



Roj: **STSJ AS 2151/2017 - ECLI:ES:TSJAS:2017:2151**

Id Cendoj: **33044340012017101599**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **14/2017**

Nº de Resolución: **12/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2151/2017,**
STS 4417/2018

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 10012/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2017 0000017

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000014 /2017

DEMANDANTE/S D/ña: FUNDACION ITMA

ABOGADO/A: IVAN GAYARRE CONDE

PROCURADOR/A : GRADUADO/A SOCIAL :

DEMANDADO/S D/ña: COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS CC. OO., COMITE DE EMPRESA FUNDACION ITMA

ABOGADO/A : NURIA FERNANDEZ MARTINEZ

PROCURADOR/A : GRADUADO/A SOCIAL :

Sentencia nº 12/2017

En OVIEDO, a veintiuno de junio de dos mil diecisiete.

Habiendo visto la SALA SOCIAL del T.S.J.ASTURIAS compuesta por los Ilmos Srs. D. **JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ**, Presidente, D^a CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ y D. LUIS CAYETANO FERNANDEZ ARDAVIN Magistrados, el procedimiento sobre CONFLICTO COLECTIVO 0000014/2017, a instancia de la FUNDACION ITMA, contra el COMITÉ DE EMPRESA DE LA FUNDACION ITMA, siendo Magistrado-Ponente el Ilm^o Sr. D. **JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ**,

EN NOMBRE DEL REY, han pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 16 de mayo de 2017 el letrado IVÁN GAYARRE CONDE, en nombre y representación de la empresa FUNDACIÓN ITMA, presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias demanda de conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo contra el Comité de Empresa. En la demanda reclama que "se declare legal y ajustada a derecho la modificación sustancia y colectiva de las condiciones de trabajo realizada ya que:

- Han existido las causas organizativas y productivas alegas.
- Se han seguido por la empresa en caso de duda el procedimiento que más garantías ofrecía a los posibles afectados, sin que el comité de empresa pueda "autoparalizar" el ejercicio de sus competencias legales por la dimisión de cuatro de sus 9 miembros por motivos personales.
- Los cambios realizados obedecen a criterios de selección objetivos y razonables vinculados con las causas alegadas, y por tanto, no vulneran ningún derecho fundamental.
- Las medidas adoptadas cumplen el objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa".

De la demanda se dio traslado al Comité de Empresa, así como a los sindicatos CCOO y UGT por la mención a éstos efectuada en la misma "para cumplir lo ordenado en el art. 155 de la LJRS".

SEGUNDO: La demanda se admitió a trámite y los actos de conciliación y de juicio se celebraron el día 2 de junio de 2017. El acto de conciliación finalizó sin avenencia. En el juicio oral, comparecieron la empresa demandante, que ratificó la demanda, el Comité de Empresa, que insistió en la paralización de sus funciones, y el sindicato CCOO. Este sindicato se opuso a la demanda, alegando las excepciones de falta de acción, falta de legitimación activa y caducidad, y afirmando la nulidad intrínseca de la decisión empresarial por ausencia de sujetos negociadores así como su falta de fundamento. Tras contestar la empresa a las excepciones alegadas por el sindicato CCOO, las partes propusieron la práctica de pruebas consistente en interrogatorio de parte, testifical, pericial y documental que se admitieron y llevaron a cabo. Finalmente, las partes manifestaron sus conclusiones reiterando sus respectivas posiciones, tras lo que el juicio quedó visto para sentencia. El juicio oral se grabó y en la grabación se recoge su desarrollo íntegro.

TERCERO: Ha sido designado ponente del asunto el magistrado Ilmo. Sr. D. **JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ**.

HECHOS PROBADOS

1º. - La empresa FUNDACIÓN ITMA es una fundación privada de interés general sin ánimo de lucro constituida en el año 1998 por empresas industriales con instalaciones en Asturias y por el Gobierno del Principado de Asturias, éste último en un porcentaje del 33%. El fin es la promoción y el desarrollo de cuantas actividades de investigación, ciencia y desarrollo tecnológico sean de interés para la industria en general y en especial constituye un centro tecnológico en el campo de los materiales. Junto con la actividad de I+D en productos y servicios presta también servicios tecnológicos a clientes

Su plantilla la forman 114 trabajadores distribuidos en dos centros de trabajo, uno sito en el Parque Tecnológico de Asturias, en Llanera, y el otro en el Parque Empresarial Principado de Asturias, en Avilés.

2.- El Comité de Empresa estaba formado por nueve miembros, elegidos en las elecciones sindicales celebradas el 6 de febrero de 2012 y todos ellos de la candidatura presentada por el sindicato CCOO. En el año 2015 cuatro de los miembros dimitieron. En el año 2016 los cinco restantes comunicaron al sindicato CCOO su interés en dejar de ejercer la representación de los trabajadores una vez acabado el periodo ordinario de mandato y dada la falta de nuevos candidatos. El sindicato les recomendó paralizar sus funciones ya que, según les indicó, no les ocasionaría perjuicio alguno.

