



Roj: **SAN 3210/2014 - ECLI:ES:AN:2014:3210**

Id Cendoj: **28079240012014100128**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2014**

Nº de Recurso: **108/2014**

Nº de Resolución: **130/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3210/2014,**
STS 4396/2016

SENTENCIA

Madrid, a catorce de julio de dos mil catorce.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento 0000108/2014 seguido por demanda de UNION OBRERA BALEAR (letrado D. Fernando Gomila), COMFIA-CC.OO. (graduado social D^a Pilar Caballero) contra BANCO MARE NOSTRUM (letrada D^a Cristina Samaranch), ENERGUIA WEB SAU (letrada D^a Gracia M^a Mateos), UNION GENERAL DE TRABAJADORES (letrado D. Jose Antonio Mozo), SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA GENERAL-CAJA GRANADA, SINDICAT INDEPENDENT CAIXA PENEDES, SINDICATO INDEPENDIENTE CAJA DE AHORROS DE MURCIA (letrada D^a Sonia García), CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJO (letrada D^a Angeles Morcillo), ASOCIACION DE CUADROS DE CAJA GRANADA (no comparece) sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. *JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ*

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 4 de abril de 2014 se presentó demanda, registrada bajo el nº **108/2014**, por UNION OBRERA BALEAR contra BANCO MARE NOSTRUM S.A., Energía Web SAU, Unión General de Trabajadores (UGT), Sindicato de Empleados de Empleados La General- Caja Granada (SELG), Sindicat Independent Caixa Penedes (SECP), Sindicato Independiente Caja de Ahorros de Murcia (SIC), Asociación de Cuadros de Caja Granada (ACCAG), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO) y Confederación General de Trabajadores (CGT) sobre conflicto colectivo.

El 8 de abril de 2014 se presentó demanda, registrada bajo el nº 111/2014, por Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CC.OO), en materia de Conflicto Colectivo contra la empresa BANCO MARE NOSTRUM, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, SINDICATO DE EMPLEADOS LA GENERAL-CAIA GRANADA (SELG), SINDICAT INDEPENDENT CAIXA PENEDES (SECP), SINDICATO INDEPENDIENTE CAIA DE AHORROS DE MURCIA (SIC), ASOCIACIÓN DE CUADROS DE CAIXZA GRANADA (ACCAG), ENERGUIA WEB SAU, CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJO (CGT) y UNION OBRERA BALEAR (UOB).



Segundo.- Por Auto de 10 de abril de 2014 se acordó la acumulación de las actuaciones registradas bajo el número 108/14 y 111/2014, señalándose los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio para el día 16 de junio de 2014.

Posteriormente se acordó la suspensión y nuevo señalamiento para el día 8 de julio de 2014.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto . - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

El sindicato demandante UOB se ratifica en su demanda y escrito de ampliación significando que por vía del art. 44.9 ET el empresario ha procedido en le marco de una descentralización productiva por transmisión de empresa a modificar las condiciones de trabajo fijadas en convenio, fijar traslados y dejar sin aplicación el convenio de cajas de ahorro que es el de procedencia; tal actuación considera que no es posible procesalmente y que asociada a la transmisión de empresa no encaja en las previsiones de la Directiva 2001/23.

El sindicato CCOO se ratifica en su demanda acumulada en la que plantea que el acuerdo alcanzado no se fundamenta en causa alguna existente al momento de adoptarlo, máxime cuando la documentación del mercado de valores acredita la existencia de beneficios en 2013 y en el hecho de que no se ha proporcionado la documentación requerida lo que ha impedido que la negociación se llevara a cabo adecuadamente considerando que por ello la decisión debe anularse o subsidiariamente declararse improcedente.

El sindicato CGT se adhiere a los anteriores planteamientos.

La demandada BANCO MARE NOSTRUM (BMN) se opone relatando el proceso de integración en este banco de cuatro cajas de ahorro la de Murcia con el 41% del capital, la del Penedés con el 28%, la de Granada con el 18% y Sa Nostra con el 13%; la subrogación en sus empleados arrastrando las condiciones fijadas en el convenio de cajas de ahorro, indicando que dicho banco está sometido al rescate y capitalización con los fondos previstos por la Unión Europea a través del FROB. Que en éste contexto BMN e vio obligada a proceder al cierre de parte de su red de oficinas y servicios centrales adoptándose un despido colectivo que afectó a más de 1.000 trabajadores y que entre las medidas de acompañamiento para limitar el número de despidos se previó la externalización de 150 personas que es lo que se lleva a cabo en el proceso que ahora se impugna. Que en su inicio se desconocía la empresa a la que se iban a externalizar esos servicios, razón por la que no se les entregó contrato alguno y además si antes de la negociación este contrato se hubiera suscrito sí se incurriría entonces en fraude de ley. Se aprecia así que la externalización es una medida dentro del despido colectivo que se ha prolongado en su aplicación y desarrollo en el tiempo, que la medida adoptada ha tenido como objetivo la garantía del empleo estableciéndose cláusulas de blindaje para dos años en beneficio de todo el personal transmitido por lo que no se puede estimar que se haya incurrido en fraude de ley y que resulta extemporáneo traer a juicio alegaciones basadas en la sentencia dictada por el Jdo. 33 de Barcelona que resuelve un litigio de otra empresa distinta Bankia y todo ello le sitúa en indefensión produciéndose una modificación sustancial de la demandad que está impedida en el art. 80 LRJS .

La codemandada ENERGUIA WEB SAU se opone indicando que desconoce los hechos pues su participación se resume en haber sido contratada por BMN para externalizar parte de sus servicios suscribiendo ambas partes un acuerdo genérico el 28-3-14 un día después el inicio del período de consultas aquí cuestionado y que se complementa con los anexos que se suscriben el 4-4-14, indica que no estuvo presente en el periodo de consultas y sólo lo hizo el último día para garantizar su compromiso de respeto de las condiciones pactadas para los trabajadores objeto de transmisión, indica además que sólo 14 trabajadores se han incorporado a esta empresa como conse4cuencia de los pactos alcanzados, niega que existan problemas procesales en la acumulación de las medidas adoptadas y que no le corresponde acreditar la concurrencia de causas que justifiquen la medida, cuestión que compete a BMN, niega la concurrencia de fraude de ley cuestión que debe acreditarse por quien lo alega.

