lo que motivo que se acordara el cierre de 1.138 oficinas y la extinción de 4.500 puestos de trabajo para posibilitar la reestructuración, debe concluirse que las causas de la modificación colectiva eran conocidas por la representación de los trabajadores y consistían fundamentalmente en la económica que motivo el expediente de regulación de empleo que había previsto la posibilidad de externalizar servicios para reducir el número final de afectados con amortización de los puestos de trabajo y acceso al empleo de los afectados a través de la sucesión empresarial., alegando en apoyo de su pretensión la SAN de 2 de marzo de 2012 , añadiendo que el acuerdo presupone la presunción legal de la existencia de causa objetiva según se infiere de lo establecido en el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores .

3.- Por último, se imputa a la sentencia la aplicación indebida del art. 6.4 del Código Civil , en cuanto considera que el Acuerdo suscrito el 28 de noviembre de 2013 lo fue en fraude de ley. Vuelve a insistir en que la Directiva 2001/23 cuyo objetivo esencial es impedir que los trabajadores afectados por una sucesión empresarial se vean en situación menos favorable por la mera causa de la transmisión, regula como excepciones a la aplicación de los arts. 3 y 4 , la descrita en el art. 5.2 b) , que viene determinada por la constatación de causa económica grave en la empresa cedente, siendo que además la aplicación rigurosa de esta doctrina supondría la petrificación de las condiciones laborales de los colectivos afectados en este tipo de operaciones, por lo que la jurisprudencia ha flexibilizado este criterio, mencionando la sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2011 que permite que el cesionario aplique las condiciones laborales previstas en el convenio vigente en su empresa incluidas las referentes a la retribución, admitiendo que dicha aplicación de nuevas condiciones debe ser negociada en los términos que permite el art. 44.9 del Estatuto de los Trabajadores , lo que ha ocurrido en el caso, sin que quepa presumir el fraude de ley, alegando en este sentido una sentencia del TSJ de Canarias.

Por su parte el recurso de Bankia SA en los mismos motivos tercero y cuarto alega, con correcto amparo procesal, las siguientes infracciones:

1.- De lo dispuesto en el art. 41.4 , 44.4 y 9 del Estatuto de los Trabajadores , de los arts. 3 y 6.4 del Código Civil ; de los arts 5.2 b) y 3 de la Directiva 2001/23 y de la doctrina contenida en las STS de 28 de enero de 2005 , 27 de octubre de 2005 y 19 de septiembre de 2010 . Sostiene el recurso, en esencia, que la aplicación del nuevo convenio no supone fraude al no alterarse la condiciones laborales que tenía la demandante antes de la modificación. Dice el recurso que los cambios operados no derivan de la aplicación del Convenio de Consultoría sino de la modificación colectiva, prueba de ello es que las modificaciones impuestas mejoran las previstas en el Convenio de Consultoría, según expone, en materia de retribución bruta anual, vacaciones, y movilidad geográfica. Insiste en la posibilidad prevista en el art. 44.4 del Estatuto de los Trabajadores de que bajo la negociación colectiva se salve la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa cedente, insistiendo en la posibilidad prevista en la Directiva en supuestos de crisis de la empresa cedente. Pretende la aplicación



del art. 9 del Estatuto de los Trabajadores , para que se declare la nulidad de la aplicación del Convenio y no la de todo el Acuerdo. Solicita la aplicación del art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando la medida es acordada, sin que sea posible acordar la nulidad íntegra del Acuerdo de 28 de noviembre de 2013.

