

Roj: **STS 7095/2009 - ECLI:ES:TS:2009:7095**Id Cendoj: **28079140012009100835**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/11/2009**Nº de Recurso: **134/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 4019/2008,**
STS 7095/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por el "SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES" (STC) , representado y defendido por el Letrado Don Pedro Feced Martínez, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 25-septiembre-2008, en autos nº 71/2008, seguidos a instancia del referido Sindicato contra la empresa "CABLEUROPA S.A.U.", y los Sindicatos " Comisiones Obreras ", " Unión General de Trabajadores " y " Asociación Profesional Libre e Independiente ", sobre CONFLICTO COLECTIVO .

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la empresa "CABLEUROPA S.A.U." representado y defendido por el Letrado Don Pablo Bernal de Pablo Blanco y los Sindicatos " COMISIONES OBRERAS ", representado y defendido por el Letrado Don Ángel Martín Aguado, " UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES " representado y defendido por el Letrado Don Javier Santiago Berzosa Lamata y " ASOCIACIÓN PROFESIONAL LIBRE E INDEPENDIENTE ", representado y defendido por el Letrado Don Jesús Tortajada Salinero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado Don Pedro Feced Martínez, en nombre y representación del "Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones" (STC) formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre proceso de conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que declare: " se declare que a los trabajadores contratados por la empresa ESTO ES ONO SAU a partir del 2 de octubre de 2006 y por CABLEUROPA S.A.U. desde el 6 de noviembre de 2006 les es de aplicación el Convenio Colectivo de AUNA TELECOMUNICACIONES SAU y no el de Empresas concesionarias de Cable de Fibra Optica y normativa de la empresa CABLEUROPA SAU ".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 25 de septiembre de 2008 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: " En la demanda de oficio promovida por el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC) en proceso de conflicto colectivo frente a la empresa CABLEUROPA, SAU. y los Sindicatos CC.OO., UGT y APLI, la Sala: 1º Desestimar la excepción de falta de acción. 2º Desestimar la demanda y absolver a las demandadas de las pretensiones ejercitadas en su contra ".



CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- *El conflicto afecta, según estimación del sindicato promotor, a más de cuatrocientos trabajadores que son todos los que fueron contratados por la empresa ESTO ES ONO, SAU. a partir de 2 de octubre de 2006 y los contratados por la empresa CABLEUROPA, SAU. a partir de 6 de noviembre de 2006. (Demanda).* 2º.- *El 4 de noviembre de 2005 se eleva a público el contrato de compraventa privado realizado el veintinueve de julio de 2005 por la sociedad CABLEUROPA, SAU. (ONO) del 100% del capital de AUNA TELECOMUNICACIONES, SAU. (Doc. 10 de la demandada), empresa que se había constituido y registrado en el Registro Mercantil el 1 de julio de 2000, nombre que mantiene hasta el 25 de mayo de 2006 en que pasa a denominarse ESTO ES ONO, SA (folio 881 de la documental de la demandante).* 3º.- *El 30 de enero de 2006 se celebra una reunión extraordinaria de las Secciones Sindicales de CC.OO, STC y UGT. En el punto primero del acta de esta reunión se dice lo siguiente: 'GRUPO DE EMPRESAS'. Tras la adquisición por parte de CABLEUROPA, SAU (ONO) del 100% del accionariado de la entidad mercantil AUNA Telecomunicaciones SAU, de la que es parte TENARIA, SA., nos encontramos a efectos laborales, ante la conformación de un GRUPO DE EMPRESAS. Técnicamente, nuestra jurisprudencia y doctrina científica interpreta que el GRUPO DE EMPRESAS es un conjunto de entidades mercantiles con la concurrencia de características del mismo tales como, símbolos externos, la permeabilidad de los servicios prestados, la participación plena en el capital social, la ostentación de una sola Dirección, bajo lo que es, en definitiva, una única organización empresarial'. (Doc 11 de la demandada).* 4º.- *En la empresa AUNA TELECOMUNICACIONES SAU las relaciones laborales estaban reguladas por su propio convenio publicado en el BOE de 25-5-04 y cuyo período de vigencia finalizó el 31 de diciembre de 2006. En la actualidad su contenido normativo se encuentra en período de ultraactividad. (Doc 2 de la demandada).* 5º.- *El Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica publicado en el BOE de 23-9-04 (RCL 2004, 2030) con vigencia hasta 31º 12-06, se encuentra en la actualidad en período de ultraactividad de su contenido normativo.* 6º.- *La empresa CABLEUROPA, SA, constituida el 2 de febrero de 1993 se extingue por absorción por fusión el 2 de octubre de 2006 (folios 797 y 853 de la prueba de la demandante).* 7º.- *Con fecha 6 de noviembre de 2006 se inscribe en el Registro Mercantil el cambio de denominación de la empresa ESTO ES ONO, SA por el de CABLEUROPA, SA, nombre perteneciente a la absorbida a la que sucede conforme al art. 418 del RRM y mantiene el CIF correspondiente a la antigua AUNA TELECOMUNICACIONES SAU (Folio 882 de la prueba de la demandante).* 8º.- *El Consejo de Administración de CABLEUROPA SAU en la fecha de 3 de noviembre de 2005 anterior a la compra del 100% del capital social de AUNA TELECOMUNICACIONES SAU, estaba formado por D. Simón como presidente y D. Agapito como Consejero Delegado y tres vocales. El día 5 del mismo mes y año, un día después de la compra mencionada con anterioridad, el Consejo de Administración de la actual CABLEUROPA mantenía el mismo Presidente y el mismo Consejero Delegado que antes de la operación y un vocal, Director General de Transformación contratado por ONO para llevar a cabo la integración de la sociedad comprada por el Grupo ONO. (Doc 66 de la demandada e interrogatorio del testigo propuesto por esta.)* 9º.- *Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación el día 8 de abril de 2008 que concluyó sin avenencia respecto de los comparecientes y sin efecto respecto de los no comparecientes. (Doc que acompaña a la demanda). Se han cumplido las previsiones legales "*

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por el Letrado Don Pedro Feced Martínez, en nombre y representación del "Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones" (STC), y recibidos y admitidos los autos en esta Sala se personó como recurrido la empresa "Cableuropa S.A.U.", formalizándose el correspondiente recurso mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2009, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo de lo previsto en el artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral. Segundo.- Invoca infracción de los arts. 82.3 y 86.3 del Estatuto de los Trabajadores .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida la empresa "Cableuropa S.A.U.", el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 28 actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El " Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones " (STC), ahora recurrente en casación ordinaria, presentó demanda de conflicto colectivo instando frente a la empresa " CABLEUROPA S.A.U. " y los Sindicatos " Comisiones Obreras " (CC.OO.), " Unión General de Trabajadores " (UGT) y " Asociación Profesional Libre e Independiente " (APLI) que " se declare que los trabajadores contratados por ESTO ES ONO SAU a partir de 2 de octubre de 2006 y por CABLEUROPA SAU desde el 6 de noviembre de 2006 les es de aplicación el convenio colectivo de AUNA TELECOMUNICACIONES y no el de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica y normativa de la empresa CABLEUROPA SAU " .