El sindicato UGT se adhiere a la posición de las codemandadas, considera que las cuestiones procesales que plantea UOB son irrelevantes, que fue en la negociación del despido colectivo cuando se planteó la externalización y cita la SAN 95/13 que valida que en un mismo proceso negociador se adopten diversas medidas de flexibilidad, indica que hubo negociación real con intercambio de propuestas y con garantía final de empleo y que se aportó la documentación precisa para que la negociación se llevara a cabo y se alcanzara un acuerdo por lo que no existe defecto en tal sentido y de haber existido no determinaría la nulidad cita SAN 171/13 , indica además que transcurren 6 meses entre el despido colectivo y la externalización.



Los demás sindicatos demandados se adhieren a la posición de UGT y precisan que las condiciones establecidas para el personal transmitido superan las del convenio de banca y el de empresas consultoras.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- La empresa tuvo que poner en marcha un ERE que afectaba a 1000 personas, después del periodo de consultas redujo las extinciones como consecuencia de las medidas adoptadas en razón al art. 8 del RD 1483 entre ellos un proceso de externalización de 150 personas pactando expresamente las condiciones y garantías. - MBN se puso en contacto con Energuía para promover las externalizaciones en áreas de operaciones, área contenciosa, área de atención al cliente. - El 28.2.14 se pactó un acuerdo marco en que se pone de manifiesto las intenciones de BMN de externalizar supeditado a la unión de anexos en que se pactaron las condiciones de externalización. - Energuia firma los anexos al acuerdo marco el 4.4.14 que viene a hacer efectivo dicho acuerdo. - Energuia Web se subrogó en 13 trabajadores. - La empresa entregó documentación, en el periodo de consultas se negoció de buena fe. Se redujo en número de afectados. - El acuerdo mejora el convenio de origen y el de consultoría.

Hechos pacíficos:

- BMN trae causa en el proceso de fusión de Caja Murcia con 41%, de Caja Penedés con 28%, de Caja Granada con 18% y Sa Nostra con 13% de la entidad. - La empresa obtuvo 915 millones de euros de preferentes y no fue suficiente para hacer frente a la situación. - La empresa realizó un plan de recapitulación y reestructuración tutelado por el FROB el objeto era reducir las oficinas en área CORE y oficinas de servicios centrales. - CC.OO. pidió en el periodo de consultas que concurriera la empresa cesionaria. - En el acuerdo negocian las garantías de empleo por dos años. - El periodo de consultas se inicia el 27.2.14. Se requiere a Energuia para que acuda a la reunión en que se suscribe el acuerdo de 13.3.14. - CC.OO. firmó el ERE.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - BANCO MARE NOSTRUM (BMN) fue creado en 2010 participado en un 41% por Caja Murcia; un 28% por Caixa Penedès; un 18% por Caja Granada y un 13% por Sa Nostra. En dicho banco se integró el personal de dichas entidades. Sus relaciones laborales se regulaban por el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros.

SEGUNDO . - El 29-4-2013 BMN inició periodo de consultas en despido colectivo y otras medidas de flexibilidad interna que culminaron con acuerdo alcanzado el 28-5-2013 conforme acta suscrita entre las partes negociadoras y que se da por reproducida.

En dicha acta se indicaba dentro de su apartado V intitulado *MINORACIONES DE PLANTILLA NO INCLUIDAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO* Primera. *Venta de unidades productivas autónomas* BMN pretende externalizar determinados servicios y unidades que actualmente están desempeñados con empleados propios en un número previsto de 150 personas. Caso de que se confirme la operación u operaciones, se pondrá en conocimiento de la RLT para negociar las condiciones y garantías que correspondan. Con fecha límite 30 de septiembre de 2014 la Comisión de Seguimiento deberá conocer la realidad de esas ventas, así como las medidas de ajuste en más o en menos de los programas de suspensión y/o reducción de jornada en la medida en que el número se desvíe de los 150.

TERCERO . - El 18-12-2013 se mantuvo una reunión entre el BMN y las secciones sindicales de UGT, CCOO, SELG, SECP, SIC, ACCAG y UOB cuyo contenido fue el siguiente:

"La representación de la empresas manifiestan que el Acuerdo de 28 de mayo de 2013, que puso fin al periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y otras modificaciones a aplicar en Banco Mare Nostrum, S.A., contemplaba en su apartado V minoraciones de plantilla no incluidas en el procedimiento de despido colectivo como alternativa a la extinción de contratos de trabajo que se contemplaban como necesarias para dimensionar adecuadamente la plantilla, de acuerdo con las exigencias contempladas en el proceso de recapitalización con financiación pública procedente de fondos europeos.

Dentro de estas medidas alternativas, el acuerdo citado establecía la externalización de determinados servicios desempeñados por un número de 150 empleados.

En consecuencia y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 44 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores se procede a informar a la representación legal de los trabajadores el cambio de titularidad de los servicios que se acompañan como anexo a la presente acta.



Con carácter general la empresa finalmente seleccionada y que va a adquirir la mayoría de los servicios será Accenture, informándose de los siguientes extremos:

a) Fecha prevista de la transmisión 1 de abril de 2014. b) Los motivos de la transmisión como se ha señalado con anterioridad vienen dados por la búsqueda de alternativas a la extinción de contratos a través del procedimiento de despido colectivo por, como también se apuntaba anteriormente, la necesidad de dimensionar adecuadamente la plantilla de acuerdo con las exigencias que se contienen en el plan de recapitalización. c) Este proceso supone la transmisión de los empleados afectados a la empresa adquirente. d) De acuerdo con lo previsto en el apartado 9 del art. 44 del ET, se iniciará el periodo de consultas correspondiente que versará sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los empleados. Cuando las medidas previstas consistan en traslados colectivos o en modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de carácter colectivo, dicho periodo de consultas se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 del ET.