2.- Las mismas infracciones que se adujeron en el motivo anterior se expresan en el último motivo del recurso de Bankia SA, esta vez para rebatir la inexistencia de causa que apoye la modificación colectiva, y lo referente a haberse negociado en un ámbito diferente al de su aplicación, lo primero porque el proceso negociador ha concluido con acuerdo y en la modificación colectiva no es necesario expresar las causas sino solo abrir el periodo de consultas, siendo que en todo caso es causa la transmisión y la causa económica que deriva del expediente de regulación de empleo que también finalizó con acuerdo en febrero de 2013; y lo segundo porque la norma comunitaria ampara la modificación de condiciones del personal subrogado para amoldarlas al resto de los empleados de Grant Thornton al ser la finalidad de esta medida la de mantener el empleo y ser inasumibles para la cesionaria las condiciones que la actora tenía en Bankia, sin que la norma comunitaria determine si la negociación sobre modificación de condiciones debe realizarse con los trabajadores a los que se aplican las medidas o no, y como la empresa Grant Thornton impuso como condición para la subrogación el que se modificaran las desproporcionadas condiciones de los trabajadores cedidos eso explica que la negociación fuera previa a la transmisión y con efectos futuros, con intervención de ambas empresas, para desarrollar la medida de acompañamiento prevista en el despido colectivo de externalizar el servicio de asesoría garantizando el mantenimiento del empleo del personal subrogado.

CUARTO.- Planteado el recurso en los términos expuestos, y para resolver las cuestiones que los recursos proponen, que se analizarán conjuntamente, resulta necesario partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia que exponen los antecedentes por lo que se llega a imponer a la actora la modificación de sus condiciones de trabajo.

La sentencia después referir los datos personales y laborales de la actora en el hecho primero, y de relatar el horario que venía realizando en Bankia distinguiendo el de invierno del de verano, y el de los días laborales de lunes a viernes y los sábados, da cuenta del Acuerdo suscrito el 8 de febrero de 2013 por la Comisión negociadora del periodo de consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar en Bankia SA, que la sentencia tiene por reproducido, destacando que en él se establece la supresión en el año 2013 de las retribuciones variables, y en cuyo Anexo III, punto C). Cuestiones Generales, se establece que "La necesidad del ajuste, de reducción de costes y de mejora de la eficiencia no excluyen y se complementan con la búsqueda de otras alternativas que puedan minorar el número de trabajadores finalmente afectados por el despido colectivo... La Entidad está llevando a cabo negociaciones y actuaciones para incorporar procesos de externalización o acuerdos y medidas de otro tipo que permitan la sucesión empresarial que, de formalizarse, supondrían la reducción proporcional en el número de despidos y su correspondiente deducción de los máximos señalados".

La sentencia tras relatar que la actora había pedido mediante escrito de fecha 28-6-2013 su adhesión voluntaria al programa de bajas incentivadas establecido en el Acuerdo de 8 de febrero de 2013, que se le denegó en comunicación de 5-7-2013 al considerar necesaria su prestación de servicios, da cuenta de que el 28 de octubre de 2013 la empresa Bankia SA comunicó a la actora mediante escrito "la posibilidad de llevar a cabo la externalización de la actividad de Asesoría Jurídica relacionada con el asesoramiento jurídico estándar en el ámbito de Banca de Particulares", añadiendo, entre otros, que dicho proceso "se lleva a cabo con pleno respeto a lo establecido en la legislación vigente y en concreto a los arts. 44 y 41 del Estatuto de los Trabajadores , ya que será necesario revisar alguna de las condiciones laborales existentes en Bankia para acomodarlas a la externalización.", y de que en fecha 13-11-2013 se procedió a la apertura del periodo de consultas previsto en el art. 44.9 ET en relación con los arts. 40.2 y 41.4 del ET , entre las representaciones de las empresas Bankia, S.A. y Grant Thornton, S.A. y de las Secciones Sindicales en la primera empresa de los sindicatos CCOO, UGT, ACCAM, SATE, CSICA y CGT, para modificar las condiciones laborales de aproximadamente, 43 empleados de Bankia, S.A. pertenecientes a Asesoría Jurídica de Banca de Particulares y a Auditoría Interna de Banca de Particulares, haciendo constar que "pasarán en virtud del mencionado artículo 44 ET , subrogación empresarial, cuya fecha prevista de incorporación es el 1 de diciembre de 2013, a la empresa Grant Thornton Outsourcing Services,S.L.P.