2.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia, en fecha 25-septiembre-2008 (autos 71/2008), desestimando la demanda, argumentando, en esencia, que " *Establecida la existencia del grupo de empresas y examinado el iter de las sucesivas transformaciones nominales y de los negocios que las originan debemos concluir que AUNA TELECOMUNICACIONES desaparece como empresa en el momento en que el 100% de su capital es adquirido por el Grupo ONO en el que se integran sus trabajadores, aunque el proceso de fusión no sea inmediato. En consecuencia a partir de ese momento deja de actuar como empresario y por ello de celebrar nuevos contratos. Hay que señalar que el proceso de fusión por absorción es una fusión impropia e inversa ya que la empresa absorbida era el accionista único al ser el titular del 100% del capital de la sociedad absorbente. Esta opción se justifica en el proyecto de fusión por resultar más apropiado y conveniente para afrontar con mejores garantías de éxito el futuro comercial del GRUPO ONO la estructura de balance existente en esta última (ESTO ES ONO, S.A.U) que en su sociedad matriz. Las contrataciones de personal posteriores a la venta de todo su capital las realiza el GRUPO ONO y no AUNA, porque es el empresario según determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias ya antiguas del año 1987, por ser la empresa dominante, y en consecuencia, los contratos se rigen por el Convenio Colectivo Sectorial que era el vigente en el Grupo. Conclusión que se fundamenta en el texto del art. 44-4 del ET y en la doctrina expresada en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002 : La única obligación que de tales normas se desprende para la empresa (...), es la de garantizar a los trabajadores de los que se hizo cargo la nueva sociedad, procedentes del Ente Público cedente, el disfrute de la integridad de las condiciones laborales derivadas del Convenio anterior, en tanto éste no sea sustituido por otro que, de conformidad con los arts. 82 y siguientes del ET , pudiera resultar aplicable.(...). En la misma dirección, el art. 3 de la Directiva 77/187 CEE modificada después por la 98/50 CE y sustituida por la nueva Directiva 2001/23 CE, partiendo de que 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 (número 1), en el punto 3 dice que 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 con posterioridad a dicha situación Esta doctrina aplicada al supuesto de hecho del presente conflicto implica que los trabajadores pertenecientes a la antigua empresa AUNA, mantendrán las condiciones que regulaba el convenio colectivo de la empresa mientras no sean sustituido por otro, pero en ningún caso es obligación de la empresa adquirente aplicar un convenio en cuyo ámbito de aplicación no estaba incluida, sino que las nuevas contrataciones se harán de acuerdo con su convenio colectivo. Las razones expuestas conllevan la desestimación de la demanda y de la excepción opuesta en el acto del juicio "*

3.- El Sindicato recurrente, con fundamento en el art. 205.d) y e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), pretende, por una parte, la adición de dos nuevos hechos probados, y por otra parte, invoca infracción de los arts. 82.3 y 86.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), manifestando, en esencia, que únicamente se ha producido un cambio de denominación de las empresas y que " *la actual CABLEUROPA SAU es la misma empresa denominada anteriormente ESTO ES ONO S.A. y antes AUNA TELECOMUNICACIONES SAU manteniendo el mismo CIF que esta última sociedad y que solo se ha producido un cambio de denominación que en nada puede afectar a los derechos de sus trabajadores ni al convenio colectivo aplicable "*, y que " *por tanto nos encontramos ante una sociedad, denominada sucesivamente AUNA TELECOMUNICACIONES SAU, ESTO ES ONO S.A. y CABLEUROPA SAU, que, al margen de sus cambios de denominación, tiene en vigor, en fase de ultraactividad, un convenio colectivo de empresa que debe regir las relaciones con los trabajadores que contrate, lo que no se ha producido en el presente caso pues se le ha venido aplicando el sectorial de empresas concesionarias del cable de fibra óptica "*.

SEGUNDO.- 1.- En cuanto a la pretensión de adición de hechos probados formulada por el Sindicato recurrente, como destaca el Ministerio Fiscal en su detallado informe, debe rechazarse, en primer lugar, la relativa a la constatación del contenido del acuerdo suscrito ante el SIMA en fecha 5-marzo-2007, pues al mismo ya se hace referencia en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida y resulta intrascendente su reiteración, pero, fundamentalmente, dado que el acuerdo alcanzado no afecta a las contrataciones posteriores a la venta de las acciones de las sucesivas fusiones empresariales.

2.- Por los mismos motivos, como igualmente razona el Ministerio Fiscal, debe rechazarse la adición de la inclusión de las referencia a la existencia y contenido de los proyectos de fusión y a la escritura de fusión, pues, sin perjuicio de la referencia que a los mismos se contiene en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida con valor fáctico, resulta irrelevante la adición pretendida a los efectos de la resolución de la controversia, ya que no afecta su inclusión detallada a la fijación de las cuestiones objeto de debate que están claramente delimitadas con los datos fácticos obrantes en la propia sentencia en relación a los documentos a los que se remite en sus argumentaciones.