En este sentido se propone iniciar una negociación sobre el procedimiento señalado sin dar comienzo al periodo de consultas, que versará sobre los siguientes puntos:

1. Ordenación de la negociación: Este periodo informal de negociación que se inicia hoy con la firma de la presente acta se extenderá hasta el inicio formal del periodo de consulta previsto para la segunda quincena del mes de enero de 2014. 2. Trabajadores afectados. Si bien el perímetro de personas susceptibles de verse afectados es de 309 empleados adscritos a estos servicios, el número de personas efectivamente afectadas será un máximo de 150 tal como se acordó. 3. Condiciones de trabajo de los trabajadores externalizados. 4. Compensación, si procede, por la modificación de condiciones.

La parte social toma nota de las manifestaciones de la empresa y recoge la documentación que se anexa a la presente acta, manifestando por su parte su asunción de lo recogido en el Acuerdo de 28 de mayo de 2013 que puso fin al periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y otras modificaciones a aplicar en Banco Mare Nostrum, S.A., que contemplaba en su apartado V minoraciones de plantilla no incluidas en el procedimiento de despido colectivo lo que abre la posibilidad de externalizar unidades productivas, conforme a lo establecido en el artículo 44 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores sin que esto pueda afectar a más de 150 empleados.

La parte social agradece y asume que esta negociación se articule mediante una negociación previa a la apertura del pertinente periodo de consultas y solicita que se le facilite la siguiente información: · Unidades productivas susceptibles de ser externalizables, detallándose los trabajadores que las integran y un número de trabajadores afectados por la externalización, de forma desglosada por territorio y centro de trabajo. · Condiciones laborales de la totalidad de los trabajadores que integran estas unidades productivas detallando tipo de contrato, nivel, jornada, salario, beneficios sociales, antigüedad, edad y sexo, centro de trabajo, localidad. · Criterios seguidos a la hora de establecer qué trabajadores se verán afectados por las externalizaciones. · Condiciones de trabajo de los trabajadores de Accenture que prestan servicios de similares características a los que se pretende externalizar.

Las partes acuerdan que la composición de la comisión negociadora se lleva a cabo de acuerdo con los criterios acordados en el último proceso negociador".

CUARTO .- A dicha reunión siguen otras dos que tiene lugar los días 9-1 y 11-2-14 en las que se levantan actas que se dan por reproducidas. En ellas BMN hace entrega de la documentación allí referida entre la que destaca el plan de "externalización de determinadas unidades productivas autónomas de BMN" y la "Memoria Explicativa"

QUINTO .- El 27-2-2014 se constituye la comisión negociadora del procedimiento de externalización de procesos productivos y modificación de condiciones. En dicha reunión en la que se da inicio al periodo de consultas y se constituye la comisión negociadora compareció la mercantil ACCENTURE y BMN hizo entrega de la documentación referida en el acta.

La segunda reunión tiene lugar el 5-3-2014 a la que sigue otra el 11-3-2014.

En ambas se realizan propuestas y contrapropuestas sobre el ámbito de afectación del proceso de externalización y de las modificaciones operadas en las condiciones laborales del personal afectado, al tiempo que la representación legal de los trabajadores considera que hay un defecto de información que concreta en el alcance de la externalización, la necesidad de acreditar las causas que la justifican y la indicación de ahorro que supone dejar de realizar aportaciones a los planes de pensiones,

Se vuelven a reunir las partes los días 12 y 13-3-2014 fijando BMN los puntos básicos de su oferta final y alcanzándose un principio de acuerdo que finalmente suscriben el 13-3-14, de una parte BMN y de otra los



sindicatos UGT, SELG, SIC, SECP y ACCAG que ostentan el 63,67% de los representantes unitarios. No firman el acuerdo los sindicatos hoy demandantes CCOO, UOB y CGT.

A ésta última reunión comparece la mercantil ENERGUA WEB SAU cesionario del personal transferido.

En los antecedentes del citado Acuerdo se indica: *Fruto del contenido de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de despido colectivo, y con el fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos en materia de externalización, la Entidad va a formalizar un acuerdo con Energuia Web SAU., Empresa perteneciente al grupo Accenture, que pasará a desarrollar los servicios descritos en la Memoria, absorbiendo un máximo de 104 empleados de BMN, que en próximas fechas y en aplicación del artículo 44 del ET pasarán a incorporarse a dicha empresa, en los centros de trabajo situados en las capitales de Granada y Murcia según la distribución de UPAs incluida en la Memoria, que se subrogará en sus contratos de trabajo en los términos y condiciones que se acuerdan en este acto de conformidad con el apartado 9 del art. 44 del ET . Los servicios que asumirá Energuia Web SAU se prestarán en Murcia y Granada .*

El contenido del Acuerdo es el siguiente:

"I. CONDICIONES DE TRABAJO APLICABLES AL PERSONAL TRANSFERIDO A ENERGUA WEB SAU .

Primero. Convenio Colectivo de Aplicación.

La transmisión del personal y su integración en la estructura de Energía Web SAU conllevará necesariamente la aplicación del Convenio Colectivo aplicable al nuevo proveedor, esto es, el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercados y de opinión pública.

Dicho Convenio es la norma colectiva que resulta de aplicación a Energuía Web SAU, hallándose sus actividades previstas en el ámbito de aplicación funcional del mismo.

Por tanto, a efectos de acomodar la actividad desarrollada por las unidades transmitidas a la actividad del nuevo proveedor

deviene necesario que las relaciones laborales del personal afectado por la externalización se rijan por dicho Convenio Colectivo, garantizando la uniformidad de condiciones para la totalidad del personal empleado.