El 20 de mayo de 2016 el Comité de Empresa adoptó el acuerdo de paralizar sus funciones y el mismo día comunicó la decisión a todo el personal de ITMA mediante la remisión del siguiente correo electrónico:

"Como sabéis, el mandato legal del Comité de empresa de fundación ITMA finalizó en Febrero de este año.

Desde entonces, hemos intentado buscar personas para formar un nuevo Comité.

Dicha búsqueda fue infructuosa, por lo que en el día de hoy hemos tomado la decisión de PARALIZAR las funciones de dicho Comité.

Agradecemos la colaboración recibida durante estos años".

Desde entonces el Comité de Empresa no ha ejercido sus funciones. Tampoco ha abierto los correos electrónicos enviados por ITMA, salvo dos veces: una a primeros de 2017, tras pedirles la empresa su presencia



a fin de notificar una sanción a dos trabajadores, con el objeto de remitir a la demandante el correo al que se hará referencia a continuación; y otra después de conocer la presentación de la demanda interpuesta por ITMA.

Algunos de sus miembros a título personal y en contadas ocasiones han estado presentes en la entrega de comunicaciones a trabajadores de la Fundación.

El medio de comunicación de la empresa con el Comité no varió y continuó siendo el envío de correos electrónicos.

El 18 de enero de 2017 por medio de correo electrónico, el Comité recordó a la empresa la decisión adoptada el 20 de mayo de 2017 de paralizar desde entonces las funciones, aunque, según expresaron a la empresa, eran conscientes de que ITMA podría notificarles las decisiones que estimara oportunas.

El 10 de abril de 2017 el sindicato CCOO ha promovido elecciones sindicales en la empresa y la fecha de votación se fijó para el día 7 de junio de 2017.

3º.- Durante su historia ITMA ha ido modificando su estructura para adaptarse a las tendencias tecnológicas y las necesidades del mercado. Con esta finalidad en los últimos años ha elaborado sucesivos planes estratégicos (2010-2014, 2014-2016 y 2017-2020) que introducen modificaciones en la estructura y organización de la Fundación.

El Plan estratégico 2017-2020 se aprobó por el Patronato el 2 de noviembre de 2016. Para su elaboración durante los meses previos se solicitó la colaboración de la consultora Zabala Innovation Consulting, que confeccionó los informes técnicos.

En este nuevo Plan se establece una división por áreas troncales y áreas transversales, integradas a su vez por unidades, y la organización se completa con los departamentos de apoyo a las áreas tecnológicas. Los cambios más importantes son:

- Desaparecen las Áreas de Nanotecnología; Electrónica; Fotónica; y Materiales optoelectrónicos.
- Surgen las Áreas de Plásticos y Composites; Materiales Activos, que se divide en dos Unidades (Materiales Fotoactivos y Materiales Electroactivos); y Superficies, que se divide en dos Unidades (Integridad Superficial y Corrosión, y Recubrimientos).
- Surgen las Unidades de Apoyo a I+D dentro del Área de Servicios Tecnológicos; e Internalización Innovación dentro de la Estructura general.
- Se reorganiza la Unidad de Metrología.
- Se crean los puestos de gestor de desarrollo de cuentas nacional y de especialista de proyectos internacionales de I+D+i.

Una vez aprobado por el Patronato de la fundación el Plan estratégico 2017-2020, la empresa remitió al Comité de Empresa por correo electrónico de fecha 2 de noviembre de 2016 un resumen ejecutivo del mismo. También de palabra se hizo saber a los miembros del Comité la aprobación del Plan estratégico.

4º.- En el mes de febrero de 2017 Fundación ITMA inició un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, para la reubicación en la empresa de 33 trabajadores individualizados que prestaban servicios en los dos centros de la empresa. La propuesta se presentó como una consecuencia de los cambios en la estructura y organización establecidos en el Plan estratégico 2017-2020 y consistía en la recolocación de los afectados en otros puestos de trabajo sin afectación de la jornada, horario, salario y clasificación profesional (grupo y categoría profesional y titulación exigible)

El procedimiento se desarrolló de la forma siguiente, en el que las comunicaciones de ITMA al Comité de Empresa se realizaron por correo electrónico:

- El 2 de febrero de 2017 la empresa remitió la comunicación para la constitución de la Comisión representativa de los trabajadores.
- El 10 de febrero remitió el documento con la convocatoria de reunión para iniciar el preceptivo periodo de consultas del procedimiento de modificación sustancial. En el documento se fijaba el 13 de febrero a las 13:00 horas para celebrar la reunión de inicio del periodo de consultas y se informaba del orden del día: comunicación de apertura del periodo de consultas, entrega de la documentación explicativa de los motivos, causas y circunstancias de la modificación propuesta y solicitud al Comité de Empresa del informe previsto en el art. 64.5 ET .



