



Roj: **STSJ M 12015/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:12015**

Id Cendoj: **28079340052016100688**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **31/10/2016**

Nº de Recurso: **146/2016**

Nº de Resolución: **694/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rec. 146/2016 -A-

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

251658240

NIG : 28.079.00.4-2013/0067316

Procedimiento Recurso de Suplicación 146/2016

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid Modificación sustancial condiciones laborales 30/2014

Materia : Modificación condiciones laborales

Sentencia número: 694

Ilmos. Sres

D. /Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D. /Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D. /Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 146/2016, formalizado por el/la LETRADO D. /Dña. JESUS DAVID GARCIA SANCHEZ en nombre y representación de BANKIA SA, contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid en sus autos número Modificación sustancial condiciones laborales 30/2014, seguidos a instancia de D. /Dña. Nieves , D. /Dña. Valentina y D. /Dña. Millán frente a GRANT



THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, BANKIA SA, SECCION SINDICAL CSICA, SECCION SINDICAL DE SATE, SECCION SINDICAL ACCAM, SECCION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS y SECCION SINDICAL DE UNION GENERAL DE TRABAJADORES, en reclamación por Modificación condiciones laborales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Los demandantes han venido prestando servicios para la empresa demandada BANKIA S.A. (CIF nº A-14010342), con la antigüedad, categoría profesional y salario mensual que para cada uno de ellos se relaciona, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias:

D. Millán (DNI nº NUM000): 1-8-1.989; Técnico-Auditor (Grupo profesional 1, Nivel 3); 4.813,52 euros.

Dª Valentina (DNI nº NUM001): 4-2-1.991; Técnico-Auditor (Grupo profesional 1, Nivel 6); 3.706,92 euros.

Dª Nieves (DNI nº NUM002): Técnico-Auditor (Grupo profesional 1, Nivel 9); 3.011,12 euros.

SEGUNDO.- Hasta el día 1-12-2013, los demandantes han prestado servicios en la empresa demandada, en el Área denominada "Auditoría de Red Comercial", en el Departamento de Auditoría Presencial I, estando dicho Departamento integrado por 3 Coordinadores y 19 Técnicos-Audidores.

TERCERO.- Con fecha 28-11-2013, por la citada empresa Bankia S.A., así como por la codemandada GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES S.L.P. (CIF nº B-66120353) y por las también codemandadas, Secciones Sindicales en la demandada Bankia S.A., de los sindicatos COMISIONES OBRERAS (CCOO), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), ASOCIACIÓN DE CUADROS DE CAJA MADRID (ACCAM) CONFEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE CAJAS Y AFINES (CSICA), SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES (SATE), 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 se da aquí por reproducido (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte actora, doc. nº 8 del ramo de prueba de Bankia S.A., y, doc. nº1 al 10, del ramo de prueba de la empresa codemandada)

En el citado Acuerdo se establece, entre otros aspectos, que la empresa codemandada, Grant Thornton Outsourcing Services S.L.P., prestará servicios de asesoría jurídica y auditoría para Bankia S.A., previéndose que treinta y siete (37) empleados de Bankia, relacionados en el Anexo I -entre ellos los hoy demandantes-, pasarían a formar parte de la empresa codemandada, desde el 1-12-2013, en aplicación de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 del ET , "subrogándose ésta en los derechos y obligaciones de los empleados", haciéndose expresa referencia a que dicho Acuerdo tiene como antecedente "el proceso de reestructuración en el que se encuentra Bankia", así como el Acuerdo suscrito el 8-2-2013 entre dicha empresa y las secciones sindicales de CCOO, ACCAM, UGT, SATE y CSICA, en el que se establecen las condiciones de despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica, "y otras modificaciones a aplicar en la Entidad".

En el Acuerdo suscrito el 8-2-2013, consta que a lo largo de la negociación del mismo, se llevaron a cabo propuestas, entre otras, sobre medidas de externalización para minorar el número de extinciones (doc. nº 7 del ramo de prueba de Bankia S.A.)

