

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 33 DE BARCELONA
Sentencia 134/2014, de 18 de marzo de 2014

Rec. n.º 1364/2013

SUMARIO:

Sucesión de empresa. Externalización. Modificación sustancial de condiciones de trabajo operada en virtud de acuerdo triangular (cedente-cesionario-representantes de los trabajadores) alcanzado con carácter previo a la subrogación, el cual incluía además de recortes en las condiciones laborales (salariales, de jornada y previsión social), la sustitución del Convenio Colectivo aplicable. El cambio de Convenio Colectivo se ha realizado mediante un procedimiento inadecuado, pues el acuerdo a que hace referencia el artículo 44.9 ET no podía afectar a la sustitución del Convenio, para lo cual, además, el artículo 44.4 ET dispone que debe efectuarse en un momento posterior a la subrogación y en un escenario de negociación distinto: cesionario y representantes de los trabajadores. La finalidad de reducción de costes, no discutida por las empresas codemandadas, contraría frontalmente el objetivo pretendido tanto por la Directiva 2001/23/CE como el artículo 44 ET de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, sin perjuicio de la posibilidad, una vez producida la sucesión, de homogeneizar las condiciones laborales aplicables en la empresa cesionaria. Se incumple también por la empresa cedente la obligación de motivación de las modificaciones sustanciales operadas, sin que su exigencia pueda entenderse cumplida por la presunción legal de su concurrencia en caso de acuerdo en período de consultas. Es necesario que las mismas sean explicitadas tanto en el acuerdo colectivo como en la comunicación individual.

PRECEPTOS:

Directiva 2001/23/CE (Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas), art. 3.3.
RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 41.4, 44.4 y .9.
Ley 36/2011 (LRJS), art. 138 y 191.3 b).

PONENTE:

Don Joan Agusti Maragall.
Magistrados:

Don JOAN AGUSTI MARAGALL

Jutjat Social 33 Barcelona
Rda. de Sant Perc, 52, entresol

Barcelona

CONSEJO GENERAL PODER JUDICIAL

FAX 943/44 52 22

ATT. ANA CULLA

Procediment: modificació condicions de treball 1364/2013

Part actora: Leoncio

Part demandada: BANKIA, S.A., GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, Sección Sindical de CCOO, Sección Sindical UGT, Sección Sindical de ACCAM, Sección Sindical de SATE y Sección Sindical de CSICA

SENTENCIA n.º 134/2014

Barcelona, 18 de marzo de 2014

JOAN AGUSTÍ MARAGALL, magistrado-juez del juzgado de lo Social Número 33 de Barcelona, vistas las actuaciones promovidas por Leoncio contra BANKIA SA, GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES SLPL y las representaciones sindicales de CCOO, UGT, ACCAM, SATE y CSICA en IMPUGNACIÓN DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. He resuelto lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El día 27.12.13, fue repartida a este juzgado la demanda presentada por la parte actora. En la demanda habiendo alegado los hechos y fundamentos jurídicos oportunos se suplicaba sentencia en que se declarara nula o subsidiariamente injustificada la modificación sustancial de condiciones impugnada.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se señaló para la celebración del acto del juicio el 11.2.14, en que tuvo lugar a presencia judicial con las partes y abogados que constan en acta. No comparecieron las secciones sindicales codemandadas.

Tercero.

En el acto del juicio, el actor ratificó la demanda, ampliándola con una nueva pretensión la reincorporación del demandante en su relación laboral anterior con BANKIA- que, oídas las demandadas comparecidas, fue finalmente inadmitida como objeto del pleito. Las demandadas se opusieron a la pretensión deducida en la demanda por las razones que son de ver en el acto del juicio.

Cuarto.

Se practicaron las pruebas documentales propuestas, las partes comparecidas insistieron en su peticiones, y el juicio quedó visto para sentencia.

Quinto.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales de carácter esencial aplicables al caso.

HECHOS PROBADOS

1.- El demandante acreditaba una antigüedad en BANKIA, SA de 1.4.89, categoría profesional de Grupo 1, Nivel V y una retribución bruta mensual de 4.451,10 en el año 2012.

2.- En fecha 8.2.13 la Dirección de BANKIA, SA y las representaciones sindicales codemandadas (que integran el 97,86% de la representación unitaria), alcanzaron acuerdo en período de consultas a los efectos de los arts. 40 , 41 , 47 y 51 ET , en orden a superar la negativa situación económica de la entidad, acordándose el despido colectivo de 4.500 empleados, instrumentado -en parte mediante un programa de bajas incentivadas, designadas por la empresa previa propuesta inicial del empleado interesado. Otras medidas acordadas fueron de movilidad geográfica y de modificación de condiciones de trabajo, incluso de las previstas en el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro aplicable. En el "antecedente" quinto de dicho acuerdo consta que la Dirección de BANKIA propuso, también, "medidas de externalización para minorar el número de extinciones" que, finalmente, no consta recogida entre las medidas finalmente acordadas. Se da por íntegramente reproducido dicho acuerdo (folios 325-349).

