



Roj: **STS 528/2019 - ECLI:ES:TS:2019:528**

Id Cendoj: **28079140012019100068**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2019**

Nº de Recurso: **12/2018**

Nº de Resolución: **73/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4072/2017,**
STS 528/2019

CASACION núm.: 12/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 73/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

En Madrid, a 29 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), representada y asistida por el letrado D. Ángel Martín Aguado, contra la sentencia dictada el 9 de octubre de 2017 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en autos núm. 195/2017 seguidos a instancias de la ahora recurrente contra Vodafone Ono SAU, Huawei Technologies España SL, FESMC-UGT y el Sindicato de Trabajadores de la Comunicación (STC), en procedimiento de conflicto colectivo.

Han comparecido como recurridas la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), representada y asistida por el letrado D. Bernardo García Rodríguez, Vodafone ONO S.A.U., representada y asistida por el letrado D. Sergio Ponce Rodríguez, el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (S.T.C.), representado y asistido por el letrado D. Pedro Feced Martínez, y Huawei Technologies España S.L.: (Huawei), representada y asistida por el letrado D. Rafael Muñoz de la Espada Palomino.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO se interpuso demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que "se declare:

1º.- La nulidad de la transferencia de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a la empresa Huawei, así como de la propia sucesión empresarial y del acuerdo colectivo suscrito el 14 de febrero de 2017, en los que se inscribe dicha transferencia.

2º.- La nulidad de los actos derivados de la sucesión empresarial y del acuerdo colectivo ahora impugnados.

3º.- Que en consecuencia, las codemandadas procedan a aplicar los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de la sucesión empresarial y del acuerdo impugnados y por consiguiente, se reponga a los trabajadores afectados, por el presente conflicto, en todas las condiciones y derechos que tenían antes de la sucesión empresarial impugnada.

4º.- Que con carácter subsidiario se declare que la sucesión empresarial y el acuerdo colectivo objetos de impugnación no se ajustan a derecho, con las consecuencias legales correspondientes, incluida la restitución a los afectados de sus anteriores puestos de trabajo.

5º.- Que con carácter subsidiario, se declare la nulidad de la transferencia de los delegados sindicales afectados por la sucesión empresarial impugnada, debiendo ser éstos reincorporados a Vodafone Ono y en las condiciones que tenían con anterioridad a la subrogación.

6º.- Que se condene a las codemandadas a estar y pasar por dichas declaraciones."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas comparecidas, según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 9 de octubre de 2017 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo:

"Previa estimación de la excepción de variación sustancial de la demanda con relación a las alegaciones referentes al plan de pensiones, desestimamos la demanda deducida por CCOO sobre conflicto colectivo contra Vodafone Ono SAU, Huawei Technologies España S.L., FESMC-UGT y STC, a los que absolvemos de las peticiones en ellas contenidas."

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

"PRIMERO.- CCOO tiene la condición legal de sindicato más representativo y acredita presencia y audiencia electoral en las empresas demandadas. -conforme-

SEGUNDO.- El convenio de aplicación en la empresa codemandada Vodafone Ono es el I Convenio colectivo (2016-2019) del Grupo Vodafone España (BOE 7 de octubre de 2016) y en Huawei Technologies España S.L., se aplican los diferentes Convenios colectivos para el Comercio del Metal correspondientes a la Comunidad Autónoma o a la Provincia en función de donde se encuentre ubicada la plataforma de la compañía Huawei. -conforme-

En la empresa Vodafone ONO rigen además los siguientes pactos o acuerdos y condiciones de trabajo:

1.- El acuerdo de ordenación de representantes sindicales de Vodafone ONO SAU y Tenaria SAU, cuyo contenido obra en el descriptor 20.-

2.- La SAN 97/2009 de 16-9-2009 -proceso 34/2008- reconoció a los trabajadores que fueron subrogados por Cableuropa, SA, provenientes de Auna Telecomunicaciones, SA, que se les mantuviese el beneficio denominado "tráfico en telefonía" en las mismas condiciones existentes en enero de 2008, beneficio que les reconoce en la actualidad Vodafone Ono, actual empleadora de los mismos después de diversas subrogaciones -conforme-

3.- El acuerdo de MSCT de 13-3-2015 sobre retribuciones variables -descriptor 18-, en el que la retribución variable se hace depender de objetivos colectivos y de desempeño individual, de la forma siguiente:

"A partir de abril de 2015 y a futuro, considerando al año fiscal de Vodafone (abril-marzo), para los trabajadores de Ono adscritos a este sistema de retribución variable (Bonus anual) se aplicará el sistema denominado Pertormsnce Dialogue y escala PIGEX (se adjunta documentación) instaurado en las empresas que conforman el Grupo Vodafone y que consiste en un sistema mixto entre objetivos corporativos y objetivos individuales fijados por el mando de cada empleado. Los objetivos corporativos asociados a este sistema de retribución



serán los mismos y comunes tanto para los trabajadores de Ono como para los trabajadores de Vodafone España y serán fijados aproximadamente en el mes de junio de 2015 de conformidad con el calendario establecido por Grupo Vodafone"

TERCERO.- En fecha 1 de mayo de 2013 la empresa Vodafone España transfirió a la empresa Huawei, parte de la actividad y buena parte de los trabajadores adscritos a la UPA de mantenimiento de telecomunicaciones de telefonía móvil, dicha operación se denominó por Vodafone Proyecto Halley -conforme-.

CUARTO.- Vodafone España alcanzó un acuerdo en marzo de 2014 para comprar las acciones de la empresa Ono y así integrar los servicios comerciales de ambas marcas y desarrollar un proceso de unificación empresarial -conforme-.

QUINTO.- El día 24-1-2017, previa convocatoria por parte de las empresas Vodafone España y Vodafone Ono, se celebró reunión de representantes de las mismas, con la representación social -compuesta por 4 representantes de CCOO, 3 de UGT y 4 de STC a fin de informar la representación empresarial -en adelante RE- a la representación social - en adelante RS- acerca de la externalización del servicio del mantenimiento de la red fija.

El contenido de la reunión obra documentado en el acta obrante en descriptor 66 que damos por reproducido, si bien destacamos del mismo que la RE informó sobre las líneas generales y punto en el que se encontraba el proceso de externalización, señalando en cuanto al ámbito que estaría incluida la actividad de mantenimiento de la red fija, lo que implicaría la transmisión de la UPA formada por FLM Regions- equipos de Dispatch and Maintenance) y Logistics and Spares, afectando sólo a los empleados de Vodafone ONO; que aun cuando se mantenían tratos con dos proveedores -Huawei y Ericson- se pretendía llevar a cabo la transmisión antes del día 1-4-2017 y con dicho proyecto se pretendía la integración del mantenimiento de la red de Vodafone (fija y móvil) unificando en un único proveedor los servicios de mantenimiento, desarrollados hasta esa fecha de manera independiente generando eficiencias, que el proyecto se materializaría a través del art. 44 E.T , manteniendo el empleo de la Unidad Productiva autónoma que se pretende transferir, así como la apertura de periodo de consultas con participación de la empresa que resulte adjudicataria, para tratar de conseguir las mayores garantías dentro del citado proceso.