CUARTO.- En dicho Acuerdo de 28-11-2013, se establecen las condiciones laborales que los trabajadores afectados por la cesión, tendrán en la empresa codemandada a partir del 1-12-2013, en la forma siguiente:

El Convenio aplicable será el XVI C.C. Estatal de Empresas de Consultoría, Estudios de Mercados y de la Opinión Pública (BOE 4-4-2009);

Incorporación a la codemandada dentro de la categoría profesional adaptada a dicho Convenio de Consultoría, "que mejor se asimile a la de origen";



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, quedando todos los conceptos y cuantías no incluidos en la cláusula tercera del Acuerdo, sustituidos o derogados por lo dispuesto en la misma, acordándose la supresión del "Sistema de retribución variable y promoción y desarrollo profesional", aplicables en Bankia;

Reducción del salario fijo anual (aplicado a los complementos A y B) entre el 7% y el 26%, según los distintos tramos de retribución que se expresan;

La retribución anual se abonará en 12 pagas;

Respecto del sistema de ascensos y promoción, se aplicarán los procedimientos y políticas vigentes en la nueva empresa y en el CC de Consultoría;

Se reconocerá a todos los trabajadores y a todos los efectos, incluidos indemnizatorios, la antigüedad que cada trabajador tuviera reconocida en Bankia;

Aumento de la jornada anual de 1.680 h. de trabajo, a 1.800 h., y establecimiento de jornada partida, con horario de invierno 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".

Reducción de 26 a 22 días de vacaciones anuales con 4 días adicionales de permiso retribuido a disfrutar teniendo en cuenta las necesidades del servicio;

Supresión del Sistema de Previsión Social Complementaria establecido en Bankia, habiendo dejado de tener cobertura a partir del 1-12-2013, las prestaciones por los riesgos de viudedad, orfandad e invalidez, disponiéndose que la empresa codemandada no realizará aportaciones a los planes de pensiones de los empleados transferidos;

Los complementos de Incapacidad Temporal desde el 1-12-2013 serán los previstos en el Convenio de Consultoría;

Serán de aplicación los beneficios sociales del CC de Consultoría y los de aplicación general en la empresa cesionaria, acordándose la supresión de las ayudas de guardería y formación de hijos, el obsequio de Reyes Magos, seguro de vida, el seguro de accidentes de Bankia y la póliza sanitaria de salud;

Establecimiento de una indemnización en los supuestos de movilidad geográfica, a partir de los 60 Km., frente a los 25 Km., actuales.

QUINTO.- Con fecha 29-11-2013 (viernes), comunicó a cada uno de los demandantes, mediante correo electrónico, cuyo contenido se da aquí por reproducido, que a partir del 1-12-2013 (domingo), pasarían a prestar servicios en la sociedad Grant Thornton Outsourcing Services S.L.P., de conformidad con lo establecido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, manteniendo los derechos y obligaciones en los términos contenidos en el citado precepto, siendo de aplicación las condiciones pactadas con la representación legal de los trabajadores, en el Acuerdo de 28-11-2013 (doc. nº 1, nº 7 y nº 13, del ramo de prueba de la parte actora, y, doc. nº 12, nº 13 y nº 14, del ramo de prueba de Bankia S.A.)

SEXTO.- Desde la expresada fecha de 1-12-2013, 9 Técnicos-Audidores -entre ellos, los hoy demandantes-, han pasado a prestar servicios en la empresa codemandada, habiendo continuado los restantes, prestando servicios en la demandada, Bankia S.A., en el Departamento de Auditoría Presencial I y Departamento de Auditoría Presencial II, dentro del Área de Auditoría de Red Comercial.

SÉPTIMO.- Por la codemandada Grant Thornton Outsourcing Services S.L.P., se viene aplicando a los demandantes, desde el 1-12-2013, las condiciones de trabajo pactadas en el Acuerdo suscrito el de 28-11-2013.

OCTAVO.- Ante la Delegación del Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid, con fecha 21-2-2014, los hoy demandantes -y otros dos trabajadores-, han presentado demanda en reclamación por cesión ilegal de trabajadores, solicitando la declaración de nulidad de la sucesión empresarial acordada (doc. nº 24 del ramo de prueba de la parte actora).

