

Roj: **STS 5760/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5760**Id Cendoj: **28079140012016101028**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/12/2016**Nº de Recurso: **3245/2015**Nº de Resolución: **1086/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 1765/2015,**
STS 5760/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa **OMBUDS** COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., representada y asistida por el letrado D. Oscar Mancebo Gutiérrez, contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2015 dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 769/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014, dictada en autos 736/2014 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, seguidos a instancia de DON Amador, contra dicho recurrente, FOGASA y DON Ezequiel Y OTROS, sobre MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida D. Amador, representado y asistido por el letrado D. José Ramón Zabalbeitia Egizabal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que, estimando la demanda interpuesta por D. Amador frente a **OMBUDS** COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA, autos 736/2014, declaro la nulidad de la modificación sustancial producida el 27-6-2014, debiendo ser el afectado repuesto en la situación precedente a la citada, y lucrar las diferencias resultantes desde la fecha en que aquella comenzó a regir».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- D. Amador viene prestando servicios para **OMBUDS** COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA (**OMBUDS**) como Escolta.

SEGUNDO.- Con anterioridad a desempeñarse para **OMBUDS** lo hizo para EULEN SEGURIDAD SA, hasta el 1-6-2012. En esa fecha pasó a desempeñarse para SEGURIBERICA.

Tras esa subrogación, en la que SEGURIBERICA respeta las condiciones anteriormente disfrutadas, se produce otra el 1-5-2014, por la que el actor comienza a prestar servicios para **OMBUDS**. Su antigüedad acumulada señala al 27-4-1983. Su salario ascendía a 3597 euros.

TERCERO.- Entre el personal procedente de SEGURIBERICA que fuera asumido por **OMBUDS** se encuentra un representante unitario de la anterior empleadora.

CUARTO.- La empleadora promueve un expediente colectivo de modificación de condiciones de trabajo el 2-6-2014 a tenor de la documentación que aquí se da por reproducida. En la memoria se alude a la subrogación de 66 operativos desde mayo de 2014 procedentes de COVIAR, SEGURIBER, VINSA, PROSETECNISA, SABICO Y SEGURIBERICA:



Araba: 8 trabajadores

Bizkaia: 35 trabajadores

Gipuzkoa: 4 trabajadores

Navarra: 19 trabajadores.

En el expediente no concurrió más representación que la propia de **OMBUDS**, sin que fuera añadido a la misma ningún representante procedente de las empresas cuyo personal se subrogó.

QUINTO.- La medida se justifica en "la disparidad de sistemas de trabajo y jornada", buscándose "su unificación con los sistemas vigentes en **OMBUDS**. Con ello se viabiliza el proyecto, se garantiza la polivalencia de todos los trabajadores y la operativa de todos los servicios".

SEXTO.- A fecha de 27-6-2014 la empleadora remite a una carta de modificación de condiciones de trabajo al actor cuyo tenor se da aquí por reproducido. En la misma se hace constar que "...en fecha 2 de junio de 2014, la dirección de la empresa **OMBUDS** instó un expediente de modificación sustancial de carácter colectivo de las condiciones de trabajo afectante a los trabajadores subrogados por la empresa.

Esta medida que no necesariamente comporta una reducción de las condiciones económicas trae causa de las circunstancias que constan tanto en la memoria justificativa entregada a su representación legal y que obra a su disposición y que, como le decíamos, concluyen que es del todo insostenible e incompatible mantener distintos sistemas de trabajo en materias tan importantes en esta actividad como la disponibilidad y flexibilidad, el número de jornadas, el llamamiento, el funcionamiento de plus compensatorio.

[...]

Así las cosas, el pasado días 16 de junio de 2014 se finalizó periodo de consultas previsto para la tramitación de modificación sustancial de las del artículo 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . Dicho periodo de consultas, como también sabe, finalizó con el siguiente acuerdo:

Primero: Modificar de común acuerdo las condiciones de los trabajadores entre los que se encuentra el suyo, con efectos del próximo día 1 de julio de 2014, como se dirá en el siguiente punto.