Dice la sentencia que el 28-11-2013 , las representaciones de las empresas Bankia, S.A. y Grant Thornton Outsourcing Services,S.L.P. y de las Secciones Sindicales en la primera empresa de los sindicatos CCOO, UGT, ACCAM, SATE, CSICA y CGT concluyeron el "Acuerdo del periodo de consultas derivado de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 40.2 y 41.4 ET , para modificar las condiciones laborales del colectivo de empleados de Bankia, que pasarán por subrogación empresarial a prestar servicios en Grant Thornton Outsourcing Services S.L.P., con fecha 1 de diciembre de 2013", cuyo contenido reproduce, destacando que en el mismo se establece que tras el acuerdo alcanzado entre Bankia



y Grant Thornton Outsourcing Services S.L.P., esta última empresa prestará servicios de asesoría jurídica y auditoría para Bankia, de modo que los 37 empleados de Bankia, entre ellos la actora, que se identifican en su Anexo I pasarán a formar parte de la segunda desde el 1-12-2013, en aplicación de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 del ET, subrogándose en los derechos y obligaciones de los trabajadores.

Añade que, a efectos de definir los términos y condiciones laborales de aplicación a los trabajadores afectados por dicha sucesión de empresa, en fecha 13-11-2013 se procedió a la apertura del periodo de consultas previsto en el art. 44 del ET en relación con los arts. 40.2 y 41.4 ET, con reuniones los días 13, 19, 25 y 27 de noviembre, habiéndose alcanzado el acuerdo con los sindicatos referidos que ostentan el 97,86% de la representación en los Comités de Empresa y Delegados de Personal de Bankia, reconociendo la existencia de una negociación de buena fe, habiéndose intercambiado diversas propuestas, y fruto de la negociación se han ido acomodando y modificando las posiciones hasta alcanzar el acuerdo.

En dicho acuerdo se establecen las condiciones laborales que los 37 trabajadores afectados por la cesión tendrán en la empresa Grant Thornton Outsourcing Services S.L.P.: 1.- el Convenio aplicable será el XVI C.C. Estatal de Empresas de Consultoría, Estudios de Mercados y de la Opinión Pública (BOE 4-04-2009); 2.- Nuevo sistema de clasificación profesional adaptado a dicho convenio; 3.- Nueva estructura salarial adaptada a dicho convenio, con la creación de dos complementos salariales, el A, no absorbible y sí revisable, y el B absorbible, compensable y revisable, a fin de integrar en una y otra forma las diferencias entre los distintos conceptos salariales entre el nuevo convenio de aplicación y el anterior convenio de Bankia, con supresión de cualquier otro concepto salarial, y, en particular del Sistema de retribución variable y promoción y desarrollo profesional, aplicado en Bankia; 4.- Reducción del salario fijo anual (aplicado a los complementos A y B) entre el 7% y el 26%; 5.- La retribución anual se abonará en 12 pagas; 6.- Se aplicarán los procedimientos y políticas vigentes en la nueva empresa y en el CC de Consultoría; 7.- Se reconocerá a todos los trabajadores y a todos los efectos, incluidos indemnizatorios, la antigüedad que cada trabajador tuviera reconocida en Bankia; 8.- Aumento de la jornada anual que pasa de 1.680 horas a 1.800 horas, y el horario de invierno se fija de lunes a jueves, de 9 a 14 horas, y de 15 a 19 horas, y el viernes, de 9 a 15 horas; el de verano, de lunes a viernes, de 9 a 15 horas, si bien este último, "será de aplicación para los periodos establecidos anualmente por la compañía atendiendo a la política vigente"; 9.- Reducción de 26 a 22 días de vacaciones anuales con 4 días adicionales de permiso retribuido a disfrutar teniendo en cuenta las necesidades del servicios; 10.- Se suprime el Sistema de Previsión Social Complementaria establecido en Bankia, viudedad, orfandad e invalidez, sin que la empresa Grant Thornton realice aportaciones a los planes de pensiones de empleados transferidos; 11.- Los complementos de Incapacidad Temporal desde el 1-12-2013 serán los del CC de Consultoría; 12.- Serán de aplicación los beneficios sociales del CC de Consultoría y los de aplicación general en la empresa cesionaria, se suprimen las ayudas de guardería y formación hijos de empleados, el obsequio de Reyes Magos, seguro de vida, seguro médico privado y seguro de accidentes de Bankia y la póliza sanitaria de salud; 13.- En los supuestos de movilidad geográfica, solo se establece compensación económica a partir de los 60 km, frente a los 25 actuales.