-El 13 de febrero solo comparecieron a la reunión los representantes de la empresa. Lo hicieron con la documentación que iban a entregar al Comité de empresa, cuyos miembros no asistieron como tampoco lo hicieron otras personas en representación de los trabajadores.

Los representantes de la empresa dejaron constancia en el acta levantada que el periodo de consultas se inició el mismo día 13 de febrero y el plazo de 15 días naturales establecido en la ley computaba a partir del 13 de febrero y finalizaba el 27 de febrero. Acordaron remitir al Comité de Empresa y así lo hicieron la solicitud de informe a que se refiere el art. 64.5 ET, la memoria explicativa de las causas objetivas que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la indicación de que los informes técnicos y los documentos que justifican la selección de los afectados, dado su gran tamaño, los tenían a su disposición en la Dirección de Recursos Humanos.

-El 17 de febrero ITMA remitió al Comité de Empresa la comunicación de la segunda reunión, fijada para el día 20 de febrero a las 20:00 horas y el orden del día: dudas sobre la memoria explicativa de las causas objetivas que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el informe solicitado al Comité de Empresa

- El 20 de febrero solo acudieron a la reunión los representantes de la empresa, que levantaron acta.

- El 24 de febrero ITMA remitió al Comité de Empresa la comunicación de la tercera y última reunión, fijada para el día 27 de febrero a las 13:00.

- El 27 de febrero únicamente se presentaron a la reunión los representantes de la empresa, que levantaron acta.

-El 28 de febrero ITMA remitió al Comité de empresa la comunicación de la finalización del periodo de consultas sin acuerdo y de la decisión final de la empresa.

-

En la comunicación enviada:

- Informa de la decisión de reubicar a 33 trabajadores que identifica por su nombre, apellidos y puesto de trabajo.

- Consigna que "los trabajadores afectados serán recolocados en los puestos de trabajo que se indican a continuación, sin que este cambio de puesto de trabajo afecte a su jornada, horario, salario y clasificación profesional (grupo y categoría profesional y titulación exigible)".

- Señala de forma concreta los puestos de trabajo que cada uno de los afectados va a desempeñar en el futuro.

- Especifica que las modificaciones descritas surtirán efectos una vez transcurrido el plazo de 7 días.

- El mismo 28 de febrero ITMA comunica a los Delegados de Prevención- Comité de Seguridad y Salud el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo seguido, la finalización del periodo de consultas sin acuerdo y la decisión final de la empresa.

- A los trabajadores afectados se les comunicó la medida por carta de fecha 28 de febrero, en la que la empresa expone la causa por la que el destinatario es recolocado, el nuevo puesto y fecha para iniciar su desempeño, la no alteración de las restantes condiciones, el criterio de selección utilizado y la posibilidad del trabajador que resulte perjudicado de rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

5º.- El 28 de abril ITMA presentó solicitud ante el SASEC para la mediación con el Comité de Empresa. Al acto, celebrado el 12 de mayo, no asistió el Comité de Empresa y compareció un representante de la Federación de Servicios de CCOO de Asturias que presentó un escrito por el sindicato rechazando la iniciativa y actuación de la empresa. El acto se tuvo por intentado sin efecto.

6º.- La Fundación demandante encargó al despacho SAGARDOY ABOGADOS, con sede en Madrid, el asesoramiento jurídico para la promoción del actual pleito y la defensa de sus intereses.

La compañía TELEFONICA (MOVISTAR) es la proveedora de los servicios de telecomunicación de este despacho profesional y el día 12 de mayo sufrió un ataque informático, que afectó a muchas otras empresas en varios países. Ante el riesgo de penetración en sus equipos y archivos informáticos, el despacho SAGARDOY ABOGADOS, siguiendo el protocolo de seguridad, procedió a la desconexión inmediata de los servidores y redes.

7º.- Seis trabajadores afectados por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo interpusieron demanda, turnada al Juzgado de lo social núm. 4 de Oviedo (autos núm.251/2017) y admitida el 6 de abril



de 2017. En la demanda impugnan la decisión empresarial al entender que se había adoptado sin seguir el procedimiento adecuado, no se fundaba en una causa organizativa o productiva real o consistente y constituía una represalia hacia los demandantes, así como una manifestación de acoso laboral con un origen que se remontaba a años antes y había dado lugar a varios incidentes y procesos judiciales.