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Desestimando las excepciones procesales invocadas de falta de legitimación pasiva, inadecuación de procedimiento, modificación sustancial de la demanda y falta de acción, y, estimando la demanda interpuesta por D. Millán, D^a Valentina, y D^a Nieves, contra, BANKIA S.A., GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES S.L.P., COMISIONES OBRERAS (CCOO), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), ASOCIACIÓN



DE CUADROS DE CAJA MADRID (ACCAM) CONFEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE CAJAS Y AFINES (CSICA), y, SINDICATO AUTÓNOMO DE TRABAJADORES (SATE), en reclamación sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, debo declarar y declaro la nulidad de la decisión comunicada a los demandantes por la empresa Bankia S.A., el 29-11-2013, sobre aplicación a los mismos de las condiciones laborales pactadas mediante Acuerdo de 28-11-2013, condenando a los demandados, a estar y pasar por la citada declaración, con todas las consecuencias legales inherentes a la misma, y, a la empresa Grant Thornton Outsourcing Services S.L.P., a la reposición a los demandantes en las mismas condiciones laborales y profesionales, desempeñadas por los mismos en Bankia S.A., con anterioridad al 28-11-2013, así como a abonar a cada uno de los actores, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, por el concepto de indemnización por los daños y perjuicios, producidos desde el 1-12-2013 hasta la fecha de la presente resolución.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte BANKIA SA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 01/03/2016, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La empresa demandada Bankia SA recurre en suplicación la sentencia que ha declarado " *la nulidad de la decisión comunicada a los demandantes por la empresa Bankia SA el 29-11-2013 , sobre aplicación a los mismos de las condiciones laborales pactadas mediante Acuerdo de 28-11-2013, condenado a los demandados, a estar y pasar por la citada declaración, con todas las consecuencias legales inherentes a la misma, y, a la empresa Grant Thornton Outsourcing Services SLP, a la reposición a los demandantes en las mismas condiciones laborales y profesionales, desempeñadas por los mismos en Bankia SA, con anterioridad al 28-11-2013, así como a abonar a cada uno de los actores, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, por el concepto de indemnización por los daños y perjuicios, producidos desde el 1-12-2013 hasta la fecha de la presente resolución.* "

Formula dos motivos de recurso con destino a la nulidad de actuaciones y a la censura jurídica.

El recurso ha sido impugnado por la representación legal de los demandantes.

SEGUNDO .-Al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LRJS solicita la nulidad de la sentencia por infracción del artículo 10 de la LEC , entendiendo que concurre la falta de legitimación pasiva de BANKIA SA ya alegada en instancia porque la modificación sustancial de condiciones de trabajo " *objeto de litigio* " opera exclusivamente una vez cambia la titularidad de la relación jurídico laboral; no existiendo ninguna vinculación entre la recurrente y el proceso.

El motivo no puede acogerse , pues es clara la vinculación de la recurrente en el proceso y por ello concurre su legitimación, ya que el acuerdo de 28 de noviembre de 2013, con efectos 1-12-2013, en el que se establecen las condiciones de los trabajadores que se incorporarían por subrogación a GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SPL, se suscribió por la recurrente mientras se mantenía vigente la relación laboral de Bankia con los trabajadores afectados, para que tuviera efectos con posterioridad a la subrogación.

TERCERO .-Con objeto de censurar jurídicamente la sentencia se formula el último motivo en el que se denuncia infracción de los artículos 41 y 44 del ET .