Relacionado el acuerdo de 28 de noviembre de 2013 del que deriva la modificación de condiciones que se enjuicia en este procedimiento la sentencia da cuenta de la comunicación a la trabajadora en el hecho séptimo diciendo que el 29-11-2013 la empresa Bankia remitió a la trabajadora comunicación con el siguiente contenido: "Dentro del proceso de reestructuración en el que se encuentra BANKIA,S.A. y con el fin de reducir el número de personas afectadas por el despido colectivo y de atenuar las consecuencias negativas de la mencionada reestructuración, se han acordado con la mayoría de las representación legal de los trabajadores (Acuerdo de 8 de febrero de 2013) una serie de medidas, entre las que se encuentra la posible externalización de actividades hasta ahora desarrolladas directamente por BANKIA,S.A..

Dentro de este marco, BANKIA,S.A. y GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES,S.L.P., han llegado a un acuerdo, por el cual, la citada sociedad desarrollará para BANKIA,S.A. determinados servicios de asesoría jurídica y de auditoría interna, con el objeto de optimizar su negocio financiero, mejorando la eficiencia operativa, flexibilizando su infraestructura y aumentando la calidad del servicio a los clientes. El mantenimiento del empleo es uno de los elementos esenciales de este acuerdo, lo que ha permitido excluir del ámbito de aplicación del despido colectivo a los empleados afectados por este acuerdo específico.

En el contrato de externalización firmado entre BANKIA,S.A. y la sociedad GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES,S.L.P., ambas partes han acordado la transmisión de algunas de las unidades productivas y autónomas entre las que se encuentra la unidad a la que esta Vd. asignado y en la que presta servicios para BANKIA,S.A..

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con fecha 1 de diciembre de 2013, pasará Vd. a prestar servicios en la sociedad GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES,S.L.P., manteniendo sus derechos y obligaciones en los términos regulados en el citado precepto



legal y le será de aplicación las condiciones laborales pactadas con los representantes de los trabajadores, acuerdo de fecha 28 de noviembre de 2013, del cual se adjunta una copia.

En concreto, sus condiciones a la fecha de incorporación en GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES,S.L.P., serán las siguientes:

-Salario bruto anual: 36.012,88

-Antigüedad: 20/06/2005

-Destino: Avenida de Aragón 30, Edificio Europa, Planta 13, Local C.Valencia."

Dicha comunicación añade igualmente que " ... Finalmente, como consecuencia de lo expuesto y por no verse su puesto de trabajo afectado por el ámbito de aplicación de las medidas del despido colectivo, le traslado que se ha decidido no aceptar su propuesta de adhesión al mecanismo de bajas indemnizadas previsto en el Acuerdo de fecha 8 de febrero de 2013, de conformidad con lo establecido en dicho acuerdo y en el resto de los alcanzados con la representación legal de los trabajadores con ocasión del proceso de reestructuración de BANKIA,S.A."

Con estos datos, la sentencia recurrida declara ser fraudulenta la imposición por Bankia SA de las nuevas condiciones de trabajo a la demandante, para que sean de aplicación una vez operada la transmisión y en la empresa cesionaria, porque de acuerdo con lo establecido en los arts. 44.4 y 44.9 del Estatuto de los Trabajadores , debió de ser acordada después de la transmisión, por la empresa cesionaria y con la representación de los trabajadores de esa empresa, de modo que no es posible el pacto previo a la cesión para su aplicación posterior. Por otra parte la sentencia no acoge la tesis de las empresas consistente en legitimar el acuerdo de modificación colectiva de 28 de noviembre de 2013 en el pacto colectivo de febrero de 2013, porque aunque en este último se prevean medidas de externalización para minorar el número de extinciones, no se contiene referencia a la externalización de servicios, ni a sus motivaciones o causas, circunstancias, colectivos afectados o criterios para modificar las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores que pudieran ser objeto de la sucesión, concluyendo con la inexistencia de causas motivadoras de la modificación de condiciones -ex art. 44.1-