TERCERO.- 1.- En cuanto al fondo del asunto, para su resolución debe partirse de los propios hechos declarados probados no impugnados de la sentencia recurrida, de los que resulta que: **a)** el 4-noviembre-2005



se eleva a público el contrato de compraventa privado realizado el 29-julio-2005 por la sociedad "CABLEUROPA, S.A.U. (ONO)" del 100% del capital de "AUNA TELECOMUNICACIONES S.A.U.", empresa que se había constituido y registrado en el Registro Mercantil el 1-julio-2000, nombre que mantiene hasta el 25-mayo-2006 en que pasa a denominarse " *ESTO ES ONO S.A.* "; **b)** en la empresa " *AUNA TELECOMUNICACIONES SAU* " las relaciones laborales estaban reguladas por su propio convenio publicado en el BOE de 25- mayo-2004 y cuyo periodo de vigencia finalizó el 31-diciembre-2006 y que en la actualidad su contenido normativo se encuentra en periodo de ultraactividad; **c)** el Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica publicado en el BOE de 23 -septiembre-2004 con vigencia hasta 31-diciembre-2006, se encuentra en la actualidad en periodo de ultraactividad de su contenido normativo; **d)** la empresa " *CABLEUROPA S.A.* ", constituida el 2-febrero-1993 se extingue por absorción por fusión el 2-octubre-2006; y **e)** con fecha 6-noviembre-2006 se inscribe en el Registro Mercantil el cambio de denominación de la empresa " *ESTO ES ONO S.A.* " por el de " *CABLEUROPA S.A.* ", nombre perteneciente a la absorbida a la que sucede conforme al art. 418 del RRM y mantiene el CIF correspondiente a la antigua " *AUNA TELECOMUNICACIONES SAU* " .

2.- No se ha producido como pretende el Sindicato recurrente, tal como es dable deducir de la documentación en la que se fundamentan los hechos declarados probados incombustibles, un mero cambio de denominación y no nos encontramos simplemente, como alega, " *ante una sociedad, denominada sucesivamente AUNA TELECOMUNICACIONES SAU, ESTO ES ONO S.A. y CABLEUROPA SAU* " para pretender que tal cambio de nombre " *en nada puede afectar a los derechos de sus trabajadores ni al convenio colectivo aplicable* " .

CUARTO.- 1.- Es de rechazar, por tanto, el argumento esencial del recurrente, puesto que se ha producido un fusión por absorción lo que comporta la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, cuya adecuación a la legalidad no se cuestiona en este procedimiento ni siquiera por la vía del abuso del derecho o del fraude de ley ex arts. 6 y 7 del Código Civil .

2.- En este sentido, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Civil de este Tribunal Supremo declarativa de que mediante la fusión por absorción se extingue la entidad absorbida " *cuyo patrimonio se transmite a la absorbente, la cual adquirió por sucesión universal los derechos y obligaciones de la misma* " (STS/I 9-octubre-2008 -recurso 2625/2001); que " *en la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sean causa de extinción de las relaciones contractual, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión, como establece el art. 233, párrafo primero, de la vigente Ley de Sociedades Anónimas* " (SSTS/I 17-mayo-1999 -recurso 2752/1994 y 8-febrero-2007 -recurso 223/2000); distinguiéndolo de los supuestos de mera transformación societaria, señalando que " *en los supuestos de transformación de una sociedad, en los que solo hay una modificación esencial de su estructura, un cambio en su organización, pero no un cambio en su personalidad jurídica, que sigue siendo una y la misma* " (STS/I 20-septiembre-1993 -recurso 775/1997); y dejando a salvo las consecuencias de las posibles actuaciones que pudieren realizarse en fraude de ley a través de la estructura formal de fusión por absorción, así, se ha declarado que " *ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias provocados por los mismos deudores (arts. 1111 y 1291.3 del Código Civil), así como el daño que al crédito puede resultar de operaciones societarias distintas, pero con alguna similitud con la ejecutada (preocupación expresada, por ejemplo, en los considerandos octavo y noveno de la Directiva 82/891/CEE)* " (STS/I 9-octubre-2008 -recurso 2625/2001).