Al colectivo que se incorpore en Energuia Web SAU le será, por tanto, de aplicación el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría, Estudios de Mercados y de la Opinión Pública (BOE 4 Abril de 2009); en adelante, Convenio de Consultoría.

Segundo. Jornada de trabajo anual y horario de trabajo.

A partir de la fecha de incorporación, el número de horas de trabajo anual será de 1.800 horas, distribuidas de la siguiente manera:

- 42,5 horas semanales en jornada de invierno (16 de septiembre-30 junio) distribuidas de la siguiente manera: · De lunes a jueves: de 9 horas a 19 horas (1 hora para comer). · Viernes: de 8 horas a 14.30 horas o de 8.30 horas a 15 horas. - 34,5 horas semanales en jornada de verano (1 julio-15 septiembre) distribuidas de la siguiente manera: · De lunes a jueves: de 8 horas a 15 horas. · Viernes: de 8 horas a 14.30 horas o de 8.30 horas a 15 horas.

Tercero. Vale de comida.

- Aquellos empleados cuyo horario laboral en jornada de invierno sea el que se establece en el apartado segundo, percibirán por cada día efectivo de trabajo de lunes a jueves, un vale o ticket de comida por un importe de 9 euros/día (9.-€).

Cuarto. Vacaciones.

Los empleados disfrutarán de 22 días laborales al año. Adicionalmente, serán considerados como días de descanso los comprendidos entre:

· Semana santa. 4 días laborables. Se establecen dos turnos para su disfrute. Primer turno: días comprendidos entre el Lunes Santo y el Lunes de Pascua (4 días laborables). Segundo turno: Entre el martes siguiente al lunes de Pascua y el viernes (4 días laborables). · Navidad. 4 días laborables. Se establecen dos turnos para su disfrute, el primero en la última semana del año y el segundo en la siguiente.

Quinto. Categorías profesionales y promoción.

Los empleados que se incorporen a Energuia WEB SAU, procedentes de BMN, lo harán dentro de la categoría y/o grupo profesional del Convenio de Consultoría que mejor se asimile a la del puesto de trabajo desarrollado. Se aplicarán las categorías profesionales y el sistema de promoción profesional recogidos en el Convenio Colectivo de aplicación.



Sexto. Estructura salarial.

La remuneración salarial que perciban los trabajadores, con independencia de la cuantía de la misma, se percibirá en 14 pagas (incluyendo las dos pagas extraordinarias).

La integración a efectos retributivos se producirá mediante el establecimiento de 4 tramos o niveles salariales, los cuales vendrán determinados por las categorías profesionales o funciones desarrolladas en el nuevo servicio.

Niveles salariales: Nivel 1. Coordinador de proceso. 35.000 euros/año. Nivel 2. Técnico especialista sénior. 30.000 euros/año. Nivel 3. Técnico especialista. 25.000 euros/año. Nivel 4. Administrativo. 20.000 euros/año.

La retribución fija de los trabajadores que se incorporen en Energuia Web SAU, estará integrada por los siguientes conceptos:

a) Salario base.

El importe de salario base anual, acreditado individualmente, practicado el ajuste, se adaptará a la nueva estructura y niveles retributivos establecidos en el nuevo Convenio de referencia.

b) Plus Convenio.

El Plus Convenio se corresponderá con el Plus Convenio establecido en cada momento para este concepto en el Convenio de consultoría.

c) Complemento de Antigüedad.

Producida la incorporación en Energuia Web SAU, el devengo de antigüedad quedará regulado por el complemento de antigüedad previsto en el Convenio de Consultoría en función de la fecha efectiva de incorporación a dicha Compañía.

Las diferencias que pudieran derivarse tras el ejercicio anterior respecto al salario de origen en BMN, se incorporarán en un Complemento *ad personam* que no será compensable ni absorbible una vez practicado el ajuste especificado en el apartado siguiente.

Se ajustará a esta nueva estructura mediante una reducción salarial en el Complemento *ad personam* para su adaptación al nivel salarial asignado a cada uno de los afectados. La reducción que tenga que practicarse para alcanzar los niveles establecidos no excederá en ningún caso del 35% del salario acreditado por el empleado, sin tener en cuenta las reducciones acordadas en los anteriores procesos de reestructuración.

Séptimo. Antigüedad.

Salvo lo dispuesto en cada uno de los epígrafes de este acuerdo, se reconocerá a todos los efectos, incluidos los indemnizatorios, la antigüedad que cada persona tenga reconocida en Banco Mare Nostrum, con igual carácter.

Octavo. Beneficios Sociales.

- Seguro de Vida: Los empleados transferidos contarán con la cobertura de la póliza colectiva de seguros de vida y accidente del grupo Accenture, cuyos capitales asegurados ascienden a 60.100€ por cada uno de ellos.
- Seguro Médico privado: La compañía Energía Wb SAU subvencionará el 100% del coste de una póliza de asistencia sanitaria para los empleados transferidos.

Noveno. Cláusula derogatoria:

Todas aquellas condiciones no expresamente previstas en este acuerdo, de las que se pudiera venir disfrutando por cualquier clase de derecho o condición en BMN, y con independencia de su naturaleza u origen individual o colectivo (contrato, carta de condiciones, Convenio Colectivo o Acuerdo de empresa, entre otros), quedan expresamente derogados y sin efecto o, en su caso, sustituidos conforme a lo establecido en las presentes cláusulas.

En cuanto a la previsión social complementaria, las Partes acuerdan expresamente desde la incorporación de los empleados afectados a la Energía Web SAU la supresión del Sistema de Previsión Social Complementaria establecida en Banco Mare Nostrum. En este sentido, desde la fecha indicada dejarán de tener cobertura las prestaciones por riesgo (viudedad, orfandad e invalidez) y Energuia Web SAU no realizará aportaciones al plan de pensiones de los que eran partícipes en BMN los empleados transferidos.