Segundo: Adicionalmente al convenio colectivo del sector, en lo que a sus condiciones de tiempo y sistema de trabajo y, salario, en sustitución a las que Vd. venía disfrutando las que resulten de aplicar el "Acuerdo entre la empresa **OMBUDS** y la representación legal de los trabajadores por el que se alcanza el pacto de empresa sobre jornadas de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Ministerio del Interior", que se anexa como documento número uno a la presente notificación y, excepcionalmente, el "Acuerdo entre la empresa **OMBUDS** y la representación legal de los trabajadores por el que se alcanza el pacto de empresa sobre jornadas de trabajo y condiciones salariales para los servicios de protección personal concertados con el Gobierno Vasco", que se anexa como documento nº 2».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 12 de mayo de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao de 19-12-14 , procedimiento 736/14, por don Oscar Mancebo Gutiérrez, letrado que actúa en nombre y representación de **Ombuds**, Compañía de Seguridad, S.A., la que se confirma en su integridad, imponiendo las costas del recurso a la recurrente, cifrándose en 1000 euros los honorarios de letrado de la parte impugnante, y pérdida de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la empresa **OMBUDS** CIA. DE SEGURIDAD, S.A., el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 5 de marzo de 2013 , así como la infracción de lo dispuesto en el art. 41, en relación con el art. 44.4 y 9 del Estatuto de los Trabajadores y art. 138.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 31 de mayo de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 13 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que da origen a las presentes actuaciones tiene por objeto impugnar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo operada, tras un expediente colectivo, en el seno de la empresa el 16/06/2014 con efectos desde el 01/07/2014, solicitando el actor, que prestaba servicios en la misma como escolta y antes, sucesivamente, y con igual categoría en otras dos, en cuyo último lugar se había subrogado la demandada, que se declare nula o subsidiariamente injustificada dicha modificación, condenando a la empleadora a reponerle en sus condiciones anteriores en cuanto al sistema de remuneración, horario y demás ostentadas en su anterior empresa, con abono de las diferencias que ese cambio le haya ocasionado durante la aplicación de la medida. En el proceso no intervino ningún representante de las anteriores empresas a cuyo personal acogió la demandada. La sentencia de instancia estimó la demanda declarando nula la modificación sustancial producida el 27/06/2014, con reposición del demandante a la situación anterior y lucrando las diferencias resultantes. La de suplicación la confirma, por lo que la empresa recurre en casación unificadora, citando de contradicción la sentencia del TSJPV de 05/03/2013. Impugna el trabajador. El Mº Fiscal propone se declare improcedente el recurso, alegando, en primer término, la falta de contradicción y subsidiariamente la improcedencia en cuanto al fondo, por ser la sentencia recurrida acorde con la STS de 11/02/2015.

SEGUNDO.- La sentencia referencial, por su parte, alude a un grupo de trabajadores de la misma entidad que la de la sentencia recurrida que el 20/02/2012 se subrogó en el lugar de anteriores empleadoras para prestar servicios de escoltas de autoridades del Gobierno Vasco y del Mº del Interior. Tras aplicar una reducción en la nómina de febrero de 2012 de los actores cambiando y reduciendo los conceptos, el 16/03/2012 la empresa llegó a un acuerdo con el comité de empresa para modificar las condiciones laborales de los trabajadores demandantes, entre otros, sin que dicho comité se reuniese en ningún momento con los afectados, habiendo sido anuladas con anterioridad las elecciones al comité por sentencia de 24/01/2012, a pesar de lo cual siguió funcionando como tal, llegando a acuerdos con la dirección de la empresa. El Juzgado de instancia estimó la demanda y declaró nula la modificación de condiciones de trabajo argumentando que el acuerdo obtenido con el comité de empresa no era tal pues había sido fruto de unas elecciones declaradas nulas, vulnerándose además el art 14 del convenio colectivo aplicable que determina la necesidad de mantener las condiciones de los trabajadores en su anterior empresa. En suplicación, la sentencia de la Sala estimó parcialmente el recurso, manteniéndose lo resuelto respecto de la modificación de condiciones de trabajo operada desde el 21/02 (día posterior a la subrogación empresarial) a 28/03/2012 y declarando ajustada a derecho la acontecida el 21/03/2012 con efectos desde el 28 del mismo mes y año, día en que la empresa decidió modificar las condiciones de distribución de jornada, horario y sistema retributivo conforme a los acuerdos alcanzados con el comité el referido 16/03/2012, todo ello tras reconocer a dicho comité, con base en una sentencia anterior de la propia Sala, la legitimidad necesaria para pactar el acuerdo correspondiente.