SEXTO.- El día 30-1-2017 se reúnen las mismas partes, extendiéndose el acta obrante en el descriptor 67, que damos por reproducido, en el que la RE confirma a la RS que el contrato ha sido adjudicado a la empresa Huawei e informa de los siguientes extremos:

1. Se confirma el ámbito de la cesión expuesto, precisando que quedarían excluidos de la cesión los 6 "Team Leaders de Maintenance (Zonas 1,2,3,4 y 6 y 7) al ser estos responsables de cada zona y no formar parte de la UPA externalizada pues desarrollan funciones de control de actividad y Kpls, actividades "Core" de Vodafone, siendo una actividad necesaria y estratégica para la empresa.
2. Se confirma, igualmente, que la fecha efectiva de la transmisión de la UPA será el 22-3-2017, fecha a partir de la cual Huawei será el nuevo empleador.
3. La RE anuncia que previo contacto con el proveedor -Huawei- se convocará a la RLT para definir todos los aspectos y términos que tengan traslación directa a través del art. 44 E.T . -descriptor 67-.

SÉPTIMO.- El día 2 de febrero de 2017 se constituyó la denominada "Comisión Negociadora en la Transmisión de la actividad de mantenimiento de la red fija art.44 ET Vodafone Ono y Huawei" con representantes de las dos empresas por la parte empresarial, y de los sindicatos STC, UGT y CCOO, celebrando la primera de sus reuniones reunión de la que se extendió el acta que obra en el descriptor 68 y cuyo contenido se da íntegramente por sí bien (sic), debe referirse que en la misma la RE destacó que no habrá modificación de las condiciones de trabajo, si bien, hay determinados beneficios empresariales que por su propia naturaleza de empresa, no pueden ofrecerse en la empresa cesionaria, y por ello, se ha iniciado la negociación para acomodar o compensar en su caso dichos beneficios; igualmente se indicó que serían subrogados 228 empleados, quedando excluidos únicamente, los 6 Team Leader Network Operations and Maintenance, Responsables de cada zona (Zonas 1,2,3,4 y 6, y 7, al no formar parte de la Unidad Productiva Autónoma que se externaliza, ya que desarrollan funciones de control de actividad y KPIs. así como la gestión de contratos, que son actividades "core" de Vodafone, siendo por tanto, una actividad necesaria y estratégica para la Empresa, y una persona del equipo de Logistics & Spares cuya actividad principal es la gestión de las contratos de repuestos de móvil (Huawei, ALU, Encsson y Nokia) para Vodafone España y esto no está dentro de la UPA, precisándose que adicionalmente el contrato global de logística de repuestos de móvil que gestiona Ericsson va a seguir existiendo y siendo gestionado desde VF por esta persona y las funciones que esta misma persona desarrollaba para el departamento de logística que si están dentro del ámbito de La UPA, dejará de hacerlas con carácter inmediato, y que la efectividad de la transmisión de tos empleados integrados en la mencionada



unidad productiva autónoma será con fecha 22 de marzo de 2017, siendo por tanto el día inmediatamente anterior el último en el que prestarán servicios (sic) para la sociedad Vodafone Ono. SAU.

OCTAVO.- La Comisión negociadora a que se ha hecho referencia en el anterior apartado se reunió los días 8, 9, 13 y 14 de febrero de 2017 -descriptores 69 a 72, cuyo contenido damos por reproducido, alcanzándose en la última de las mismas el siguiente acuerdo suscrito por las empresas y por la mayoría de la representación social que conformaban los representantes de UGT y STC:

"PRIMERO.- Las condiciones laborales que tendrán traslación directa conforme a lo establecido en el art. 44 ET, serán las siguientes;

- Antigüedad y salario (Incluido el Acuerdo de Armonización Variable, suscrito en fecha 15 de julio de 2016). Se aplicaría, con fecha 22 de marzo el incremento de la cuantía fija y la indemnización a quien pudiera corresponderle será abonada en la nómina del mes de marzo por Vodafone Ono.
- El Convenio Colectivo aplicable tras la subrogación será el I Convenio Colectivo Grupo Vodafone.
- Seguro de vida y accidentes. Se mantiene con la misma compañía aseguradora y con las mismas coberturas.
- Seguro médico. Se mantiene con la misma compañía aseguradora y con las mismas coberturas.
- Vacaciones. El periodo de disfrute de las vacaciones devengadas y no disfrutadas del año 2016, podrán ser disfrutadas excepcionalmente hasta el 31 de julio de 2017.

La sucesión empresarial no implicará cambio de domicilio actual de los empleados. En todas las provincias donde no haya centro de trabajo físico se garantiza que los empleados continuarán prestando sus servicios tal y como lo venían desempeñando, sin que la sucesión de empresa implique cambio en el domicilio. Cualquier cambio de lugar de trabajo que implique cambio de domicilio se regirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del ET de igual forma que el resto de los empleados que tienen un centro de trabajo físico asignado.

- Respecto del variable del FY 16/17, Y en caso de que correspondiese su pago, éste se hará por el total devengado desde el 1 de abril de 2016 al 31 de marzo de 2017, y será asumido por Vodafone Ono, y abonado en la nómina de junio de 2017. -Resto de condiciones conforme al Anexo 1.

En el anexo I se señala que tras la subrogación no se tendrá derecho al Fondo Social.

SEGUNDO.- Con relación a los aspectos y términos que no tienen una traslación directa, resultarán de aplicación las medidas que se detallan a continuación:

- Descuento exclusivo empleados (Relat y/o tú eres Ono): aquellos trabajadores que vinieran disfrutando del citado beneficio, percibirán un complemento salarial bruto mensual en cuantía equivalente al importe promedio mensual de descuento aplicado en el año 2016. En caso de no haber dispuesto del servicio durante todo el año 2016, se considerará la media mensual de los meses contratados.

Aquellos trabajadores que no dispongan de un servicio contratado, pero acrediten fehacientemente haber solicitado su contratación con anterioridad al 13 de febrero y no dispongan del servicio por imposibilidad de prestación del mismo, percibirán un complemento salarial bruto mensual en cuantía equivalente al promedio abonado en dicho concepto al colectivo de trabajadores objeto de la subrogación.

- Plan de Pensiones. Los trabajadores objeto de la subrogación podrán realizar aportaciones a un plan de pensiones individual que deberán contratar ellos mismos y una vez que acrediten ante Huawei el importe anual aportado, la compañía abonará en sus nóminas, el importe neto equivalente al doble de la aportación realizada de forma anual, hasta un máximo del 4% del salario fijo bruto anual del trabajador.

Tráfico telefónico. A aquellos trabajadores que vinieran disfrutando del citado beneficio, les será abonada una cuantía indemnizatoria y extraordinaria a tanto alzado no consolidable en salario, equivalente al importe de un año de recargas. Adicionalmente, a aquellos trabajadores que dispongan de un saldo acumulado, les será abonada una cuantía indemnizatoria y extraordinaria a tanto alzado, no consolidable en salario del 50 % del saldo acumulado hasta la fecha de la transmisión.

Con el abono de dichas cantidades se da por extinguido este beneficio.