Décimo. Garantía de empleo:

Se establece una garantía de empleo durante los dos primeros años a contar desde la fecha de incorporación a Energuia Web SAU, excepción hecha del despido procedente. Esta garantía operará invirtiendo la opción



durante el periodo acordado, de forma que ante un procedimiento de despido declarado improcedente, el derecho de opción entre la reincorporación o la extinción del contrato corresponderá al trabajador. Finalizado el plazo de dos años, la opción ante un despido declarado improcedente volverá a corresponder a la empresa, si bien durante el tercer y cuarto año se garantizará como mínimo al empleado afectado por la medida una indemnización del mismo importe que la que tendría el día de la firma del presente acuerdo, caso de haberse acogido a la baja incentivada en el Expediente de despidos colectivos de mayo de 2013, descontando el importe de la indemnización recibida por la modificación sustancial de condiciones de trabajo o por la movilidad geográfica establecida en el presente acuerdo.

Décimo primero. Adscripción al servicio.

Durante el primer año se garantiza al empleado la adscripción al servicio contratado por BMN.

II. CONDICIONES ASUMIDAS POR BMN EN RELACIÓN CON EL PERSONAL TRANSFERIDO.

Décimo segundo. Modificación sustancial de condiciones.

Habida cuenta de la modificación de condiciones recogidas en el presente acuerdo, se establecen las siguientes indemnizaciones:

1. Compensación indemnizatoria por las modificaciones sustanciales acordadas para aquellas personas que decidieran optar por mantener su vinculación laboral en Energuia Web SAU.

1.1 Para aquellos empleados que como consecuencia de las nuevas condiciones retributivas estipuladas experimenten una reducción salarial, se establece una indemnización proporcional a 30 días por año de servicio con el tope de 22 mensualidades estableciéndose dicha proporción en función de la reducción porcentual experimentada.

Ej. - Reducción del 20%. Con una reducción del 20% la indemnización sería de 6 días por año de servicio.

A la cantidad resultante se añadirá una prima lineal de 5.000€ para aquellos empleados que experimenten una reducción salarial entre el 20 y el 35% de la retribución que perciben en BMN.

1.2. En el supuesto en que el empleado resulte además afectado por una movilidad geográfica, percibiría adicionalmente una indemnización por este concepto y gastos de traslado por importe a tanto alzado y por una sola vez de 12.000€.

2. Indemnización por extinción de contrato para aquellos empleados que al amparo de los artículos 41 y 40 del ET opten por extinguir el contrato por modificación sustancial de condiciones.

2.1 Para aquellos empleados que afectados por la modificación de condiciones optaran por la extinción se les abonará una indemnización equivalente a 30 días de salario por año de servicio con el tope de 22 mensualidades.

2.2 Para aquellos empleados que además de la modificación sustancial de condiciones se vieran afectados por la movilidad geográfica y optaran por la extinción contractual percibirán una indemnización equivalente a 30 días por año de servicio con el tope de 22 mensualidades más una prima adicional de 10.000€.

Las indemnizaciones estipuladas en este acuerdo se calcularán con el salario acreditado sin las reducciones salariales derivadas de los acuerdos alcanzados en los últimos expedientes de reestructuración, acordados en BMN.

Teniendo en cuenta que las modificaciones se acuerdan estando, en vigor la relación laboral en BMN y con los legales representantes de los afectados, en atención a las consecuencias previstas en esta operación de sucesión, las indemnizaciones estipuladas en este apartado serán asumidas por BMN.

Décimo tercero. Ayudas financieras.

Para el personal que opte por la extinción del contrato, durante el primer año a contar desde la fecha de efectos de esta mantendrá las condiciones de empleado respecto del préstamo de compra de vivienda, y a partir del mes 13 el tipo de interés será el Euribor anual incrementado en 1.25 puntos, con un mínimo del 2%.

Para el personal que opte incorporarse a Energuia Web SAU y por tanto por mantener el empleo, se mantendrán para los préstamos que tuviera en las mismas condiciones que los empleados del Banco mientras permanezca adscrito al servicio contratado por BMN o como mínimo por un periodo de 4 años a contar desde la fecha de su incorporación a Energuia Web SAU.

Décimo cuarto. Liquidación de vacaciones devengadas y no disfrutadas.



Solo para aquellos empleados que dispongan de días de vacaciones devengadas en el año 2014, por parte de BMN, en la cuenta donde el empleado venía percibiendo la nómina.

Décimo quinto. Criterios de exclusión

Quedarán excluidos de este proceso de externalización los empleados afectados por alguno de los siguientes criterios:

- Quienes padezcan una discapacidad igual o superior al 33%. - Quienes tengan hijos que padezcan una discapacidad igual o superior al 33%. - Quienes acrediten ser víctimas de violencia de género.

Décimo sexto. Comisión de Seguimiento .

Las partes firmantes se comprometen a constituir una Comisión de Seguimiento que tendrá por funciones, recibir información del proceso, la interpretación y mediación en todas las incidencias derivadas de la aplicación del presente acuerdo.

La citada Comisión estará integrada por la presentación de las organizaciones sindicales firmantes de este Acuerdo y por la representación de la Entidad, reuniéndose siempre que lo solicite una de las partes.

Décimo séptimo. Condición resolutoria

Todos los compromisos asumidos por Energuia Web SAU en virtud de lo establecido en presente acuerdo no surtirán efecto si no se firman los anexos de servicio que regulan la externalización de las áreas afectadas, así como el acuerdo de transferencia de empleados, todo ello en el plazo de dos meses desde la fecha de la firma del presente acuerdo".