La diferente solución en cada caso es, en realidad, parcial pero sustancial, puesto que, como se ha dicho, la sentencia de contradicción estima parcialmente la suplicación, circunscribiendo a un primer y breve período (de 21 de febrero a 28 de marzo de 2012) el acogimiento de la pretensión de demanda y declarando -a diferencia de la sentencia recurrida- ajustada a derecho la decisión empresarial a partir de esa fecha, de modo que puede sostenerse que en este extremo se constata, en definitiva, el requisito contradictorio del art 219 de la LRJS, y cabe entender que también en cuanto a la fundamentación, dado que en la sentencia recurrida se argumenta, como auténtica razón de lo resuelto, que se han igualado colectivos "sin atender a los verdaderos mecanismos de producción o causalización del cambio...y que en cualquier caso exigen esa participación de la representación de los trabajadores; esta participación es la expresión de los derechos del colectivo afectado, pues poca incidencia pueden tener en los que ya pertenecían a la empresa las nuevas modificaciones si lo que se hace es precisamente, fijar el marco de obligaciones laborales para aquellos que acceden procedentes del fenómeno subrogatorio en igualdad con los que ya pertenecían a la empresa", es decir, que el fundamento de la solución desestimatoria del recurso de la empresa estriba en que los trabajadores que provenían de una anterior empresa no han estado debidamente representados en la adopción del acuerdo modificativo de condiciones laborales; por el contrario, en la sentencia de contraste y con base en una sentencia anterior de la misma Sala, se reconoce expresamente legitimidad a los representantes de los trabajadores sin establecer diferencias de colectivos. En lo sustancial, pues, y como se ha anticipado, cabe constatar la contradicción exigida a partir del triple orden normativamente establecido.

TERCERO.- En cuanto al fondo, el único motivo de recurso señala la infracción del art 41 del ET en relación con el 44.4 y 9 del ET y el art. 138.7 de la LRJS, sosteniendo la empresa recurrente que no es el colectivo de trabajadores cedidos el determinante a los efectos en discusión, porque la condición de representante de los trabajadores no se traspasa, a menos que se transmita una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, "extremos que no concurren en las presentes actuaciones puesto que lo único que se traspasan son trabajadores adscritos a un servicio concreto", y que aunque existía un trabajador representante unitario de los trabajadores en el colectivo afectado, había perdido esa condición por el fenómeno sucesorio empresarial,



por lo que, como se deduce de la doctrina de la sentencia de contraste, la negociación de la modificación de condiciones de trabajo únicamente con el comité de empresa de la cesionaria es correcta porque el fenómeno sucesorio había desplegado sus efectos jurídicos respecto del art 14 del convenio colectivo.

Nuestra sentencia de 11 de febrero de 2015 (rcud 2613/2013) relativa a la misma empresa y a la misma cuestión litigiosa en relación con unos trabajadores provenientes de otra entidad que pasaron a prestar servicios en aquélla a partir del 1 de junio de 2012, contempla el caso de una modificación de jornada y condiciones salariales acordada mediante un pacto de 18 de junio de 2012 entre la representación empresarial y la de los trabajadores de la misma, señalándose en dicha resolución con cita y transcripción literal de la segunda de dos anteriores de 14 de mayo de 2014 (rrcud 2232/2013 y 2143/2013) que "1. Para la correcta solución del recurso conviene recordar que el trabajador demandante -al igual que el de la sentencia de contraste- se incorporó a la empresa el 1 de junio de 2012 como consecuencia de la aplicación de la cláusula convencional que obliga a las empresas del sector a subrogarse en la plantilla de la empresa saliente tras un cambio en la contrata.

Tal hecho había de dar lugar al reconocimiento y mantenimiento de las condiciones que el trabajador tenía en la empresa saliente, tanto si se acude a la literalidad del precepto del convenio, como a lo que se establece en el art. 44 ET para el caso de sucesión empresarial - aquí impuesta por dicha norma paccionada-. Pese a ello, resulta evidente que las condiciones salariales del trabajador no fueron mantenidas en ningún momento pues, como ya hemos apuntado, desde el primer mes de servicios para la empresa entrante - la aquí recurrente-, aquél vio minorada su retribución.

Ello lleva a la parte actora a sostener que se ha producido una modificación sustancial de sus condiciones sin haberse seguido el cauce del art. 41 ET . Y éste es el parecer de la Sala de suplicación que niega que se haya celebrado un verdadero acuerdo de modificación sustancial.

2. Ciertamente, el acuerdo alcanzado en la empresa con fecha 18 de junio de 2012 no puede tener la eficacia pretendida por la empresa y ello por varias razones.