La sentencia de instancia estima la pretensión de la demanda, y haciendo suyos los razonamientos contenidos en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sentencia: 50/2015 | Recurso de suplicación nº 2453/2014 , y en sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el procedimiento núm. 108/2014, declara la nulidad del acuerdo de 28 de noviembre de 2013 suscrito por las demandadas con la representación sindical de los trabajadores, por los que se procede a modificar las condiciones convencionales y contractuales de los trabajadores afectados por la subrogación. Razona, que " *... ha de entenderse también en el supuesto examinado, que el Acuerdo de 28-11-2013 del que dimana la modificación individual de condiciones de trabajo comunicada a los hoy demandantes, el 29-11-2013, ha incurrido en fraude de ley, 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*



imponiéndole condiciones laborales distintas y más desfavorables de las que venían disfrutando en Bankia SA, siendo así que las condiciones impuestas por Bankia SA a los trabajadores afectados -entre ellos los hoy demandantes-, para ser aplicadas por la empresa cesionaria, una vez producida la transmisión, se oponen 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, siendo así también que, en el supuesto examinado, no se han expresado ni acreditado en forma fehaciente, las causas motivadoras del Acuerdo de 28-11-2013, sin que las mismas puedan remitirse a la económica que fundamentó el expediente colectivo que finalizó con Acuerdo de 8-2-2013, procediendo, de conformidad con lo establecido en el art. 138.7) de la LRJS, declarar la nulidad de dicha decisión empresarial, adoptada respecto de los demandantes."

La demandada y ahora recurrente, sostiene la validez del Acuerdo impugnado, tanto en instancia, como ahora ante esta Sala, sobre la base de que en la negociación del acuerdo participaron tanto la cedente BANKIA como la cesionaria GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SPL así como la representación de los trabajadores afectados cumpliéndose las previsiones del artículo 44.9 del ET, que no impone que sea la empresa cesionaria la que lleve a cambio la modificación de condiciones de trabajo, ya que el precepto habilita, dice, tanto a la empresa cedente como a la cesionaria para operar dicha modificación.

Sigue diciendo que concurre la causa que ha motivado la modificación de las condiciones de trabajo, en contra de lo razonado en instancia, pues el artículo 44.9 del ET establece de forma clara la causa, encuadrable dentro de las organizativas, que opera " *ex lege* " en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo operadas al amparo del artículo 44.9 del ET y esa causa es la propia transmisión, que en el caso de autos, dice, va acompañada de la causa económica que justificó el despido colectivo de Bankia y acuerdo de 8 de febrero de 2013 en el que se preveía la posibilidad de acudir a medidas de externalización para reducir el número de trabajadores afectados por el despido colectivo.

Finalmente alega que en el caso de que se considere que el artículo 44.9 del ET no excepciona la obligación de mantener el convenio colectivo de aplicación por más que habilite a la modificación de determinadas condiciones laborales se ha de tener en cuenta que ello supondrá que no se tenga por modificado el convenio colectivo aplicable pero en ningún caso debería conllevar la nulidad de todas las modificaciones de las condiciones de trabajo operadas, que únicamente podría tener lugar de conformidad con el artículo 44.4 del ET cuando estas impusieran unas condiciones peores a las recogidas en el Convenio Colectivo de Entidades Financieras y de Ahorro, lo que no ha ocurrido ya que las establecidas en el acuerdo que se impugna son mejores que las del referido convenio; para el supuesto de que se considerasen que estas son de peor condición se ha de tener en cuenta lo establecido en el artículo 7 del Convenio Colectivo de Entidades Financieras y de Ahorro, que habilita a que mediante pacto o acuerdo de empresa con al menos el 50% de la representación de los trabajadores se modifiquen a peor las materias que en el mismo se recogen, que no son otras que las modificaciones operadas por el acuerdo de referencia que se impugna.

CUARTO .- La cuestión controvertida consiste en determinar la validez del acuerdo de 28 de noviembre de 2013 adoptado entre BANKIA, Grant THORNTON Outsourcing Service SLP y la representación sindical de los trabajadores (folio 578 y siguientes), en el que se acuerda que 37 empleados de BANKIA pasarán por subrogación empresarial a prestar servicios en Grant THORNTON Outsourcing Service SLP, con fecha 1 de diciembre de 2013, y en el que se establecen tanto las condiciones que son asumidas por la referida empresa en relación al personal trasferido, como una serie de medidas que aquí tenemos por reproducidas (folio 579 y siguientes).