SEXTO .- El 28-2-2014 se suscribió entre BMN y ACCENTURE contrato de prestación de servicios profesionales relacionados con la externalización de determinadas áreas de actividad de BMN (Servicios de soporte al Área de Operaciones, Servicios de soporte a la función de "Servicio de Atención al Cliente" y Servicios de soporte a la función de "Administración de Contencioso") y que podría llevarse a cabo por cualquier empresa del grupo ACCENTURE (cláusula16). Dicho contrato incorporaba diversos anexos que detallaban las concretas tareas y servicios que asumía ACCENTURE indicándose que se prestarían desde sus centros de trabajo sitios en Murcia y Granada.

SÉPTIMO .- De los 104 trabajadores afectados por el proceso de externalización, la mayoría optó finalmente por acogerse a las medidas de extinción indemnizada del contrato previstas en el Acuerdo y sólo 13 optaron finalmente por integrarse en ENERGUIA WEB tras suscribir con ésta documentos por los que convenían:

- modificar el horario y los días de descanso adicionales pactados con la representación legal de los trabajadores en el Acuerdo suscrito en fecha 13 de marzo de 2014 - su adhesión a la jornada de trabajo efectivo con carácter general establecida en el convenio de empresas consultoras - dar conformidad al sistema de guardias y disponibilidad fuera de la jornada ordinaria establecido en la empresa

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO .- Constituye el objeto del proceso la declaración de nulidad o subsidiaria improcedencia de la decisión del BMN de externalizar parte de su actividad a ENERGUIA WEB estableciendo para el personal transferido con motivo de la externalización las condiciones de trabajo referidas en el Acuerdo de 13-3-2014 descrito en el hecho 5º probado.

Sea cual sea el acomodo normativo que deba darse a esta medida, se trata en todo caso de una decisión empresarial de carácter colectivo y con la que se ve comprometido un interés genérico de un grupo de trabajadores: el afectado por la medida de externalización adoptada por BMN.

Se cumplen por tanto, y conforme, por todas, la STS 10-12-2009 , RJ 2010\1430, los requisitos del art. 153.1 LRJS para la tramitación de la controversia por el cauce elegido por los dos sindicatos demandantes de conflicto colectivo, vía tampoco cuestionada de adverso.

TERCERO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes: - hecho 1º: se admite pacíficamente por las partes en el acto de juicio - hecho 2º: se obtuvo de los documentos 3 y 13 del expediente administrativo



referido al despido colectivo anterior - hecho 3º: es conforme el documento al descriptor 11 - hecho 4º y 5º: se obtiene de las actas y acuerdo a los descriptores 112 y 113 - hecho 6º: por el contrato y sus anexos al descriptor 119 - hecho 7º: es hecho pacífico fijado en el acto de juicio y admitido por las partes que sólo 13 trabajadores se han integrado en ENERGUÍA WEB; los contratos suscritos entre éstos y el cesionario conforme obran al descriptor 118.

CUARTO .- No se ha cuestionado ni en los procesos negociadores habidos entre las partes y referidos en los hechos probados, ni en las dos demandas acumuladas, ni en el acto de juicio, que el contrato de prestación de servicios profesionales relacionados con la externalización de determinadas áreas de actividad de BMN (Servicios de soporte al Área de Operaciones, Servicios de soporte a la función de "Servicio de Atención al Cliente" y Servicios de soporte a la función de "Administración de Contencioso") suscrito entre BMN y ACCENTURE, supusiera la transmisión de la primera a la segunda de una entidad económica de las referidas en el art. 44.2 ET y 1 de la Directiva 2001/23 y que por tanto la solución a la controversia pase precisamente por la aplicación e interpretación al caso de las citadas disposiciones, en consonancia además con los propios actos y alegatos jurídicos de todas las partes presentes en el proceso, así como por el criterio jurisprudencialmente sostenido en relación a la existencia material de sucesión empresarial, por todas STS 27-02-2012, rec. 202/12 .

QUINTO .- El objeto del proceso, como antes se ha indicado, es la impugnación de la decisión del BMN de externalizar parte de su actividad a ENERGUÍA WEB estableciendo para el personal transferido con motivo de la externalización las condiciones de trabajo referidas en el Acuerdo de 13-3-2014.

La demanda interpuesta por CCOO interesa su nulidad fijando para ello como causa de pedir que no ha existido buena fe en la negociación por falta de información relevante en el periodo de consultas y subsidiariamente su improcedencia por considerar que no se acreditan causas que justifiquen las medidas adoptadas.

La demanda interpuesta por UOB interesa la nulidad e invoca como causa de pedir la existencia de fraude de ley, fraude que en escrito complementario a su demanda inicial fundamenta en una aplicación contraria al ordenamiento de las previsiones del art. 44.9 ET .

Razones de sistemática unidas a que, como a continuación desarrollaremos, la cuestión controvertida compromete normas de derecho necesario y obligada observancia judicial, obliga a que sea ésta última cuestión la que se resuelva prioritariamente.

SEXTO .- Al llevarse a cabo una transmisión de empresa en los términos del art. 44.1 ET y 1.1ª) de la Directiva 2001/23 , el ordenamiento jurídico establece las siguientes garantías en orden al mantenimiento de los derechos de los trabajadores directamente afectados por la citada decisión:

Directiva 2001/23 art. 3.1 Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso . Art. 3.3 . Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Estatuto de los Trabajadores

Art. 44.1 El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

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

El mantenimiento de los derechos de los trabajadores constituye la finalidad de la Directiva europea de la que bebe el art. 44 ET y tal como se indica en la STUE de 26-5-2005, caso Celtec C-478/03: *Tal como ha declarado repetidamente el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros, C-362/89, Rec. p. I- 4105, apartado 9 , y de 12 de noviembre de 1998 , Europièces, C-399/96, Rec. p . I- 6965, apartado 37), la Directiva 77/187 pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente. El objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible,*



la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (véase la sentencia de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro, 287/86, Rec. p. 5465, apartado 25).