Variable. Tras la sucesión empresarial, Huawei aplicará el siguiente sistema de retribución variable. Basado al 100% en el desempeño personal y según la siguiente escala:

A (Cumplimiento excepcional- 10% del salario bruto fijo anual

B+ (Cumplimiento mejor de lo esperado) = 8% del salario bruto fijo anual

B (Cumplimiento adecuado) = 6,5% del salario bruto fijo anual



C (Cumplimiento deficiente) =0% del salario bruto fijo anual

- Revisión salarial. Se establece un 1% de revisión anual fija, para toda la vigencia del Convenio Colectivo, y la misma será aplicable desde el mes de julio de cada año.

TERCERO.- Las mejoras adicionales sobre lo establecido en el art. 44 ET acordadas, son las siguientes:

1.- La empresa cesionaria garantizará a los trabajadores afectados por la subrogación, la no realización, al menos hasta el 22 de marzo de 2019, ninguna de las acciones que a continuación se señalan;

a) Extinción de contratos de trabajo, salvo por motivos disciplinarios declarados procedentes.

b) Movilidades geográficas.

e) No subcontratación de la actividad a empresas ajenas a Huawei.

d) No realización de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, conforme a lo establecido en el art. 41 E.T .

2. Huawei garantiza que, a los trabajadores afectados por la subrogación, les será de aplicación el I Convenio Colectivo Grupo Vodafone durante los 24 meses siguientes a la transmisión efectiva de la actividad, aunque entrara en vigor durante este periodo, algún convenio que resultase de aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores .

3.- El salario variable (STIP) correspondiente al FY 16/17 será abonado por Vodafone Ono, según la política aplicable y considerando el 100% en la parte de cumplimiento personal ("pay for performance").

4.- Durante la vigencia del contrato suscrito con Huawei, los trabajadores que han sido transferidos en la unidad productiva autónoma, y siempre que continúen prestando servicios en la citada empresa y en la misma unidad productiva autónoma objeto de la transmisión, tendrán un derecho preferente de retorno a Vodafone a Ono, sólo en el caso que, durante dicho periodo de tiempo se procediese a la internalización de la mencionada unidad, por parte de Vodafone Ono.

5.- Huawei reconoce "ad personam" a todos los efectos y durante toda su vigencia, el Acuerdo de Ordenación Representantes de los Trabajadores y Delegados Sindicales Vodafone Ono SAU y Tendaria SAU, suscrito en fecha 15 de julio de 2016. (Anexo 11)".

NOVENO.- Mediante cartas fechadas el día 20-2-2017 por parte de Vodafone Ono se comunicó a los trabajadores afectados, la subrogación y las condiciones económicas que regirían a partir de la misma con arreglo al acuerdo del que se da cuenta en el apartado anterior -descriptor 78-.

DÉCIMO.- Damos por reproducidos los contratos y anexos obrantes en los descriptores 53 y ss. a través de los cuales Vodafone Ono contrata con la empresa Huawei el mantenimiento del servicio de la línea de telefonía fija, y pone a su disposición determinados elementos para llevar a cabo tal actividad. Dicha operación se denominó "Proyecto Fénix".

UNDÉCIMO.- La Sala asume los datos, valoraciones y conclusiones que obran en el informe pericial aportado por Vodafone Ono obrante en el descriptor 86, si bien, a los efectos de las cuestiones objeto de debate en el presente proceso reproducidos las siguientes conclusiones que obran en el mismo:

1.- Con relación a los antecedentes de la transmisión se concluye:

El sector de los operadores de telecomunicaciones no ha sido ajeno a la crisis económica atravesada en España, disminuyendo los ingresos, los márgenes, y consecuentemente los resultados de los operadores en el mercado (los tres operadores en su conjunto redujeron un 97% entre 2008 y 2015 su resultado).

Este fuerte deterioro de los resultados ocurre en paralelo a la necesidad de inversión por parte de los operadores para: la implantación y mejora de sus redes de telecomunicaciones, el lanzamiento de nuevos productos y servicios, el incremento de la calidad de los mismos y la mejora de la atención al cliente para poder fidelizarlo.

Ante esta situación, las compañías de telecomunicaciones se han visto obligadas a:

- Realizar inversiones en I+D, redes de telecomunicaciones, etc., como se ha descrito anteriormente, que permitan cumplir con las expectativas de los clientes y mejorar la calidad del servicio ofrecido, así como la atención al cliente. Estos elementos son clave a la hora de conseguir una ventaja sostenible frente al resto de los competidores.

Llevar a cabo fusiones y adquisiciones, para crecer y ganar clientes (y consecuentemente ingresos), además de fortalecer sus infraestructuras y portafolio de productos.

- Ser más eficientes y eficaces y, por tanto, más competitivos, mediante medidas como la reducción de costes o la externalización de tareas no principales (no core).

La externalización de tareas no principales (no core) en un mismo proveedor permite mejorar la eficiencia y la calidad/eficacia de los servicios externalizados (dado que son externalizados a compañías especializadas en ese tipo de servicios), favoreciendo, entre otros factores:

- La reducción del número de las incidencias que puedan producirse en las redes, reforzando su mantenimiento y buscando siempre sistema de mejora y potenciación de las mismas.

- Una respuesta rápida a las incidencias producidas, con funciones avanzadas y potentes, que reduzcan el tiempo en el que el cliente se ve afectado, mejorando la percepción del servicio prestado, aportando valor a la compañía y fidelizando al cliente.

- El contar con personal especializado que se esfuerce por ofrecer un servicio de calidad que satisfaga las necesidades del cliente en todo momento.

...., un buen porcentaje de las principales empresas del sector de telecomunicaciones tienen externalizados los servicios de mantenimiento de sus redes, con el fin de centrar su actividad en el negocio principal, reducir el número de tareas secundarias y aumentar su eficiencia.

Vodafone hasta 2013 contaba básicamente con las áreas de negocio de red móvil (donde se concentraba la mayor parte de su actividad), una pequeña red fija de ADSL (que había incorporado con la compra de Tele 2 hacía unos años) y sus centros críticos (centros de energía, climatización, equipos electrónicos, sistemas alternativos asociados a sus inmuebles, y que son básicos y/o críticos para el funcionamiento de la compañía). El sistema de red fija que utilizaba (ADSL) no era propiedad suya, ni de Tele 2, sino de terceros, y por lo tanto, su uso llevaba asociado un coste de alquiler para Vodafone.

Para el buen funcionamiento del negocio y una correcta prestación del servicio se realizaban las tareas de mantenimiento, logística y repuestos.

Vodafone históricamente y antes de la integración de Ono tenía externalizados los servicios de mantenimiento de los centros críticos, así como los servicios de logística y repuestos, por considerar que era la forma de obtener el servicio más eficiente y especializado. Y así se operaba en todas las empresas del Grupo.

En España, únicamente se realizaba de manera interna el mantenimiento de la pequeña red fija (ADSL) y de la red móvil (donde se concentraba la mayor parte de su actividad).