En primer lugar, tal pacto es el fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente , tal y como la propia parte recurrente pone de relieve en su escrito de formalización del recurso: se inició el 22 de mayo de 2012 y las reuniones se celebraron los días 22 y 30 de mayo, 4, 7 y 17 de junio de 2012.

A mayor abundamiento, no sólo se trata de un acuerdo cerrado en un cortísimo lapso de tiempo inmediato posterior a dicha subrogación, sino que, además, incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante. Hemos de afirmar que de este modo se elude una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio. De esta forma la sucesión empresarial se produce con alteración de las condiciones para los trabajadores, contraviniendo así las disposiciones convencionales y legales que consagran aquellas garantías.

3. En segundo lugar, no consta que el acuerdo hubiera sido adoptado tras incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada; circunstancia, por otra parte difícil, dada la premura en su adopción.

Por último, en ningún momento en el acuerdo se hace alusión a la utilización de la vía del art. 41 ET . Ni se mencionan algunas de las causas legales, ni consta que se siguiera el periodo de consultas en los términos que dicha disposición impone. Por el contrario, las negociaciones tenían como objeto revisar pactos suscritos en 16 de diciembre de 2010, derogándolos, y expresamente se amparan en la posibilidad ofrecida por el art. 34.2 ET , sobre la distribución irregular de la jornada.

4. Tal periodo de consultas, debiera de haberse iniciado una vez integrada la plantilla subrogada y, por tanto, con la posibilidad de que dicha plantilla estuviera representada. Como hemos indicado, no consta que la comisión negociadora integrada a partir del 22 de mayo se viera alterada por la circunstancia de que la empresa asumiera la contrata de EULEN. Es cierto que cabe la posibilidad de que dicha integración de trabajadores acabara arrojando el mismo resultado de representatividad social, pero ello solo sería constatable una vez tal subrogación se hubiera hecho efectiva. En todo caso, nada se indica en el acuerdo final sobre esa circunstancia sobrevenida durante el proceso de negociación. El citado pacto sigue refiriéndose a la modificación de un acuerdo colectivo anterior que, por razones cronológicas evidentes, no era aplicable a los trabajadores que después pasan de EULEN a la empresa demandada.....

.....No hay duda de que el actor ha visto modificadas sus condiciones con base a lo que se contenía en el citado acuerdo colectivo y tal modificación se produjo, no sólo sin ajustarse el trámite del art. 41 ET , sino, además, **de manera inmediata a la efectividad de la sucesión empresarial, por tanto, sin llegar a respetarse la obligación de mantener las condiciones contractuales del trabajador .**



*En realidad lo que ha sucedido es que a los trabajadores provenientes de EULEN se les han aplicado **desde el inicio de su integración a la plantilla de la empresa sucesorales condiciones pactadas en el seno de ésta, sin respetar las que traían de origen** y sin haberse iniciado, una vez producida la subrogación, el trámite pertinente para que, en su caso, pudiera llevarse a cabo una modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo....."*

En el presente caso, la subrogación empresarial se produjo el 1 de mayo de 2014 (hecho segundo del relato de la sentencia de instancia) y el 2 de junio de 2014 se inició un período de consultas entre la representación de la empresa y la de los trabajadores para introducir la modificación del sistema de trabajo, jornada y retribución, dándose por finalizado con acuerdo tal período el 16 del mismo mes (hecho sexto) e informándose al actor de ello el 27 con efectos desde el 1 de julio siguiente (hecho séptimo). Existe, pues, una diferencia cronológica evidente, aunque de escasa entidad, que parece impide, en principio, aplicar directamente nuestro argumento doctrinal de que el pacto *"es el fruto de un proceso negociador iniciado **antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente**".* Tampoco se produce en el presente caso el efecto de que , el acuerdo " incluye un efecto retroactivo que hace que, a la plantilla objeto de la subrogación, se le apliquen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante" como figura en el texto de nuestras sentencias, por lo que -igualmente en principio- cabría sostener que nuestra doctrina no es aplicable, al haber corregido la empresa los incumplimientos o deficiencias que se le achacaban en ella.

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

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa **OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.**, contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 769/2015 , formulado frente a la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014, dictada en autos 736/2014 por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao , seguidos a instancia de DON Amador , contra dicho recurrente, FOGASA y DON Ezequiel Y OTROS, sobre MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. Con costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