QUINTO.- La resolución de los motivos de censura jurídica se efectuara de forma conjunta para ambos recurrentes. A pesar de la amplia exposición desarrollada en los recursos, la cuestión se reduce a decidir si la modificación de condiciones de trabajo impuesta a la actora y comunicada mediante escrito de 29 de noviembre de 2013, es justificada, injustificada o nula.

Pues bien, la cuestión objeto de la presente controversia ya ha sido resuelta por esta Sala al resolver el recurso de suplicación 2362/2014 en un caso idéntico al presente, por lo que razones de igualdad y seguridad jurídica obligan a resolver en el mismo sentido y por lo tanto se transcriben a continuación los argumentos establecidos en el recurso de suplicación 2362/2014: "tal y como razona la sentencia recurrida , la modificación de condiciones de trabajo impuestas por Bankia SA a la actora es nula, porque sin entrar en si la transmisión está correctamente acordada lo que excede del procedimiento que aquí se ha iniciado por el art. 138 de la LRJS , lo cierto es que el acuerdo colectivo en que se inserta la medida luego comunicada a la trabajadora se ha suscrito en fraude de ley, y no pueden aplicarse las consecuencias previstas en los arts 44.4 y 9 del Estatuto de los Trabajadores , en relación a la imposición de un nuevo Convenio Colectivo, y al resto de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo expuestas en la comunicación, por la empresa cedente para cuando se haya producido la transmisión y la trabajadora preste servicios en la empresa cesionaria, por la razón fundamental de que tales medidas no se han acordado por la empresa cesionaria con los representantes de los trabajadores de esa empresa que las aplicará después de la transmisión, y sin que tampoco se hayan determinado las causas que han motivado la modificación de condiciones de trabajo, ni en la comunicación individual de la medida a la actora, ni en el acuerdo de 28 de noviembre de 2013, que no se pueden hacer coincidir con la económica derivada del Acuerdo colectivo de febrero de 2013 que no había previsto más que la posibilidad de que se aplicaran medidas de externalización, pero no determinaba los colectivos afectados, motivaciones, circunstancias o criterios, en definitiva las causas que las justificarían.

La Sala comparte todos los argumentos que la sentencia recurrida contiene, y por su claridad y adecuación al supuesto que examinamos vamos a reproducir los contenidos en la SAN de 14 de julio de 2014 , que ha mencionado la parte recurrida, en la que se resuelve un supuesto que presenta una gran similitud con el que ahora decidimos. En esta sentencia que se pronuncia sobre la legalidad del Acuerdo colectivo acordado en el Banco Mare Nostrum que integró a distintas cajas de ahorros se señala, en resumen, que el empresario cedente no puede modificar, con anterioridad a la transmisión, las condiciones de trabajo que el cesionario debe asumir necesariamente, correspondiendo a este último alcanzar acuerdos al respecto. Los razonamientos aplicables al caso que examinamos expresan "Al llevarse a cabo una transmisión de empresa en los términos del art.



44.1 ET y 1.1ª) de la Directiva 2001/23 , el ordenamiento jurídico establece las siguientes garantías en orden al mantenimiento de los derechos de los trabajadores directamente afectados por la citada decisión:

Directiva 2001/23

art. 3.1 Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

Art. 3.3. Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Estatuto de los Trabajadores.

Art. 44.1 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, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Art. 44.4 Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

El mantenimiento de los derechos de los trabajadores constituye la finalidad de la Directiva europea de la que bebe el art. 44 ET y tal como se indica en la STUE de 26-5-2005, caso Celtec C-478/03: " Tal como ha declarado repetidamente el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros, C-362/89, Rec. p. I- 4105, apartado 9 , y de 12 de noviembre de 1998 , Europièces, C-399/96, Rec. p . I- 6965, apartado 37), la Directiva 77/187 pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente. El objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (véase la sentencia de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro, 287/86 , Rec. p. 5465, apartado 25)."