Al igual que hicieron otros operadores para adaptarse a los cambios producidos en el mercado, en 2013, Vodafone decidió externalizar los servicios de mantenimiento de la red móvil y de la red fija asociada al ADSL a la empresa Huawei (ver Figura 17), con el objetivo de mejorar la atención al cliente, así como reducir las incidencias y el coste interno del servicio.

De acuerdo con el análisis realizado, el proyecto fue un éxito, al reducirse tanto las incidencias como el tiempo de resolución de las mismas, permitiendo una percepción por parte del cliente de mejora de la calidad del servicio y de la atención al cliente. Esto se tradujo en una mejora del funcionamiento de las redes (fija y móvil) y en la obtención de una mayor cuota de mercado:

Se mejoró en un 25% la disponibilidad de la red móvil.

- Las incidencias de la red se redujeron un 30% y el tiempo de su resolución un 13%.

- Se consiguió reducir el coste un 22,5% (comparando el coste pagado al proveedor con el coste incurrido cuando se realizaba el trabajo de manera interna).

- La mejora del funcionamiento de la red y de la atención al cliente fue percibida en el mercado, consiguiendo incrementar la cuota de mercado.

Además, la configuración de la UPA transmitida (incluyendo la determinación de los trabajadores que fueron transmitidos a Huawei) se realizó de forma análoga a la llevada a cabo en el Pr. Fénix sin que de la información proporcionada se desprenda que se produjeran conflictos o problemas relevantes como consecuencia de dicha externalización.

Vodafone, debido a la falta de la rama de negocio de fibra, no podía ofrecer los productos convergentes que los clientes demandaban, por lo que necesitaba realizar una inversión muy significativa en el desarrollo de una red fija para poder proporcionarlos.

La integración de Ono en Vodafone por un lado, (i) le proveía de una infraestructura fija, lo que le permitía completar su portafolio de productos y servicios, y (ii) por otro lado, le permitía posicionarse como el número



dos del móvil y del mercado de banda ancha, en ambos casos por detrás de Telefónica, al incrementar sus cuotas del 7,5 al 21% en la banda ancha y del 23 al 26% en la red móvil.

A pesar de todas las ventajas, la integración a nivel operativo fue muy compleja debido a que ambas compañías tenían formas de operar y políticas de empresa muy diferentes. Esto provocó que en Vodafone no solo se duplicasen tareas, sino que una misma tarea se hiciese de forma diferente y que se pasara, por ejemplo, de tener todas las tareas de mantenimiento, logística y reparación de redes externalizadas en un único proveedor (facilitando su control y eficiencia), como ocurría en Vodafone, a gestionarse parte internamente, parte externamente y, además, con varios proveedores.

En este contexto, y tras los buenos resultados obtenidos por el Pr. Halley, Vodafone decidió externalizar las tareas de mantenimiento, logística y repuestos que todavía se llevaban a cabo internamente, así como concentrar en un único proveedor externo todas las tareas externalizadas. A este proyecto se le denominó Proyecto Fénix.

El Pr. Fénix consistía en la externalización de las tareas de mantenimiento, logística y repuestos que todavía se llevaban a cabo internamente y en la consolidación en un único proveedor externo de todas las tareas externalizadas, durante un mínimo de 5 años, ampliable 2 años más. Concretamente:

- La externalización de los servicios de mantenimiento (que no estuviesen externalizados por parte de Ono), así como la externalización de la gestión de los repuestos de la red fija procedente de Ono (fibra).

Es importante destacar que con el Pr. Fénix, se quería externalizar a un mismo proveedor las tareas de gestión de los repuestos (intentar arreglar la pieza, sustituirla, etc.), pero la propiedad de los repuestos de Ono seguiría siendo de la Compañía dado que se trataba de elementos propios de la red en sí, no del servicio de gestión externalizado. Igual que Vodafone mantenía la propiedad de la propia red fija que sería objeto de mantenimiento, también mantuvo la propiedad de aquellos elementos que por su propia naturaleza y valor estaban intrínsecamente vinculados a la red y que, por ello, no podían ser transmitidos a un tercero.

Es importante indicar que, en su mayoría, la ubicación de estos recambios se encontraría en las instalaciones de Huawei, excepto determinados repuestos considerados críticos para la red y para el servicio, que permanecerían en las instalaciones de Vodafone, por considerarse que debían estar ubicados lo más cerca posible de las piezas originales, para poder ser sustituidas de manera inmediata en caso de producirse un fallo. Por ejemplo, un corte de fibra debe ser reparado de inmediato, ya que se puede dejar a toda España sin servicio, siendo conveniente tener el repuesto lo más cerca posible del equipo crítico original que puede fallar.

- Consolidación en un único proveedor de todas las tareas externalizadas:

* Tanto la propia externalización de las tareas de mantenimiento, así como la gestión de los repuestos de la red fija comentada anteriormente.

* Como el mantenimiento de la red móvil y fija de ADSL, originarias de Vodafone, que ya se encontraba externalizado.

* Como todos los servicios de logística, que también estaban ya externalizados, tanto para las redes provenientes de Vodafone como de Ono, pero en diferentes proveedores.

El objetivo principal del Proyecto Fénix era mejorar la eficacia y eficiencia de los servicios de mantenimiento, logística y repuestos de las redes de telecomunicaciones de la compañía, al concentrarlas en un proveedor especialista en dichas tareas, mejorando así la calidad del servicio ofrecido al cliente y la atención al mismo. Concretamente, al externalizarse todas las tareas de mantenimiento, logística y repuestos y concentrarlas en un único proveedor especialista en dichas tareas, se esperaban conseguir, entre otras, las siguientes mejoras:

- Simplificación notable del modelo operativo y del mapa de proveedores, lo que simplificaba las tareas internas de Vodafone (por ejemplo, al externalizar tareas y haber menos proveedores, se facilita la gestión de los mismos) y permitía enfocar a su organización en el negocio.

- Mejora continua del funcionamiento y de la eficacia de las tareas de mantenimiento, logística y repuestos, reduciéndose el número de incidencias y el tiempo de resolución de las mismas, a través del establecimiento de niveles de servicio (SLAs) y de KPIs para su medición.

- Ayuda a la convergencia de la red fija y móvil, a través de las sinergias obtenidas al realizar un mismo operador las tareas para la red fija y la red móvil.

- Reducción del coste de mantenimiento, logística y repuestos de Vodafone, permitiendo dedicar dichos ahorros a la inversión en el desarrollo de la red y de nuevos productos y servicios, adaptados a las necesidades



de los clientes, así como a la mejora tecnológica necesaria para poder seguir operando en el mercado y ser competitivo, etc.

- Mejora continua de la experiencia del cliente, al reducirse el número de las incidencias y el tiempo de resolución de las mismas, esencial para atraer y fidelizar clientes.
- Por todo lo anterior, mejora continua de la competitividad de la compañía, reforzando su posicionamiento y liderazgo en el mercado.
- Mejora de la proyección profesional de los empleados, al incorporarse a una empresa líder en el mercado y especializada en la actividad que realizan. Esto permitirá incrementar su formación, su especialización y su carrera profesional.