3.- En consecuencia, no existe base legal, como pretende el recurrente al no tratarse de un mero cambio de nombre, para aplicar a los nuevos contratos de trabajo que se realizaron tras la fusión por absorción por la entidad absorbente un convenio colectivo distinto al que por el que se venía rigiendo esta última, en concreto el " *Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica* ", publicado en el BOE de 23 -septiembre-2004, con vigencia hasta 31-diciembre-2006, que se encontraba en la fecha del juicio en periodo de ultraactividad de su contenido normativo.

4.- Como destaca la empresa recurrida, desde el momento en que se produce la sucesión de empresa el convenio colectivo aplicable a los nuevos contratos de trabajo que se realicen será el de la empresa que haya sido la dominante en el proceso de sucesión, es decir, la empresa adquirente. Es, por tanto, rechazable la pretensión del Sindicato recurrente de que se aplique a los nuevos trabajadores el convenio colectivo propio de la sociedad absorbida, sin que el art. 44 ET contenga previsiones respecto a los contratos de trabajo que se inicien una vez acaecida la posible sucesión empresarial, sino exclusivamente respecto de los trabajadores afectados por la sucesión cuya problemática no se cuestiona en el presente litigio.



5.- Tampoco de lo dispuesto en los invocados como infringidos arts. 82.3 y 86.3 ET , relativos a la eficacia y a la vigencia de los convenios colectivos resultan de aplicación a la cuestión debatida, salvo para confirmar la obligada aplicatoriedad del convenio colectivo del sector, a falta de otro específico, a la empresa demandada absorbente y a los nuevos trabajadores que se incluyan dentro de su ámbito de aplicación tras la fusión, tanto más cuando ni siquiera se plantea ni justifica posible desigualdad trascendente entre los antiguos y los nuevos trabajadores que no estuviera amparada en el art. 44 ET y en su interpretación jurisprudencial.

6.- En definitiva, como en un caso análogo ha señalado esta Sala en su STS/IV 3-junio-2002 (recurso 4892/2000), en interpretación del art. 44 ET , tanto en la redacción anterior a la Ley 12/2001 como en la que se produjo a consecuencia de ésta, que " *la única obligación que de tales normas se desprende para la empresa ..., es la de garantizar a los trabajadores de los que se hizo cargo la nueva sociedad, procedentes del Ente Público cedente, el disfrute de la integridad de las condiciones laborales derivadas del Convenio anterior, en tanto éste no sea sustituido por otro que, de conformidad con los arts. 82 y siguientes del ET, pudiera resultar aplicable* ", que " *de ninguno de los preceptos mencionados cabe extraer la conclusión de que en caso de traspaso o sucesión de empresas, los derechos que han de mantenerse a los trabajadores afectados por ella deben extenderse también a los trabajadores contratados con posterioridad a dicha situación* " y que " *la eventual vulneración del principio de igualdad entre los trabajadores ..., una vez excluido el plano colectivo por obedecer la aplicación de soluciones distintas a situaciones no iguales, habría de plantearse, en su caso, en el plano individual para analizar comparativamente las desigualdades injustificadas que se dicen producidas* ".

QUINTO.- Por lo que procede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación ordinaria y confirmar la sentencia impugnada por los fundamentos contenidos en la presente resolución. Sin que, al tratarse de proceso sobre conflicto colectivo, haya lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre las costas, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia al no estimarse que la parte impugnante hubiera recurrido con temeridad (art. 233.2 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación ordinario interpuesto por el " *SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES* ", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 25-septiembre-2008 (autos 71/2008), en proceso de conflicto colectivo seguido a instancia del referido Sindicato contra la empresa " *CABLEUROPA S.A.U.* " y los Sindicatos " *Comisiones Obreras* ", " *Unión General de Trabajadores* " y " *Asociación Profesional Libre e Independiente* ". Confirmando la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.