Y más adelante señala: "Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la efectividad de los derechos conferidos a los trabajadores por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores, con la única excepción, en lo relativo a estos últimos, de la posibilidad que tienen de no continuar después de la transmisión de la empresa la relación laboral con el nuevo empresario, si así lo deciden libremente (véanse las sentencias de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar, 105/84 , Rec. p. 2639, apartado 16, y D'Urso y otros, antes citada, apartado 11). De ello se desprende que, con esa única excepción, los contratos y las relaciones laborales existentes, en la fecha de la transmisión de la empresa mencionada en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 , entre el cedente y los trabajadores destinados a la empresa traspasada se transmiten de pleno derecho del cedente al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa (véanse las sentencias D'Urso y otros, antes citada, apartado 20 , y de 14 de noviembre de 1996 , Rotsart de Hertaing , C-305/94, Rec. p. I-5927, apartado 18)."

Este criterio se reitera en la STJUE de 6-9-2011 caso Sacattolon C 108/10 .

Pero si cabe, el TJUE, en la sentencia de 9-3-2006 caso Werhof C-499/04 , es aún más contundente en su apreciación de la obligada observancia de las previsiones contenidas en la Directiva, cuando indica que: "También es jurisprudencia reiterada que las disposiciones de la Directiva deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas (véase la sentencia Martín y otros, antes citada, apartado 39). De ello se deduce que los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores de la empresa transmitida serán transferidos de pleno derecho al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa (en este sentido, véanse las sentencias D'Urso y otros, antes citada, apartado 20 , y de 14 de noviembre de 1996 , Rotsart de Hertaing , C-305/94, Rec. p. I-5927, apartado 18)."

El carácter imperativo de estas disposiciones se reitera en la sentencia de 11-6-2009, caso Comisión vs. República Italiana asunto C - 561/07 ."



En el caso que contempla la SAN cuyos argumentos estamos reproduciendo, como en este, los trabajadores subrogados regulaban sus relaciones con el cedente a través del convenio de cajas de ahorro, dejándoseles de aplicar como consecuencia de un Acuerdo colectivo y pasando a regular su relación por el convenio de empresas de consultoría y llevándose a cabo modificaciones sustanciales en sus condiciones de trabajo que afectan desde a la jornada, horario, etc., por lo que la misma conclusión cabe extraer "que el acuerdo es un pacto opuesto tanto a la normativa nacional como a la comunitaria, ya que aunque el art. 5 de la Directiva en sus apartados 1 y 2 ciertamente contiene una excepción en orden al mantenimiento de las condiciones de trabajo del personal subrogado al indicar que los arts. 3 y 4 de dicha Directiva no serán de aplicación a los traspasos de empresa cuando el cedente se encuentre inmerso en un proceso de quiebra o de insolvencia" la excepción no es de aplicación al caso. Razonando que: "En su apartado 3 el art. 5 de la Directiva contiene a modo de ampliación de la citada excepción la siguiente previsión: Un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial, siempre que dicha disposición ya existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998. La letra b) del art. 5.2 hace referencia a que: el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.

Su simple lectura permite alcanzar la conclusión de que el art. 5.3 no es de aplicación al caso por cuanto:

- la norma habilita a los Estados miembros para aplicar el art. 5.2 a empresas en situación económica grave y de tal habilitación no ha hecho uso el legislador español, pues ninguna previsión de tal naturaleza figura en el art. 44 ET

- tal habilitación además está limitada a la concurrencia de otros datos fácticos que tampoco prevé la legislación nacional y que no concurren en este caso, a saber: que la situación económica grave haya sido declarada por una autoridad pública y que la norma así dictada por el Estado miembro existiese antes del 17-7-1998 (fecha de publicación de la Directiva 98/50 precedente a la hoy vigente 2001/23)."