El pleito se suspendió por decreto de fecha 18 de mayo hasta que sea firme la sentencia dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el presente litigio.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El contraste entre las alegaciones de las partes y su confrontación con el resultado de las pruebas practicadas conduce a sentar como probados los hechos antes relatados. Han sido más determinantes los siguientes elementos de convicción:

Para el apartado primero, estatutos de la Fundación (folios 533 y siguientes), comunicación de apertura de centro y libro de visitas (folios 868 y 869) y admisión de hechos

Para el apartado segundo, documentación de las elecciones sindicales celebradas en febrero de 2012 (folios 1254 y siguientes), comunicación del Comité de Empresa al personal de ITMA sobre bajas de sus miembros (folio 1259), acuerdo del Comité de Empresa de 20 de mayo de 2016 y su comunicación al personal de ITMA (folios 1246 y 1247), interrogatorio de la Presidenta del Comité de Empresa y testimonio de la Directora de Recursos Humanos, comunicación del Comité de Empresa de 18 de enero de 2017 (folio 1244), documentación de las elecciones sindicales recientemente promovidas (folios 1260 y siguientes).

Para el apartado tercero, documentación de planes estratégicos anteriores (folios 554 y siguientes), plan estratégico 2017-2020 elaborado por la consultora Zabala Innovation Consulting, S.A., (folios 52 y siguientes) y su ratificación en prueba pericial, comunicación al Comité de Empresa del nuevo plan estratégico 2017-2020 (folio 726), documentación sobre organigramas de la empresa (folios 851 y siguientes), testimonio de la Directora de Recursos Humanos e interrogatorio de la Presidenta del Comité de Empresa.

Para el apartado cuarto, documentación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo con las comunicaciones enviadas por la empresa convocando las reuniones, documentación adjuntada y actas extendidas (folios 768 y siguientes), comunicación al Comité de Empresa de la decisión final adoptada (folios 810 y siguientes) y comunicaciones de la decisión a los trabajadores afectados (folios 872 y siguientes), interrogatorio de la Presidenta del Comité de Empresa y testimonio de la Directora de Recursos Humanos.

Para el apartado cinco, acta de mediación (folios 838 y siguientes).

Para el apartado sexto, la notoriedad del ataque informático producido el día 12 de mayo, dada su amplia difusión en los diferentes medios de comunicación, junto con la documentación relativa a la relación comercial entre la empresa MOVISTAR, como proveedora de los servicios de telecomunicaciones, y SAGARDOY ABOGADOS (folios 1138 a 1144), dotan de credibilidad a la declaración escrita de Camino, Responsable de Seguridad del despacho profesional, sobre la interrupción de las comunicaciones el día 12 de mayo. Pero la permanencia de la interrupción durante los días 13, 14 y 15 de mayo únicamente se sostiene sobre esa declaración escrita, que necesitaba la ratificación presencial en el juicio oral, con sometimiento al principio de contradicción, para atribuirle la eficacia de acreditar que no fue posible técnicamente restablecer la comunicación telemática hasta el día 16. A esta valoración sobre la falta de prueba de tal circunstancia contribuyen que hasta la presentación de la demanda el indicado día 16 de mayo por medio de la aplicación lexnet, no hubo intento alguno por parte de la empresa o del despacho profesional para comunicarse con este Tribunal e informarle de la imposibilidad de presentar la demanda por vía telemática y que la demanda mantiene total silencio al respecto.

Para el apartado séptimo, demanda presentada por 6 trabajadores afectados y documentación del proceso sustanciado, con el escrito de la empresa solicitando la suspensión y el decreto que la acuerda (folios 1076 y siguientes).

SEGUNDO: La peculiaridad del caso presente salta a la vista. La demandante, FUNDACIÓN ITMA, tras seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo y, en su marco, cambiar de puesto de trabajo a 33 trabajadores, solicita judicialmente por la vía del proceso de conflicto colectivo, la validación de la medida que ha adoptado mediante una decisión que por sí sola es plenamente efectiva (art. 41.5 ET) mientras no se impugne con éxito por los afectados, el Comité de Empresa o los sindicatos con implantación suficiente en la empresa.

Aunque la demanda únicamente se dirigió contra el Comité de Empresa, se hizo alusión a los sindicatos CCOO y UGT, circunstancia por la cual se les comunicó. En el juicio oral junto con el demandante y el demandado



compareció también el sindicato CCOO, con facultades para intervenir en virtud de lo dispuesto en los arts. 17.2 y 155 LJS. En su condición de parte interesada ha manifestado su oposición a la demanda alegando las excepciones de falta de acción, de falta de legitimación activa y de caducidad, así como ha defendido la nulidad de la medida empresarial.

A largo del juicio, en la fase inicial de alegaciones y en la fase de conclusiones, la demandante ha expresado sus dudas sobre si la medida por ella adoptada constituye una auténtica modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En esta línea argumental, llegó a expresar que el mero cambio de funciones en que consiste no debe tener tal carácter pero la falta de seguridad derivada de una normativa abierta a diversas interpretaciones y de una jurisprudencia casuística, fueron determinantes para seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo previsto en el art. 41.4 y 5 ET .

Asimismo, en un intento de ampliar el objeto del proceso para mostrar la existencia de un interés objetivo en el ejercicio de su acción, FUNDACIÓN ITMA ha señalado que el litigio trata igualmente sobre el cumplimiento por el Comité de Empresa de sus deberes informativos.