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

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

Pero si cabe, el TJUE, en la sentencia de 9-3-2006 caso Werhof C-499/04, es aún más contundente en su apreciación de la obligada observancia de las previsiones contenidas en la Directiva, cuando indica que:

También es jurisprudencia reiterada que las disposiciones de la Directiva deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas (véase la sentencia Martin y otros, antes citada, apartado 39). De ello se deduce que los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores de la empresa transmitida serán transferidos de pleno derecho al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa (en este sentido, véanse las sentencias D'Urso y otros, antes citada, apartado 20, y de 14 de noviembre de 1996, Rotsart de Hertaing, C-305/94, Rec. p. I-5927, apartado 18).

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

SEPTIMO .- Acreditado que los trabajadores subrogados regulaban sus relaciones con el cedente a través del convenio de cajas de ahorro, el Acuerdo alcanzado el 13-3-2014 evidencia que dicho convenio deja de aplicárseles y se les pasa a aplicar el convenio de empresas de consultoría y que además se llevan a cabo modificaciones en sus condiciones de trabajo que afectan a jornada, vales de comida, vacaciones, categorías y promoción, estructura y niveles salariales, antigüedad y beneficios sociales, al tiempo que quedan derogadas todas las condiciones no expresamente previstas en el acuerdo que vinieran disfrutando en BMN con independencia de su origen o naturaleza.

Por lo tanto el citado Acuerdo, objeto de impugnación en este proceso, es un pacto frontalmente opuesto a la normativa nacional y comunitaria que se acaba de referir y contraviene su carácter obligatorio e imperativo para las partes en el proceso y también para quienes lo alcanzaron en su día.

Y ello no sólo vendría avalado por el análisis de la normativa legal de aplicación al caso, sino además por el resultado final de los Acuerdos suscritos en materia de empleo y por cuanto, siendo 104 los trabajadores afectados por el proceso de externalización, la mayoría optó finalmente por acogerse a las medidas de extinción indemnizada del contrato previstas en el Acuerdo y sólo 13 optaron finalmente por integrarse en ENERGUIA WEB.

Ello constituye prueba palmaria de que la finalidad última, tanto del art. 44.1 ET como del art. 4.1 de la Directiva 2001/23, que es la garantía del empleo de estos trabajadores, no fue respetada, sino al contrario gravemente erosionada por lo convenido.

OCTAVO .- Sin embargo la defensa de BMN sostiene que el art. 44.9 ET, que lo considera vinculado al art. 5 de la Directiva, legitimaría a que, por el cauce negocial abierto para la externalización de determinados servicios en ENERGUIA WEB y que culminó con los Acuerdos que ahora son impugnados, los derechos de los trabajadores inmersos en la transmisión puedan ser objeto de negociación y consiguiente modificación conforme el pacto alcanzado con los representantes de los afectados.

El art. 5 de la Directiva en sus apartados 1 y 2 ciertamente contiene una excepción en orden al mantenimiento de las condiciones de trabajo del personal subrogado al indicar que los arts. 3 y 4 de dicha Directiva no serán de aplicación a los traspasos de empresa cuando el cedente se encuentre inmerso en un proceso de quiebra o de insolvencia.



Obvio es que no es esa la situación de BMN por lo que la citada norma no es de aplicación al caso.

En su apartado 3 el art. 5 de la Directiva contiene a modo de ampliación de la citada excepción la siguiente previsión: *Un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial, siempre que dicha disposición ya existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998.*

La letra b) del art. 5.2 hace referencia a que: *el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.*

Su simple lectura y sin necesidad de tener que obtener su legítima interpretación por el TJUE, permite alcanzar la palmaria conclusión de que el art. 5.3 no es de aplicación al caso y por cuanto:

- la norma habilita a los Estados miembros para aplicar el art. 5.2 a empresas en situación económica grave y de tal habilitación no ha hecho uso el legislador español, pues ninguna previsión de tal naturaleza figura en el art. 44 ET - tal habilitación además está limitada a la concurrencia de otros datos fácticos que tampoco prevé la legislación nacional y que no concurren en este caso, a saber: que la situación económica grave haya sido declarada por una autoridad pública y que la norma así dictada por el Estado miembro existiese antes del 17-7-1998 (fecha de publicación de la Directiva 98/50 precedente a la hoy vigente 2001/23).

NOVENO .- No obstante, y aquí radica el núcleo esencial del debate, el art. 44.9 ET prevé, con motivo de la transmisión, la adopción de medidas laborales en relación con los trabajadores; previsión que una lectura irreflexiva puede conducir a considerar viables acuerdos como el ahora enjuiciado, pero que no es factible por las razones que a continuación se pasan a exponer.

El art. 44.9 ET entronca con el art. 7 de la Directiva 2001/23 .

En ambos se establece, para el cedente y para el cesionario, el deber de información y consulta con los representantes de los trabajadores acerca de la transmisión de empresa y de sus consecuencias.

Respecto de éstas se impone el deber de negociarlas antes de que las medidas se lleven a cabo con vistas a llegar a un acuerdo.

Y ya en clave nacional, el art. 44.9 dispone que si las medidas consistieran en traslados o modificación de condiciones, el procedimiento consultivo será el previsto en los arts. 40.2 y 41.4 ET .

Pues bien, partiendo de la inexorable regla de que la transmisión de empresa, nunca puede por sí misma justificar la modificación de las condiciones contractuales y convencionales que disfrutaban los trabajadores cedidos, tal como se acaba de exponer en los precedentes fundamentos jurídicos, la única interpretación que cabe dar al art. 44.9 ET es que las previsiones contenidas en el mismo hacen referencia al deber de informar y negociar las posibles modificaciones que, con motivo de la transmisión, se pudieran ocasionar en los trabajadores del cedente o del cesionario, distintos del colectivo de trabajadores cedidos; es decir:

- aquellos que perteneciendo al cedente y como consecuencia del traspaso de una parte de la empresa, pueden por tal motivo ver alteradas sus condiciones de trabajo al dejar de realizarse la parte de la actividad empresarial cedida - aquellos que perteneciendo al cesionario y como consecuencia del traspaso también pueden ver modificadas sus condiciones debido a la asunción de una nueva actividad empresarial y la incorporación del personal cedido.