Y siguiendo con la sentencia que transcribimos que responde a las cuestiones planteadas en los recursos "el art. 44.9 ET prevé, con motivo de la transmisión, la adopción de medidas laborales en relación con los trabajadores; pero este precepto debe interpretarse a la luz art. 7 de la Directiva 2001/23 .En ambos se establece, para el cedente y para el cesionario, el deber de información y consulta con los representantes de los trabajadores acerca de la transmisión de empresa y de sus consecuencias. Respecto de éstas se impone el deber de negociarlas antes de que las medidas se lleven a cabo con vistas a llegar a un acuerdo. Y ya en clave nacional, el art. 44.9 dispone que si las medidas consistieran en traslados o modificación de condiciones, el procedimiento consultivo será el previsto en los arts. 40.2 y 41.4 ET . Pues bien, partiendo de la inexorable regla de que la transmisión de empresa, nunca puede por sí misma justificar la modificación de las condiciones contractuales y convencionales que disfrutaban los trabajadores cedidos, tal como se acaba de exponer en los precedentes fundamentos jurídicos, la única interpretación que cabe dar al art. 44.9 ET es que las previsiones contenidas en el mismo hacen referencia al deber de informar y negociar las posibles modificaciones que, con motivo de la transmisión, se pudieran ocasionar en los trabajadores del cedente o del cesionario, distintos del colectivo de trabajadores cedidos; es decir:

- aquellos que perteneciendo al cedente y como consecuencia del traspaso de una parte de la empresa, pueden por tal motivo ver alteradas sus condiciones de trabajo al dejar de realizarse la parte de la actividad empresarial cedida.

- aquellos que perteneciendo al cesionario y como consecuencia del traspaso también pueden ver modificadas sus condiciones debido a la asunción de una nueva actividad empresarial y la incorporación del personal cedido.

Por consiguiente, tanto el art. 44.9 ET como el art. 7 de la Directiva están haciendo referencia a un colectivo de trabajadores distinto del cedido como consecuencia de la transmisión y no al colectivo de trabajadores cedidos por virtud del traspaso empresarial cuya situación se regula en el art. 44.3 y 4 ET , de modo que no es factible en ningún caso que el fenómeno sucesorio de empresa sirva de fundamento para la modificación de condiciones convencionales o contractuales del colectivo cedido.

Y las razones que permiten llegar a esta conclusión, no sólo se fundamentan en que la interpretación propuesta a la norma por la parte demandada sería contraria de plano a las previsiones del art. 44 3 . y 4 ET y 3 de la Directiva, sino en su propia redacción.



Así, ambas normas establecen las obligaciones de información y consulta, tanto para cedente como para cesionario, lo que corrobora que tales obligaciones sólo adquieren sentido si lo son para con sus trabajadores respectivos ajenos a la transmisión, pues carecería de lógica que tales obligaciones se refirieran al colectivo de trabajadores cedidos, máxime cuando estos vienen legalmente obligados a aceptar la sustitución de la persona del empresario. En tal sentido recordar que numerosas STS, por todas la de 11-10-2004 RJ 7341 han sostenido el carácter imperativo del cambio de empresario para el trabajador cuando concurra un traspaso de empresa.

Además, de ambas normas (quizá con mas claridad expositiva en la Directiva) se infiere que se trata de obligaciones separadas para cedente y cesionario y para cada uno con relación a sus respectivos trabajadores (tal como expresamente dispone el art. 7 de la Directiva), de modo que se trata de dos obligaciones diferenciadas que sólo adquieren sentido si se refieren a los trabajadores de las respectivas plantillas de cedente y cesionario, afectadas no por el fenómeno sucesorio en sí mismo, sino por sus consecuencias.

Ello supone también que incluso temporalmente el art. 44.9 ET no se pueda aplicar en la conformación del fenómeno sucesorio, sino que ha de consistir en una actuación de información y consulta separada de aquel si bien antes de que las medidas que afecten a los colectivos de trabajadores no cedidos a éstos se les vayan a aplicar, lo que acontecerá en ambos casos, tanto para los del cedente como para los del cesionario, como consecuencia y por tanto tras haberse producido el hecho sucesorio.