2.- En lo que se refiere a la situación en VF anterior a la transmisión las conclusiones son las siguientes:

"Los servicios de mantenimiento, logística y repuestos, conjuntamente con otras tareas realizadas por el personal de Vodafone (como presupuestos, mejora, planificación, mantenimiento preventivo, así como análisis y control de contratos, etc.) se englobaban en la división de Field Service Operation de Vodafone. Concretamente, en lo relativo a la red fija, los servicios de mantenimiento se concentraban en el departamento de Fixed Regional (FLM) y los de logística y repuestos en el departamento de Logistics & Spares.

El Proyecto Fénix llevó a cabo la externalización de todas las tareas relativas al mantenimiento, logística y repuestos que todavía no estaban externalizadas y procedió a concentrar las tareas externalizadas en un único proveedor, Huawei30, que sigue manteniendo los contratos con los proveedores en los que Vodafone tenía externalizados previamente los servicios, mediante la subrogación en los mismos.

No obstante lo anterior, cabe destacar que:

- Dentro de la organización de la división de Field Service Operations había tareas que no podían ser externalizadas. Concretamente, las tareas de definición de políticas, control presupuestario, y análisis control y seguimiento de las tareas de mantenimiento / reparación y de gestión de logística y repuestos, tanto de la red fija como de la móvil. Estas tareas eran y son necesarias dentro de Vodafone, por lo que ni las tareas ni los empleados que las llevaban a cabo eran susceptibles de ser externalizados.

Estas capas de definición de políticas de los servicios externalizados y relación con subcontratas, así como de análisis, control y supervisión de los servicios externalizados, son necesarias y habituales en todas las empresas que externalizan servicios a terceros.

- La actividad principal de la UPA traspasada era la prestación de un servicio de resolución de incidencias y, por lo tanto, el mayor valor aportado está en los medios humanos que prestan dicho servicio y, no en los medios materiales o inmateriales en sí que se traspasan (que generalmente son herramientas externas o con poco valor, como martillos, destornilladores, etc.).

- Ya existían tareas o gestiones externalizadas, las cuales no llevan ni medios materiales ni recursos humanos asociados, sino el mero traspaso contractual.

La prestación de los servicios de mantenimiento, logística y repuesto de la UPA se realizaba mediante el uso de los siguientes elementos materiales e inmateriales:

- a. Empleados que ejecutaban las tareas de mantenimiento/ reparación, logística y repuestos, de la red fija, incluyendo el personal encargado de recibir y distribuir las incidencias entre el personal de campo.
- b. Aplicativos informáticos.
- c. Herramientas comunes usadas por el personal de Vodafone que realiza las tareas traspasadas.
- d. Herramientas particulares usadas por cada empleado: equipos de protección (guantes, cascos, botas, materia de seguridad y salud, etc.), ordenadores, teléfonos, ropa, tarjetas de acceso, usuarios, correo electrónico, etc.

En cuanto a los medios humanos traspasados, de los 256 empleados que formaban el departamento dirigido por D. Primitivo :

- 226 fueron traspasados a Huawei el 22 de marzo de 2017.

- Y 30 empleados permanecieron en Vodafone:

- 28 personas realizando tareas de definición de políticas, control presupuestario, y análisis control y seguimiento de las tareas de mantenimiento / reparación de las redes fija y móvil y de gestión de logística y

repuestos. Estas tareas eran y son necesarias dentro de Vodafone, por lo que los empleados que las llevaban a cabo no eran susceptibles de ser externalizados:

- El director de la división de Field Service Operations. Esta posición era y es necesaria para dirigir las funciones que permanecen en la división.

- Los 7 empleados de FLM Planning, dado que se dedican a tareas de control presupuestario, definición de las periodicidades del mantenimiento preventivo a cumplir por los proveedores, el análisis y control de Eulen, la definición, planificación y control del cumplimiento de las políticas de seguridad y salud, tanto interna como de todas las contratadas con las que opera Vodafone, etc.

- Los 13 empleados de FLM Management (7 enfocados a los centros críticos y 6 enfocados a la red móvil). Estas personas son las mismas que permanecieron en Vodafone tras la implementación del Pr. Halley, ya que eran las personas que llevaban a cabo las tareas de:

- Seguimiento del mantenimiento correctivo y de las reparaciones llevadas a cabo por los proveedores externos.

- Seguimiento del mantenimiento preventivo llevado a cabo por los proveedores externos, cuya periodicidad fija previamente FLM Planning.

- Definición de los planes de mejora de la red y de proactividad. Esto implica no sólo a los proveedores externos, sino también a áreas de Vodafone, como la de despliegue de red. Esta coordinación forma parte de esta área.

- La directora de Fixed Regional FLM y los 6 jefes de mantenimiento (team leaders) de las 7 áreas geográficas descritas con anterioridad, dado que se dedican al control de la actividad y KPIs del mantenimiento llevado a cabo por los proveedores externos. Estas funciones en cualquier caso son necesarias dentro de Vodafone.

- Y 2 personas que iban a ser traspasadas a Huawei, pero que aplicaron a una vacante interna antes de la transmisión y pasaron el proceso de selección, incorporándose a sus nuevos puestos en lugar de ser traspasados.

. En cuanto a los medios materiales e inmateriales, Vodafone transfirió todos los medios materiales e inmateriales utilizados por los empleados de la UPA en la realización de sus tareas del día a día:

- Las aplicaciones informáticas propiedad de terceros (krono y T4W), así como el uso de las aplicaciones informáticas propiedad de Vodafone, mediante la generación de los usuarios con los perfiles nuevos necesarios para la operativa desde Huawei.

- Las herramientas comunes e individuales utilizadas por el personal de Vodafone que realiza las tareas traspasadas (stock de repuestos, ordenadores, tarjetas de acceso, teléfonos, vehículos, etc.) .

Este traspaso se recogió en los albaranes de entrega, en las Actas y en el contrato firmado por ambas partes.

Dado que el número de elementos transferidos es muy elevado (solamente en instrumentación se traspasaron casi 3.000 referencias), se ha procedido a realizar muestreos aleatorios para validarlas entregas del material recogido tanto en los albaranes como en las actas de entrega, sin que se hayan detectado incidencias al respecto.

. Por lo tanto, se externalizan todos los medios materiales, inmateriales y humanos, necesarios para la continuidad de la actividad externalizada. Vodafone se queda únicamente lo necesario para realizar el control de la actividad transferida y cede el uso o toma las medidas para que se puedan utilizar aquellos elementos que no se pueden transferir, para seguir funcionando con normalidad.

Todo ello se registra en las Actas de entrega correspondientes y en el contrato, ambas cosas firmadas por las partes implicadas (Vodafone y Huawei).

- En lo referente a la situación posterior al 22 de marzo de 2017, se concluye:

- "...Vodafone transfirió la UPA junto con todos los medios humanos, materiales e inmateriales necesarios para la realización de su actividad, personalizando algunos incluso tras su recepción (como los vehículos o la ropa). Y así se recogió tanto en las actas de entrega, como en el contrato firmado por Huawei.

Huawei además, antes de la compra de la UPA realizó un proceso de Due Diligence detallado para analizar la situación de Vodafone e identificar todos los elementos que debían ser transferidos para la continuidad de la actividad.