Son manifestaciones que desvían la atención de la única pretensión ejercitada, delimitada en la demanda. La fundación demandante ha seguido el procedimiento establecido en el art. 41.4 y 5 ET para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo y ha calificado de tal el cambio en las condiciones laborales impuesto por su decisión a los trabajadores afectados. A continuación, interpuso una "demanda de conflicto colectivo con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de 33 trabajadores", como indica en su escrito. En la demanda defiende la validez del procedimiento seguido y de la decisión adoptada; al respecto la súplica, para concretar la petición, señala expresamente que su finalidad es conseguir la declaración judicial de ser "legal y ajustada a derecho la modificación sustancial y colectiva de las condiciones de trabajo realizada".

La función delimitadora de la demanda, que impide su variación posterior (art. 80 y 157.1 en relación con el art. 85.1 LJS), condiciona el objeto del proceso, constreñido a resolver sólo la pretensión ejercitada, e impide abrir el litigio a nuevas cuestiones.

TERCERO: La fundación demandante afirma que su pretensión tiene cabida en el proceso de conflicto colectivo regulado en los arts. 153 a 162 LJS, que le otorga legitimación activa en el art. 154 c).

El sindicato CCOO, por el contrario, alega la falta de acción y de legitimación activa de la empresa para solicitar la validación judicial de la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo acordada. La pretensión actora no puede plantearse por medio del proceso de conflicto colectivo. Según afirma, es una "acción de jactancia" solo prevista en la ley para los casos de despido colectivo, siempre y cuando haya una oposición real a la medida extintiva, su auténtico propósito es condicionar el resultado del proceso sustanciado a raíz de la demanda interpuesta por los 6 trabajadores que impugnaron la decisión empresarial y la ley procesal no atribuye legitimación a la empresa para su ejercicio.

El punto de partida para la decisión de estas cuestiones es que la fundación demandante utiliza el proceso de conflicto colectivo para validar su decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. El art. 153.1 LJS, sobre el ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo, establece:

Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de esta Ley. Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley.

Comprende en el objeto de esta modalidad procesal las decisiones de traslado de trabajadores, modificación sustancial de condiciones de trabajo y de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales o de fuerza mayor de carácter colectivo.

En el caso de la modificación sustancial de condiciones laborales, el apartado 2 del art. 41 ET precisa cuándo la misma se considera colectiva y su régimen se completa con los apartados 4 y 5 en los que se regula el procedimiento a seguir hasta su decisión y después ella. El apartado 5 consigna:



La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

El Estatuto de los Trabajadores por tanto solo contempla el uso del proceso de conflicto colectivo para impugnar las decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo y suspender la tramitación de los procesos iniciados por los trabajadores afectados. No atribuye a la empresa la posibilidad de promoverlo para defender su validez y eficacia, con eficacia suspensiva sobre los pleitos individuales. Igual sucede en los casos de traslado de trabajadores y de suspensión de contrato o reducción de jornada por causas empresariales o de fuerza mayor, de forma más diáfana en el art. 40.2 ET que utiliza los mismos y claros términos del art. 41.5 ET. No es una novedad del nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, pues ya figuraba en el Texto Refundido previo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995.

El art. 138.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, al regular la modalidad procesal sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y suspensión de contrato o reducción de jornada por causas empresariales o de fuerza mayor, corrobora la restricción con mayor claridad:

Si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160.

No obstante, el acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores que pudiera recaer una vez iniciado el proceso no interrumpirá la continuación del procedimiento.

De la misma forma que en el Estatuto de los Trabajadores esta limitación en la legitimación activa para utilizar el proceso de conflicto colectivo no es reciente, pues ya figuraba en la Ley de Procedimiento Laboral.

Así pues, los arts. 153.1 y 154 LJS han de interpretarse con arreglo a las indicadas normas, que establecen una especialidad respecto del régimen general sobre el objeto y la legitimación activa del proceso de conflicto colectivo. No es la única especialidad como se analizará en el examen de la excepción de caducidad.

Son varios los fundamentos que apoyan esa limitación. La concesión a la empresa de la facultad de promover un proceso judicial colectivo para validar una decisión suya que desde el momento de su adopción es eficaz constituye una medida desproporcionada frente a la posición de los trabajadores. En la mayoría de los supuestos supone establecer un mecanismo de sobreprotección de los intereses empresariales al permitir al empresario tomar la iniciativa procesal en defensa de su decisión, ya por sí efectiva, y simultáneamente condicionar el desarrollo de los procesos individuales.

Las cautelas que despiertan este tipo de acciones preventivas, según parte de la doctrina manifestaciones de la histórica y controvertida "acción de jactancia", son un argumento añadido a impedir interpretaciones de la normativa vigente como la sustentada en la demanda. El intento de la fundación demandante de articular su pretensión por analogía con la acción preventiva que el art. 124.3 LJS reconoce a la empresa en el proceso de despido colectivo, desatiende precisamente el aspecto más revelador de sus diferencias de tratamiento. Del mismo modo que la normativa vigente habilita expresamente la acción preventiva empresarial en el despido colectivo (arts. 153.1 en relación con el art. 124.3 LJS), en los casos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo solo concede la iniciativa procesal para su impugnación.