Y por ello la STJUE de 14 de septiembre de 2000 el asunto Renato Collino C-343/98 , tras dejar sentado en su fundamentación que la transmisión de empresa en ningún caso puede constituir por sí misma el motivo de dicha modificación (véanse, en particular, las sentencias de 10 de febrero de 1988 , Tellerup, «Daddy's Dance Hall», 324/86, Rec. p. 739, apartado 17 , y de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, C-209/91 , Rec. p. I-5755, apartado 28) concluye indicando que La Directiva 77/187 no se opone, sin embargo, a que el cesionario modifique las condiciones de dicha relación laboral en la medida en que el Derecho nacional admita tal modificación fuera del supuesto de la transmisión de empresa

Y la STJUE de 6-9-2011 asunto Scattolon C_108/10 considera como dos hitos diferenciados el fenómeno sucesorio determinante del respecto de las condiciones que disfrutaba el trabajador cedido con el empresario cedente, de su posible pero en todo caso ulterior modificación por el cesionario, cuando indica en su fundamentación:

Aunque de lo antes expuesto resulta que la Directiva 77/187 reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva. Como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, ese objetivo consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (sentencia de 26 de mayo de 2005, Celtec, C-478/03 , Rec. p. I-4389, apartado 26 y la jurisprudencia citada, y acerca de la Directiva 2001/23, el auto de 15 de septiembre de 2010, Briot, C-386/09 , apartado 26).

El ejercicio de la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede por tanto tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. En caso contrario, la realización del objetivo pretendido por la Directiva 77/187 podría ser fácilmente frustrada en cualquier sector regido por convenios colectivos, lo que perjudicaría el efecto útil de esa Directiva.

también invalidando acuerdos adoptados durante la transmisión de empresa con el objeto de modificar las condiciones de los trabajadores cedidos se acaba de pronunciar el TS en dos recientes sentencias de 14-4-2014 RCUUD 2143/13 y 2232/13 ."

Por tanto el Acuerdo de 28 de noviembre de 2013 del que dimana la modificación individual de condiciones de trabajo comunicada a la actora al día siguiente ha incurrido en el fraude de ley apreciado en la sentencia recurrida, ya que se utiliza la interpretación equivocada art. 44.9 del ET para alterar las condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores cedidos garantizadas en los arts 44.3 y 4 del ET , sustituyendo su convenio colectivo e imponiéndoles condiciones laborales distintas y más desfavorables de las que venían disfrutando en Bankia SA. Y las condiciones impuestas por Bankia SA a los trabajadores afectados entre ellos a la actora, para ser aplicadas en la cesionaria producida la transmisión se opone a la normativa nacional y comunitaria, que impone que tales modificaciones se acuerden en la empresa cesionaria y con los representantes de sus trabajadores para todo el colectivo de trabajadores de la empresa.



Además remitiendo el art. 44.9 del ET al cauce previsto en el art. 41.4 no se han expresado las causas motivadoras de la decisión, sin que las mismas puedan remitirse a la económica que fundamentó el expediente colectivo de febrero de 2013, ni pueda ser tenida por causa la transmisión de empresas, lo que equivale a que pese al acuerdo, que presume la causa, la inexistencia de la misma abunde en la declaración de ser nula la modificación de condiciones de trabajo que impuso Bankia SA a la demandante debiendo ser repuesta en las que disfrutaba con anterioridad, tal y como determina la sentencia."

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS , la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL , procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos en nombre de Bankia SA y Grant Thornton Outsourcing Services SLP, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Valencia, de fecha 27 de marzo de 2014 ; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos, así como la pérdida de las cantidades objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a las empresas recurrentes a que abonen al Letrado impugnante de los recursos la cantidad de 300 euros cada empresa.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndole que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600' 00 en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta 4545 0000 35 2453 14. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día de hoy ha sido leída la anterior sentencia por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el /a Secretario/a judicial, doy fe.