Pero la prueba más evidente del correcto traspaso de la UPA junto con todos los medios humanos, materiales e inmateriales necesarios para la realización de su actividad, se encuentra en el hecho de que Huawei continuó el 22 de marzo de 2017 (fecha de la transmisión) realizando con normalidad la actividad que venía desarrollando anteriormente la UPA en Vodafone.



En esta sección se ha analizado la evolución de la actividad de la UPA, mediante:

- a) La revisión de los correos electrónicos enviados entre las partes el día del traspaso, con el fin de analizar si el traspaso se realizó con normalidad.
- b) La revisión de las facturas emitidas por Huawei a Vodafone por los servicios prestados y el pago de las mismas, con la finalidad de detectar si se aplicó algún tipo de penalización por el incumplimiento de las condiciones pactadas.
- c) El entendimiento del seguimiento de la actividad de la red fija que se había venido realizando antes y después del traspaso de la UPA, así como la comparación del funcionamiento de la actividad, antes y después del traspaso, con el fin de detectar si se produjo algún tipo de irregularidad o incidencia.

Además de la información facilitada a los empleados tanto por Vodafone como por Huawei días antes de la realización del traspaso el 22 de marzo de 2017, para que se pudiese realizar el traspaso con normalidad el día 22 de marzo, el propio día, se realizaron constantemente comunicaciones entre Vodafone y Huawei para confirmar el grado de avance del traspaso, el funcionamiento del servicio y si existía alguna incidencia.

Concretamente, se realizaron revisiones a las 7,30h, a las 8:00h, a las 9:00h, a las 12:00h, a las 16:00h, a las 19:00h, a las 20:00h y a las 20:30h..., enviando por correo electrónico los resultados de dichas revisiones (checklists) a todas las partes indicadas, sin que se produjese ninguna incidencia.

Huawei ha emitido facturas mensuales a Vodafone por los servicios prestados desde el momento del traspaso (ver documentación en Anexos). En ninguna de las facturas consta aplicado ningún tipo de descuento o penalización por el incumplimiento de algún punto del contrato. Todas las facturas han sido además abonadas por Vodafone.

Ambos hechos muestran la buena continuidad de la actividad y el traspaso de todos los medios humanos, materiales e inmateriales, pues de lo contrario se habrían aplicado penalizaciones en las facturas o éstas no habrían sido abonadas.

Antes del traspaso de la UPA, Vodafone ya realizaba un seguimiento y control de la actividad de manera semanal. Una vez transferida la UPA, se estableció un modelo para el control y seguimiento de la actividad traspasada a Huawei, mediante:

- Reuniones diarias con los jefes de equipo y el Región Manager de Vodafone, para revisar los KPIs más operativos, de las que se levantan las actas correspondientes
- Reuniones semanales de los jefes de equipo con la Sra. Susana (Directora de operaciones de Vodafone), para revisar a nivel regional la evolución de la actividad y el cuadro de mando que prepara Huawei. Una vez a la semana se reúnen también con Huawei para hablar de la evolución, levantando las actas correspondientes (ver documentos en Anexos).
- Reuniones mensuales a las que asiste el director de la división y la Sra. Susana , para revisar la evolución a nivel nacional y mirar los KPIs tanto de fijo como de móvil. También se reúnen con Huawei, para hablar sobre la evolución de los KPIs y los planes de mejora que propone sobre los datos obtenidos).

Si se analiza la evolución que han tenido los principales KPIs que Vodafone controlaba de la actividad de la UPA traspasada antes y después del traspaso, se puede apreciar que todos los indicadores o han tenido el mismo comportamiento que antes de la externalización o han mejorado tras la externalización. Concretamente:

- La disponibilidad de red ha estado por encima del mínimo exigido, del valor esperado y de la excelencia. Y ha mejorado conforme pasan las semanas, siendo mejor que la del año anterior.
- La actividad correctiva (tanto antes de las 6h como antes de las 2h) tras el traspaso de la UPA, se mantiene en línea con la actividad realizada antes del traspaso.
- Aunque el backlog es un valor difícil de mejorar, ya que siempre va a existir una actividad en curso mínimo, dado que es muy difícil que no se produzca ninguna incidencia, la tendencia general después de la transmisión de la UPA ha sido de mejora.
- La actividad preventiva antes de la externalización estaba en el 95% de cumplimiento. Tras la externalización, la actividad preventiva también ha mejorado, situándose por encima del 95% de cumplimiento."

DUODÉCIMO.- Damos por reproducidos los correos electrónicos obrantes en el descriptor 28 y los documentos 3 a 6 aportados por CCOO en el acto de la vista.

DECIMOTERCERO.- A los trabajadores transferidos la empresa Huawei, a efectos de retención de IRPF, les computa los seguros médico y de vida como salario en especie - conforme-.



DECIMOCUARTO.- Entre los trabajadores transferidos se encuentran 3 Delegados sindicales estatales de CCOO y un miembro del Comité de Empresa que ostenta el cargo de Secretario de la Sección sindical, así como un Delegado sindical de STC, a todos ellos Huawei les reconoce la condición de representantes unitarios y sindicales en su caso. - conforme-

DECIMOQUINTO.- El día 23-5-2017 se celebró intento de mediación ante el SIMA resultando intentado sin acuerdo -conforme-".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO).

El recurso fue impugnado por la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), Vodafone Ono S.A.U., el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (S.T.C.), Huawei Technologies España S.L. (Huawei) y el Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El sindicato promotor del presente conflicto colectivo se alza en casación ordinaria contra la sentencia de instancia que desestima su demanda, reproduciendo íntegramente las pretensiones de aquélla.

El conflicto colectivo afecta a los trabajadores que, perteneciendo inicialmente a la plantilla de la demandada Vodafone Ono, SAU fueron transferidos a la codemandada Huawei Technologies España, SL en virtud del acuerdo de 14 de febrero de 2017.

2. La parte recurrente pretende la revisión del relato de hechos probados de la sentencia recurrida con apoyo en el art. 207 d) LRJS . En concreto, se solicita la adición de cinco nuevos hechos probados cuya ubicación concreta en la redacción de la sentencia de instancia no precisa, cuyo tenor literal sería el siguiente:

1º/ "Los trabajadores transferidos de Vodafone ONO a la mercantil Huawei siguieron recibiendo órdenes e instrucciones de la empresa cedente, tras producirse el traspaso".

2º/ "Que el área transferida integrada en la División Field Service Operations, siguió dependiendo de Vodafone ONO, tras producirse la cesión".

3º/ "La cedente Vodafone ONO ha facilitado el uso por parte de la cesionaria Huawei de parte de las aplicaciones informáticas para el desarrollo del servicio, habilitando como usuaria a la cesionaria de aquellas aplicaciones que siguen siendo titularidad de la principal".

4º/ "Que, como consecuencia del traspaso, no se garantizó a los trabajadores transferidos su convenio de procedencia, no respetándose las siguientes condiciones laborales y de seguridad social que venían disfrutando en la empresa cedente: Tráfico telefónico, Fondo social, retribución variable, revisión salarial y descuento exclusivo empleados (RELAT y/o TU ERES ONO)".