Expresión de las cautelas que suscitan ese tipo de acciones preventivas es la característica señalada por la jurisprudencia en la interpretación del art. 124.3 LJS. No cabe la demanda de la empresa si no hay un sujeto colectivo que se haya opuesto al despido colectivo. En palabras de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 diciembre de 2013 (rec. 28/2013):

<<... no puede admitirse la existencia de un proceso de impugnación colectiva del despido si no existe un sujeto colectivo que se oponga al despido y que esté en condiciones de hacerlo efectivamente en el proceso. La razón es clara. Si no hay sujeto colectivo en la posición de demandado y no es posible la entrada de los trabajadores individuales, hay que excluir el proceso del art. 124 LRJS, porque en estas condiciones, y, como ya se ha dicho, se puede producir un proceso sin contradicción real del que derive una eventual decisión sobre la procedencia de los despidos que tendrá efecto positivo de cosa juzgada en los procesos individuales. Los trabajadores quedan sin posibilidad efectiva de defensa, pues en el proceso individual la sentencia colectiva lograda sin oposición



será vinculante (art. 124.3, in fine, y 13 b). También se ha señalado ya la gravedad de estas consecuencias y la vulneración de los principios esenciales del proceso>>.

A este criterio, recogido igualmente en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 (rec. 81/2014) y 16 de junio de 2015 (rec. 339/2014), se refiere el sindicato CCOO cuando alega la falta de acción de la demandante.

La indicada doctrina se formó en supuestos de acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores en el periodo de consultas (o en conciliación judicial). En el caso presente, sin embargo, el periodo de consultas finalizó sin acuerdo y lo significativo fue la falta de negociación por la inacción del Comité de Empresa, que no intervino en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo iniciado por FUNDACIÓN ITMA al haber decidido meses antes paralizar su actividad representativa siguiendo la recomendación del sindicato.

Aunque dicha falta de participación debe calificarse de voluntaria y proviene del órgano de representación unitaria de los trabajadores en la empresa, pues ni se produjo la dimisión de los cinco miembros que continuaban, ni su mandato fue revocado, ni se promovieron elecciones sindicales hasta fecha muy reciente, tampoco equivale a un asentimiento de la iniciativa y la decisión empresariales. Pero no cabe duda que disminuye en gran medida las posibilidades del Comité de Empresa para oponerse con éxito a la medida acordada por FUNDACIÓN ITMA, al no haber puesto de manifiesto en el periodo de consultas las objeciones a las afirmaciones y documentación en los que la empresa basaba su iniciativa.

Tal debilidad de la posición del Comité de Empresa no la sule o corrige la intervención en el proceso judicial del sindicato CCOO pues deriva de la inactividad previa.

En las referidas condiciones, admitir la facultad de la fundación para postular la validación judicial de su decisión frente a partes con las posibilidades reales de defensa disminuidas y a través de un proceso colectivo que influye en el desarrollo del proceso promovido por varios de los trabajadores afectados, supone colocar a la empresa en una posición de ventaja que la mencionada doctrina desaprueba. Con el añadido de constituir una interpretación que, como se ha señalado, contrasta con los textos legales relativos a la materia.

La cuestión de si tal imposibilidad de ejercicio de la pretensión debe calificarse falta de acción es un tema de importancia secundaria. Como recuerda la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 2017 (rec. 120/2016) con cita de sus sentencias de 15 de septiembre de 2015 (rec. 252/2014), 8 mayo 2015 (rec. 56/2014), 26 de diciembre de 2013 (rec. 28/2013), 1 de marzo 2011 (rec. 74/2010) y 18 de julio de 2002 (rec. 1289/2001):

la falta de acción no tiene un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia y ello ha dado lugar a que se la haya atribuido una muy variada naturaleza jurídica, que va desde un desajuste subjetivo entre la acción y su titular, hasta la inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada, pasando por una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada, e incluso, simplemente, para sustentar la desestimación de la demanda por motivos de fondo.

En el caso presente, al desajuste subjetivo que origina la falta de legitimación activa de la empresa se añade la inadecuación objetiva del proceso elegido para plantear la pretensión ejercitada en la demanda y con este sentido debe apreciarse la falta de acción.