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

Y las razones que permiten llegar a esta conclusión, no sólo se fundamentan en que la interpretación propuesta a la norma por la parte demandada sería contraria de plano a las previsiones del art. 44.3 . y 4 ET y 3 de la Directiva, sino en su propia redacción.

Así, ambas normas establecen las obligaciones de información y consulta, tanto para cedente como para cesionario, lo que corrobora que tales obligaciones sólo adquieren sentido si lo son para con sus trabajadores respectivos ajenos a la transmisión, pues carecería de lógica que tales obligaciones se refirieran al colectivo de trabajadores cedidos, máxime cuando estos vienen legalmente obligados a aceptar la sustitución de la



persona del empresario. En tal sentido recordar que numerosas STS, por todas la de 11-10-2004 RJ 7341 han sostenido el carácter imperativo del cambio de empresario para el trabajador cuando concurra un traspaso de empresa.

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

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

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

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

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

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

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

DECIMO .- Dispone el art. 6.4 CC que *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*

Los Acuerdos alcanzados el 13-3-2014 por parte del BMN, de los sindicatos UGT, SELG, SIC, SECP, y ACCAG y de la codemandada ENERGUIA WEB, se amparan en el art. 44.9 ET contrariando su correcta aplicación, descrita en los anteriores fundamentos jurídicos, con el objetivo de perseguir un fin prohibido por el ordenamiento cual es la alteración del derecho al mantenimiento de las condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores cedidos en los términos previstos en el art. 44. 3 y 4 ET al inaplicar el convenio de cajas de ahorro sustituyéndolo por el convenio de empresas de consultoría y además llevar a cabo modificaciones en sus condiciones de trabajo que afectan a jornada, vales de comida, vacaciones, categorías y promoción, estructura y niveles salariales, antigüedad y beneficios sociales, al tiempo que quedan derogadas todas las condiciones no expresamente previstas en el acuerdo que vinieran disfrutando en BMN con independencia de su origen o naturaleza.



Y por ello, habiendo las partes adoptado tales acuerdos por el cauce del periodo de consultas establecidos para la modificación de condiciones y movilidad geográfica, lo así acordado puede y debe ser objeto de revisión en sede judicial, aún cuando hubiera concurrido acuerdo con la parte mayoritaria de los representantes de los trabajadores, acuerdo que carece de toda validez por ser contrario a normas de obligada observancia y constitutivo en consecuencia de fraude de ley que debemos depurar.

UNDECIMO .- La admisión de la nulidad de los Acuerdos impugnados por concurrencia de fraude de ley en su adopción, al haberse empleado para ello una norma inapropiada buscando un resultado prohibido por el ordenamiento, obliga a estimar la demanda del sindicato UOB, lo que vacía de contenido las causas de pedir en que se soporta la demanda de CCOO.

La subsidiaria que interesa que se declare la injustificación de los Acuerdos de 13-3-2014 por cuanto admitida la principal de nulidad, deviene irrelevante e incluso contradictoria.

La principal por la que invocaba CCOO nulidad de dichos Acuerdos porque no ha existido buena fe en la negociación por falta de información relevante en el periodo de consultas, también se ha vaciado de contenido desde el momento en que el fraude de ley habría de predicarse no ya respecto de mala fe negocial que presupone la validez de la vía empleada para modificar condiciones y movilizar geográficamente trabajadores, sino de la utilización misma de este mecanismo de flexibilidad interna que como se ha analizado no es posible emplearlo para alterar las condiciones laborales del personal cedido en un traspaso de empresa.

Concurriendo por tanto el fraude en la utilización inadecuada del cauce de información y consulta previsto en el art. 44.9 ET para alterar las condiciones del personal cedido, deviene intrascendente que en esa vía negocial se hubiera aportado la información precisa.

En todo caso y a mayor abundamiento este Tribunal acaba de indicar en su SAN de 9-7-2013 autos 463/2013 que *La funcionalidad de la documentación y la información para la finalidad de que el periodo de consultas cumpla su objeto de servir como cauce de negociación colectiva es el principio rector básico para determinar qué documentación es obligatoria.*

Y que a su vez la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sentencias de 27 de mayo de 2013 (rec 81/2012) ó 19 de noviembre de 2013 (rec 78/2013) ha adoptado un criterio antiformalista en materia de la documentación exigible en el periodo de consultas.

Siendo por tanto la finalidad de la documentación el proporcionar a la representación de los trabajadores la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas, resulta de suyo que si los representantes de los trabajadores en la negociación alcanzaron un acuerdo es porque consideraron bastante la documentación presentada por el empresario para justificar su decisión, lo que invalidaría la causa de pedir invocada por CCOO pero no es obstáculo en todo caso para alcanzar la solución antes argumentada en orden a la nulidad de lo convenido el 13-3-2014.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos la demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato UNIÓN OBRERA BALEAR por concurrir fraude de ley y declaramos la nulidad de los Acuerdos alcanzados el 13-3-14 y los dejamos sin efecto y condenamos a los demandados BANCO MARE NOSTRUM S.A., Energía Web SAU, Unión General de Trabajadores, Sindicato de Empleados de Empleados La General-Caja Granada, Sindicat Independent Caixa Penedes, Sindicato Independiente Caja de Ahorros de Murcia, Asociación de Cuadros de Caja Granada, Confederación Sindical de Comisiones Obreras y Confederación General de Trabajadores a estar y pasar por todo ello.

Desestimamos la demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato CCOO en cuanto interesa la nulidad de los citados Acuerdos por mala fe negocial por ausencia de información, sin entrar a resolver la petición subsidiaria de injustificación por devenir irrelevante al haberse declarado su nulidad por fraude de ley.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.



Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0108 14; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0108 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.