5º/ "El servicio de mantenimiento de red fija lo componían los departamentos dependientes de la Division Field Service Operations, denominados Logistics & Spares y Fixed Regional FLM, el cual estaba subdividido en diferentes zonas regionales".

3. Pues bien, las adiciones fácticas pretendidas no cumplen con los requisitos que reiteradamente hemos venido exigiendo para el acceso a la revisión de los hechos probados.

Así, en apoyo de la afirmación contenida en el primer punto, se señala la existencia de correos electrónicos que contendrían, a entender de la parte recurrente, dichas órdenes e instrucciones. Ahora bien, los indicados correos electrónicos son expresamente valorados por la sentencia recurrida (Fundamento de derecho cuarto *in fine*) de forma distinta a como pretende la parte ahora recurrente, al señalar que no implican sino la normalidad de "una relación contractual entre cedente y cesionario". No estamos, por tanto, ante un hecho que se haya omitido u obviado, sino ante la distinta valoración jurídica del mismo hecho que, por tanto, no justifica la incorporación como probado en los términos en que el recurso pretende.

Lo mismo cabe decir de los motivos segundo y tercero, puesto que con ellos el sindicato persigue incluir, como hecho probado, unas conclusiones netamente jurídicas. Tal sucede con el concepto de "dependencia", que no constituye un elemento neta y claramente fáctico, sino que implica un juicio de valor sobre la relación y las



circunstancias subsistentes tras la cesión. Por su parte, en nada altera el debate litigioso sobre la concurrencia o no de sucesión empresarial el que existiera un uso de aplicaciones de la cedente por parte de la cesionaria si, como se suscita en este caso, entre las mismas se mantiene una relación de subcontratación, como señala el razonamiento de la sentencia recurrida.

Tampoco el motivo cuarto implica la aportación de verdaderas circunstancias de hecho, sino, de nuevo, la valoración que la parte recurrente hace de la situación. Las condiciones de los trabajadores afectados por la subrogación se plasman en los acuerdos que se incluyen en los hechos probados y, en todo caso, el incumplimiento de éstos o de las obligaciones legales que la sucesión comporta exigen el análisis de derecho de la realidad sobre la que se asienta la *litis*, sin que la adición propuesta ofrezca precisión circunstanciada alguna.

Finalmente, lo que propone en el motivo quinto carece de toda relevancia para la solución del recurso, pues el hecho probado séptimo de la sentencia permite ya conocer la estructura interna de Vodafone ONO a los efectos que aquí interesan.

4. En definitiva, desestimamos los cinco primeros motivos del recurso.

SEGUNDO.- 1. Los siguientes motivos del recurso se desarrollan por el adecuado cauce procesal del apartado e) del art. 207 LRJS .

Antes de dar respuesta a cada uno de ellos, esta Sala quiere precisar que el análisis del recurso nos lleva a apreciar que en el mismo se entremezclan dos pretensiones que no están claramente vinculadas. De un lado, es evidente a través del motivo sexto, que lo que se ataca en la demanda -y con la primera pretensión ahora reiterada del recurso- es el acuerdo de 14 de febrero de 2017, cuya nulidad se postula. Para el sindicato demandante es el acuerdo el que contraviene los mandatos del art. 44 del Estatuto de los trabajadores (ET) y de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Ahora bien, deduce, al parecer, que la eventual nulidad del acuerdo, comportaría la de la propia transmisión empresarial.

Esto nos sitúa en la necesidad de determinar si se ha producido o no un traspaso de empresa que pueda encuadrarse en lo dispuesto en el marco normativo del citado art. 44 ET y de la Directiva, cuestión esta que la parte recurrente parece poner en entredicho a través de su motivo séptimo.

2. Por consiguiente, entendemos que la respuesta lógica a las cuestiones que plantea el recurso nos obliga a examinar en primer lugar dicho motivo séptimo.

Mediante él se denuncia la infracción del art. 44.1 y 4 ET, en relación con los arts. 2.1 a) y b), 3.1 y 3, y 5 de la Directiva 2001/23 y con los arts. 1205, 1256 y 1258 del Código Civil, con cita de las STJUE de 20 noviembre 2003 y 15 diciembre 2005, así como de las STS/4ª de 10 mayo 2013, 6 octubre 2011 y 14 marzo 2017.

Para la parte recurrente, al concretarse la subrogación en 226 de los 256 del departamento de Field Service Operations, sin incluir a los mandos, se produjo un fraccionamiento y parcelación de lo que constituía la unidad productiva autónoma, lo que, a su entender, provoca que lo transferido no conforme, en ningún caso, un conjunto de medios organizados susceptible de llevar a cabo una explotación o servicio independiente. A ello añade, para negar la existencia de traspaso, el que la cedente sigue dando instrucciones y que la cesionaria utiliza herramientas informáticas de la cedente.

3. Conviene recordar que, según doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión, la Directiva incluye todos los supuestos de cambio de la persona responsable de la explotación de la actividad (entre otras, STJUE de 15 junio 1988, Bork, C-101/87; 2 diciembre 1992, Allen y et alia, C-234/98; y 10 diciembre 1998, Hernández Vidal et alia, C-127/96 y acum.).

Por consiguiente, también la descentralización productiva, a través de la subcontratación, puede determinar la existencia de una sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET y de la Directiva. Precisamente, entender que la subcontratación pudiera implicar la exclusión de tales normas supondría una disminución de las garantías de los trabajadores. De ahí que la existencia de la sucesión no impide afirmar que entre cedente y cesionaria se siga manteniendo el vínculo ordinario de cualquier contrata cuando aquel traspaso de la primera a la segunda se produce como consecuencia de la descentralización. Ello nos obliga a recordar que no puede servir de elemento determinante, para la apreciación de la existencia de sucesión, el que entre la cedente/principal y la cesionaria/prestataria del servicio se den circunstancias como las que se han descrito, consistentes en la necesaria coordinación de la actividad objeto de la contrata desde los responsables de esa área en el seno de Vodafone ONO, o en la imprescindible utilización por parte de Huawei



de herramientas informáticas de la primera, con las que enlazar y conectar el resultado de esa actividad objeto de la descentralización.

4. Ponemos de relieve que no se pone en duda por parte del recurrente que, en efecto, la actividad que constituye el núcleo de la actividad ofreciera contornos de identidad. Por otra parte, consta probado que el traspaso fue acompañado, no sólo de la asunción de la mayor parte de la plantilla, sino también de los elementos materiales que se concretan en los hechos probados.

Precisamente en la STJUE de 20 noviembre 2003, Abler, que el recurso invoca, se recordaba una doctrina, que ha reproducido de manera constante, según la cual, para determinar si estamos ante una situación de mantenimiento de la identidad debe llevarse a cabo una evaluación conjunta de elementos concurrentes, tales como el tipo de empresa o de centro de actividad, el que haya habido transmisión o no de medios materiales y el valor de los mismos, el hecho de que el nuevo empresario se haya hecho cargo o no de la mayoría de los trabajadores, etc... (entre otras, STJUE de 18 marzo 1986, Spijkers, C-24/85 ; 7 marzo 1996, Merks y Neuhuys, C-171/94; 9 septiembre 2015 , Ferreira da Silva e Brito, C-160/14).