La fundación demandante ha insistido durante el juicio en que su demanda obedece a la existencia de un interés efectivo y serio para obtener la declaración judicial pretendida, que justifica la iniciativa. Ciertamente, el riesgo de una pluralidad de procesos individuales frente a la medida empresarial o de una situación conflictiva que afecte a un elevado número de trabajadores pueden servir de argumento para, a fin de facilitar soluciones unitarias y mayor seguridad jurídica, conceder a la empresa legitimación para promover el proceso colectivo con el objeto de la validación judicial de su decisión. Es el fundamento que se halla detrás de la acción empresarial preventiva introducida por la Ley 3/2012 en el art. 124.3 LJS. Pero al lado de dicho argumento coexisten los riesgos de desequilibrio que este tipo de pretensiones producen y a los que se ha hecho mención antes.

En cualquier caso, ese argumento a favor de la legitimación activa de la empresa no puede utilizarse en el supuesto presente. Ni la decisión empresarial ha originado un conflicto masivo, ni ha dado lugar a una multiplicidad de procesos individuales para impugnarlo. Únicamente 6 trabajadores de los 33 afectados y mediante una sola demanda han cuestionado la medida a través de la modalidad procesal prevista en el art. 138 LJS, en la que la empresa, como demandada, dispone de plenas posibilidades de alegación y prueba. Por eso resulta inapropiada la alusión de la fundación al caso conocido en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2010 (rec. 185/2007), sobre la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para declarar



la no existencia de derecho de los trabajadores de Babcock Power España S.A. y Babcock Montajes S.A. a integrarse en la SEPI y en BWE.

CUARTO: La excepción de caducidad de la acción también concurre. Según establece el art. 59.4 ET el ejercicio de la pretensión contra las decisiones empresariales en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo está sujeto al plazo de caducidad de 20 días hábiles y se computará desde el día siguiente a la fecha de la notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas. El mismo plazo de caducidad se prevé en el art. 138.1 LJS para la impugnación de la medida por los trabajadores afectados que, dispone, comienza a computarse desde el día siguiente a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes.

Aunque la empresa tuviera la posibilidad de solicitar judicialmente la conformidad a derecho de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que ha adoptado, no puede eludir el indicado plazo de caducidad. La regulación del art. 59.4 ET tiene carácter general y si alude a las reclamaciones contra las decisiones empresariales es por la razón ya conocida de reducir la posibilidad de reacción a los trabajadores, sus representantes o sindicatos, pero no con el objeto de excluir a las posibles empresas demandantes de la sujeción a esta regla limitativa del tiempo para actuar judicialmente.

La fundación demandante así lo entiende y considera que ha ejercitado la pretensión dentro del plazo de caducidad. Según alega, del mismo modo que prevé el art. 124.3 LJS en los supuestos de despido colectivo, para las empresas comienza a transcurrir una vez finalizado el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores.

Esta aplicación analógica del art. 124.3 LJS no tiene cabida. La posibilidad concedida a la empresa en dicha norma de solicitar una declaración judicial favorable al despido colectivo constituye una opción excepcional y por eso, constreñida al exclusivo objeto permitido por la ley procesal, esto es, a los supuestos de despido colectivo. La referida excepcionalidad impide asimilar los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que tienen una regulación específica, con los casos de despido colectivo comprendidos en el art. 124 LJS.

En el caso presente, el plazo de caducidad comenzó a correr desde el 1 de marzo, día siguiente a la notificación por Fundación ITMA al Comité de Empresa de la decisión adoptada, y había finalizado con mucha antelación al 16 de mayo, fecha de interposición de la demanda.

Ni siquiera aceptando la tesis de la demandante sobre el momento inicial para el inicio del plazo de caducidad, podría considerarse que la pretensión se presentó oportunamente. El ejercicio por la empresa de la solicitud de mediación ante el SASEC no suspendió el trascurso de dicho plazo, ya que no era un trámite obligatorio. Lo señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de diciembre de 2013 (rec. 85/2013), doctrina reiterada en su sentencia de 16 de septiembre de 2014 (rec. 251/2013) entre otras. La impugnación a través de la modalidad procesal de conflictos colectivos de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo no exige el agotamiento de las vías preprocesales previas con la consecuencia que su inadecuada utilización no suspende el plazo de caducidad de 20 días hábiles para el ejercicio de tal acción. Concretamente, razona el Alto Tribunal:

... la actuación empresarial que ha dado origen al pleito ... es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de 71 empleados ... El art. 59.3 ET establece para el ejercicio de la acción de despido un plazo de 20 días hábiles, susceptible en ese caso de ser interrumpido por la interposición de la demanda de conciliación ante el organismo público correspondiente; del mismo modo, en el número 4 de ese precepto se establece que el mismo plazo de caducidad de 20 días se aplicará al ejercicio de las acciones encaminadas a la impugnación de decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, añadiéndose que ese plazo "... se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas".

Desde el punto de vista procesal, el cauce por el que han de discurrir las demandas que versen sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el art. 41.2 ET habrá de ser el del proceso de conflicto colectivo, por exigirlo expresamente el art. 153.1 LRJS , pero naturalmente con las especialidades que para esas acciones se desprende del cuerpo normativo conjunto que regula el ejercicio de tales pretensiones, o, lo que es lo mismo, con observancia de las especialidades que para el ejercicio de tales acciones se desprende de la Ley.