El referido acuerdo trae su origen del alcanzado el 8 de febrero de 2013 en despido colectivo de Bankia en su apartado VIII " *Plan de recolocación externa* ", en el que se indicaba:

" Primero.- Aquellas personas afectadas por cualquiera de las medidas extintivas previstas en el presente acuerdo se incorporarán a un Plan de Recolocación externa por un período mínimo de seis meses en los términos previstos en el documento que queda adjunto al presente acuerdo como Anexo I.

Como medida encaminada a minorar los efectos negativos de la pérdida del empleo en Bankia, dicho Plan de Recolocación externa cumple y amplía las exigencias establecidas en los artículos 51.10 del Estatuto de los Trabajadores y 9 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. El Plan contempla la realización de medidas complementarias de apoyo construidas a la medida de las necesidades o proyectos presentados por los afectados para reforzar su reinserción en el mercado de trabajo y en la actividad económica."

QUINTO .- Los trabajadores subrogados regulaban sus relaciones con BANKIA a través del Convenio Colectivo de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro; el Acuerdo alcanzado el 28 de noviembre de 2013 pone de relieve que dicho convenio deja de aplicárseles y se les pasa a aplicar el convenio de empresas de consultoría, llevándose a cabo modificaciones en sus condiciones de trabajo que afectan a jornada, vacaciones, prestación



social complementaria y beneficios sociales entre otros, quedando derogadas todas las condiciones no expresamente previstas en el acuerdo que vinieran disfrutando en Bankia (Cláusula de sustitución y derogación -folio 541 vuelto, que está incluido dentro del bloque del documento nº 8 de la empresa).

El contenido literal del artículo 44 en su apartado 9º es el siguiente: *"El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley".*

La cuestión guarda sustancial identidad con la resuelta por la AN el 14 de julio de 2014, en Sentencia: 130/2014 | Recurso: 108/2014, aplicada en instancia, cuyos razonamientos comparte esta Sección de Sala y que ha sido confirmada por el TS en sentencia de 12/09/2016, recurso 42/2015, y en la que se razona del siguiente modo:

" El art. 44.9 ET entronca con el 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 más 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. "

Aplicando la doctrina que acabamos de exponer confirmada por la jurisprudencia expuesta, el recurso debe desestimarse pues la transmisión de empresa, amparada en el artículo 44.9 de la norma estatutaria y basada en unas medidas de externalización que aun adoptadas en el marco de un despido colectivo como es el caso, en ningún supuesto pueden servir, para justificar una modificación de condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores directamente afectados por dicha transmisión, imponiendo condiciones menos favorables a las existentes antes de la misma, máxime cuando en el acuerdo alcanzado en el despido colectivo no se preveía 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; alterando en definitiva el derecho al mantenimiento de las condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores cedidos en los términos previstos en el art. 44. 3 y 4 ET ;

Ahora bien, tal y como ha puesto de relieve el TS en la ya citada sentencia de 12/09/2016, recurso 42/2015 , *" cuestión distinta es la posibilidad de que, una vez consumada la sucesión empresarial y transferidos ya los trabajadores a la empresa cesionaria, tanto ésta como la empresa cedente puedan iniciar con los representantes legales de sus respectivos trabajadores -todos-, un procedimiento de consulta para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de acuerdo con las prescripciones del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores , si resultara necesario para la homogenización de las condiciones de trabajo de la plantilla. "*

El motivo y recurso se desestiman sin entrar a conocer del último de los motivos por innecesario.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **debemos desestimar y desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de BANKIA SA contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 11 DE MADRID de fecha 19 de mayo de 2015 , en virtud de demanda formulada por D. /Dña. Nieves , D. /Dña. Valentina y D. /Dña. Millán contra GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLP, BANKIA SA, SECCION SINDICAL CSICA, SECCION SINDICAL DE SATE, SECCION SINDICAL ACCAM, SECCION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS y SECCION SINDICAL DE UNION GENERAL DE TRABAJADORES,, en reclamación sobre modificación condiciones laborales, confirmando la sentencia recurrida.

Se acuerda la condena en costas del recurrente, que incluirá los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 600 euros, y la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados en su caso para recurrir.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0146-16 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:



Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0146-16.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 2-11-2016 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