De todo ello cabe deducir sin mayores elucubraciones que nos encontramos ante un supuesto de sucesión empresarial, a la que no se opone que la empresa entrante no se subrogara en algunos contratos de trabajo de trabajadores de la saliente que mantuvieron su vínculo contractual con ésta.

5. Siendo ello así, resulta evidente que se ha producido un cambio de empleador para todos los trabajadores sujetos a la unidad productiva traspasada y es respecto de éstos de los que, en su caso, cabrá afirmar el derecho al mantenimiento de condiciones en los términos impuestos por las normas citadas; mas difícilmente puede considerarse inexistente o contraria a derecho la indicada sucesión.

TERCERO.- 1. Volvemos al motivo sexto, al que ahora corresponde dar respuesta. En él se denuncia también la infracción del art. 44.1 y 4 ET , en relación con los arts. 2.1 a) y b) , 3.1 y 3 , y 5 de la Directiva 2001/23 ; así como la doctrina de las STJUE de 15 diciembre 2005, 6 septiembre 2011 y 6 marzo 2014 (ninguna de ellas aborda el análisis de los pactos alcanzados con motivo de la sucesión); y de las STS/4ª de 30 abril 2002 , 5 marzo 2013 , 14 mayo 2014 , 14 julio 2014 y 14 marzo 2017 (sin especificar la conexión de ninguna de ellas con los precisos aspectos del razonamiento del motivo).

Se razona en este motivo que el acuerdo alcanzado el 14 de febrero de 2017 no respeta lo dispuesto en los preceptos legales invocados, no garantizando, por tanto, el mantenimiento de los derechos y condiciones de los trabajadores que pasan de Vodafone ONO a Huawei, lo que, a juicio de la recurrente ha de motivar la declaración de nulidad de la transferencia y del acuerdo.

2. Como hemos indicado, existe una sucesión empresarial que obliga a la empresa entrante a asumir y respetar los derechos y condiciones que los trabajadores tenían en la empresa saliente. Cuestión distinta es la del examen del contenido del mencionado acuerdo, el cual debe hacerse partiendo, precisamente, del respeto a ese mínimo de derecho necesario que prescribe el art. 44 ET . Mas, ya lo adelantamos, coincidimos con el razonamiento de la sentencia de instancia en el sentido de que la eventual nulidad del acuerdo no alteraría la premisa inicial, esto es, la de la existencia de una sucesión empresarial y, por tanto, la de las garantías que para los trabajadores están aparejadas en tal supuesto.

3. Partimos aquí del respeto por parte de la empresa entrante al convenio colectivo que regía las relaciones de trabajo de los afectados en la empresa saliente, tal y como así se plasma en el propio acuerdo, en concordancia con lo establecido en apartado 4 del art. 44 ET .

El recurso centra la impugnación del acuerdo en una serie de aspectos que, a su juicio, implica una modificación de las condiciones de los trabajadores subrogados, contraria a lo dispuesto en el art. 44 ET en cuestión. Se señalan los siguientes puntos del acuerdo como contrarios al obligado respeto a los derechos y condiciones anteriores a la transmisión: la pérdida del fondo social -sobre la que no se especifica ninguna circunstancia-, la afectación en el plan de pensiones con compensación por parte de la empresa entrante -que, como ya advierte la sentencia recurrida, constituye una cuestión nueva planteada por vez primera en el juicio y, por tanto, excluida ya del proceso-, la compensación del descuento exclusivo a empleados con un complemento salarial, la compensación del tráfico telefónico por una indemnización, la modificación de la retribución variable.

No ofrece el recurso ningún análisis preciso de dichos pactos, ni de las implicaciones que de ellos se derivan.

Se trata en todos los casos de condiciones de trabajo que no resultaban del convenio y que, precisamente, se incluyen pormenorizadamente en el acuerdo para alcanzar la adaptación de las mismas a la nueva situación creada con la transmisión. Precisamente por ello, el citado acuerdo se alcanza como fruto de la negociación entre la representación de los trabajadores y las dos empresas, lo que se acomoda ampliamente a la finalidad buscada por el art. 44 ET . Resulta plenamente ajustado al respeto al mantenimiento de los



derechos de los trabajadores el buscar y adecuar fórmulas de equiparación en aquellas condiciones que, por estar estrechamente vinculadas a las características propias de la empresa saliente, resultan de imposible o muy difícil satisfacción en la entrante.

4. En suma, no podemos acoger la pretensión de nulidad del acuerdo, ni siquiera de forma parcial y, mucho menos, derivar de la impugnación del mismo la declaración de nulidad de ineficacia de la sucesión empresarial producida.

CUARTO.- 1. Finalmente, la parte recurrente denuncia en el octavo de los motivos, la infracción de los arts. 44 y 68 b) ET, en relación con los arts. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) y 28.1 de la Constitución, con el principio de analogía y con el criterio de las STS/4ª de 9 octubre 1989 y 27 febrero 2012.

De este modo se argumenta sobre la pretensión subsidiaria de la demanda -y del recurso-, consistente en que se declare la nulidad de la transmisión de delegados estatales del sindicato demandante afectados por la sucesión empresarial.

2. De un lado, la súplica parte de la afirmación de que no se ha producido una sucesión de empresas ajustada a derecho, lo que implicaría que, el haber incluido a los delegados sindicales, sería contrario al derecho fundamental a su libertad sindical. Siendo dicha premisa ya analizada en los Fundamentos anteriores, decaería su base argumental por completo.

De otro lado, se sostiene que dichos delegados sindicales debieron gozar de preferencia para permanecer en la empresa saliente.

3. Como el propio recurrente admite, en los preceptos legales que se invocan no existe reconocimiento alguno a esa preferencia de permanencia en la empresa saliente. El cambio de empresario supone la desaparición del anterior en el espectro de las relaciones laborales de quienes prestan servicios en la unidad empresarial transmitida y, por tanto, al no existir un derecho a permanecer en la empresa saliente, parece imposible pensar que pudiera aceptarse la posibilidad de garantizar esa preferencia.

Precisamente, el art. 44.5 ET prevé expresamente el respeto al mandato de los representantes legales de los trabajadores, lo que, habrá de coordinarse con las equiparaciones que la LOLS hace respecto de los delegados sindicales, evitándose de este modo cualquier merma en el derecho fundamental que se invoca.

Por otra parte, ni el art. 68 b) ET admite la analogía pretendida, ni puede entenderse que sea parangonable la situación del cambio de empresario con los supuestos que en él se contemplan.

Finalmente, debemos poner de relieve que la exclusión de los representantes sindicales supondría separarlos de aquellos trabajadores a los que va dirigida su acción sindical, alejándoles de su función.

QUINTO.- 1. Todo lo dicho nos lleva a la desestimación del recurso, confirmando la sentencia recurrida.

2. Conforme a lo dispuesto en el art. 235 LRJS, no procede la condena en costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 9 de octubre de 2017 (autos 195/2017), con la consiguiente confirmación de la misma. No procede hacer pronunciamiento sobre costas.

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

Así se acuerda y firma.