En ese sentido, si bien es cierto que el art. 63 LRJS establece una regla general como requisito previo al proceso de exigir la conciliación previa, sin embargo en el artículo siguiente, el 64.1 LRJS y con absoluta claridad se establecen una serie de excepciones a esa exigencia preprocesal, entre las que se encuentra la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, trámite que, por otra parte, parecería redundante en una materia en la



que la impugnación en vía judicial la de la decisión del empresario se ha de llevar a cabo después de agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Además ... en las reclamaciones referidas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la idea de celeridad impulsa evidentemente la ordenación procesal que se hace del cauce para impugnarla en un breve plazo de tiempo, lo que además redundará en beneficio de la seguridad jurídica, razones de la regulación del proceso y de la decisión que adoptó la sentencia recurrida que excluyen cualquier planteamiento de vulneración del art. 24 CE .

Por esa razón, aun cuando es cierto que con carácter general el art. 156.1 LRJS dispone como requisito necesario para la tramitación del proceso de conflicto colectivo el intento de conciliación o de mediación en los términos previstos en el art. 63 antes citado, sin embargo en estas reclamaciones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo entra en juego la regla especial citada, la del artículo 64 LRJS que excluye ese requisito de conciliación previa, como antes se ha visto. Por ello, si la conciliación previa no es preceptiva, no hay suspensión posible del plazo de caducidad, que opera en sus propios términos y alcance temporal, a pesar de que se interpusiera tal demanda

Cuando FUNDACIÓN ITMA presentó la demanda había transcurrido con exceso el plazo de caducidad que comenzó a correr a partir del 1 de marzo y no se suspendió durante el intento de mediación.

Por último, aun aceptando que el trámite mediador ante el SASEC suspendió el plazo, la acción habría caducado. El vigésimo día del plazo para que el Comité de Empresa impugnara la decisión empresarial se cumplió el 28 de marzo y el vigésimo día dentro del cual la empresa, según su tesis, podría accionar se cumplió el 27 de abril por lo que cabría presentar la demanda el 28 de abril (art. 135.1 LEC), y comoquiera que desde esta última fecha hasta el 12 de mayo se suspendió el plazo, el día límite fue el 15 de mayo, hábil en la localidad de la sede del tribunal. La presentación se hizo el día 16 de mayo y si bien la empresa alega la existencia de fuerza mayor que le impidió presentarlo antes, no se han acreditado las circunstancias de su presencia. Es conocido que el 12 de mayo se produjo un ataque informático con un virus de alcance mundial que afectó a los equipos de la sede de Telefónica (MOVISTAR) de Madrid, compañía que proporciona los servicios de telecomunicaciones al despacho profesional a quien FUNDACIÓN ITMA encomendó la defensa jurídica de sus intereses tiene, pero no consta que las consecuencias fueran una interrupción de las comunicaciones informáticas durante los tres días siguientes y en concreto que el día 15 de mayo no se pudiera establecer contacto por medio de lexnet con este tribunal. Los medios de prueba presentados son insuficientes para dar por acreditada una interrupción tan prolongada, cuando además ni se intentó la comunicación por otro medio, ni la demanda efectúa mención alguna a una circunstancia tan relevante.

Procede, consiguientemente, la desestimación de la demanda por falta de acción, falta de legitimación activa y caducidad de la acción, excepciones susceptibles de apreciación incluso de oficio (STS de 22 de diciembre de 2017 , ya mencionada).

Por lo expuesto.

FALLAMOS

Se desestima, por falta de acción, falta de legitimación activa y caducidad de la acción, la demanda de conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo interpuesta por la empresa FUNDACIÓN ITMA contra su Comité de Empresa en el proceso en el que ha intervenido como parte interesada el sindicato CCOO.

Notifíquese esta sentencia a las partes, uniendo su original el Libro de Sentencias, llevando testimonio al rollo de sala.

Medios de impugnación

Cabe **recurso de Casación ordinaria** ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse en esta Sala del TSJ Asturias en el plazo de 5 días desde la notificación, mediante comparecencia o escrito de las partes, su abogado o representante, bastando la mera manifestación de los anteriores al ser notificados.

Depósito para recurrir

El recurrente que no tenga condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario de la Seguridad Social, debe, al tiempo de preparar el recurso, acreditar la realización de un **depósito de 600 € en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: **"37 Social Casación Ley 36-2011"** .

Consignación del importe de condena



Si la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, el recurrente condenado que no goce de justicia debe **consignar** la cantidad de condena en la citada cuenta, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento del órgano judicial. Dicha consignación debe acreditarse con la preparación del recurso.

Cuando el ingreso del depósito o de la condena se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso, y el concepto, como quedó dicho.

De efectuarse **diversos pagoso ingresos** en el mismo nº de cuenta se especificará un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Secretaria para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