3.- En fecha 14.2.13 el demandante solicitó adherirse voluntariamente al programa de bajas incentivadas previstas en dicho acuerdo, solicitud fue denegada en fecha 5.7.13 al entender la demandada BANKIA que "el puesto de trabajo que Vd. ocupa y su valoración dentro del proceso de evaluación que es superior a la medida del ámbito funcional en el que Vd. presta servicios, son determinantes para BANKIA, que es superior a la media del ámbito funcional en el que Vd. presta servicios, son determinantes para Bankia a la hora de considerar la

conveniencia de su permanencia en la entidad y rechazar la propuesta que Vd. formuló". Esta denegación reiterada en fecha 24.7.13, ante la solicitud de revisión del demandante. El demandante no impugno judicialmente dicha denegación.

4.- La sentencia de la Audiencia Nacional de 16.1.14 ha desestimado la demanda conflicto colectivo promovida por CGT, declarando "que la aceptación o denegación de las bajas voluntarias compete exclusivamente a la empresa", en el marco de las condiciones acordadas y debiendo razonar su decisión final.

5.- GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, se constituyó el 20.9.13 con un capital social de 3.000 €, teniendo como objeto social la prestación de todo tipo de asesoramiento jurídico y defensa propios de la abogacía en todas las disciplinas jurídicas (folio 121).

6.- En fecha 13.11.13 ambas empresas demandadas, BANKIA y GRANT THORNTON, junto con las representaciones sindicales codemandadas en la primera (que ostenta el 97,86% de la representación unitaria), procedieron a la apertura del período de consultas previsto en el art. 44.9 ET para modificar las condiciones laborales de, aproximadamente, 43 empleados de Bankia pertenecientes a Asesoría Jurídica de Banca de Particulares y Auditoría Interna de Banco de Particulares "que pasarán en virtud del mencionado art. 44 ET, subrogación empresarial, cuya fecha prevista de incorporación des del 1.12.13, a la empresa Grant Thornton Outsourcing Services, SLP."

7.- Se efectuaron otras tres reuniones más en fechas 19, 25 y 27 de noviembre, con el cruce propuestas que es de ver en las respectivas actas, sin alcanzarse acuerdo (folios 484-491, que se dan por íntegramente reproducidos).

8.- En fecha 28.11.13 ambas empresas demandadas junto con las representaciones sindicales codemandadas (que ostentan el 97,86% de la representación unitaria), alcanzaron el acuerdo e externalización de los servicios de asesoría jurídica y auditoría, en razón del cual los 37 empleados de BANKIA adscritos a ambos servicios -relacionados en el anexo 1 de dicho acuerdo, el demandante entre ellos- pasaría a ser subrogados por la codemandada GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP (en adelante, GRANT).

Se da por íntegramente reproducido dicho acuerdo (folios 372-376), en cuyo segundo "antecedente" se justifica "con el fin reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias", mientras que el quinto "antecedente" se sitúa "en el período de consultas previsto en el art. 44 ET, en relación con los arts. 40.2 y 41.4 ET, para modificar las condiciones laborales de los 37 empleados de Bankia relacionados en el Anexo 1".

Dicho acuerdo establece para el colectivo subrogado las siguientes nuevas condiciones:

- La aplicación del XVI CC Estatal de Empresas de Consultoría, Estudios de Mercado y Opinión Pública.
- Nuevo sistema de clasificación profesional adaptado a dicho convenio.

Nueva estructura salarial adaptada a dicho convenio, con la creación de dos complementos salariales, A y B, no absorbible y sí revisables, para integrar las diferencias entre el nuevo convenio de aplicación y el anterior convenio de Bankia.

- Supresión de cualquier otro concepto salarial, y, en particular, del Sistema de retribución variable y promoción y desarrollo profesional, aplicado en Bankia.

- Reducción del salario fijo bruto anual (aplicado en los complementos A y B) según el siguiente porcentaje:

- Hasta 30.000 €, el 7%
- De 30-40.000 €, el 18%
- De 40-50.000 €, el 22%
- Más de 50.000 €, el 26%

- Distribución salarial en 12 pagas.

- Aplicación del sistema de promoción interna y ascensos de GRANT.

- Reconocimiento de la antigüedad acreditada en Bankia.

- Ampliación de jornada anual de 1680 a 1.800 horas, distribuida en horario partido (excepto los viernes y en verano).

- Reducción de 26 a 22 días de vacaciones.

- Supresión del Sistema de Previsión Social Complementaria establecido en Bankia, dejando de tener cobertura las prestaciones por riesgo (viudedad, orfandad e invalidez) y GRANT no realizará aportaciones a los planes de pensiones de los que son partícipes los empleados transferidos.

- Supresión de los denominados "beneficios sociales" existentes en Bankia, previa liquidación de los devengados durante 2013, entre ellos los complementos de IT, seguro de vida según el Convenio de Ahorro, seguro de accidentes Bankia, póliza sanitaria, ayuda guarderías, etc.

9.- En aplicación de dicho acuerdo, en fecha 29.11.13 el demandante recibió comunicación de subrogación y modificación de condiciones, por correo electrónico, firmado por ambas codemandadas, adjuntando el acuerdo colectivo de fecha 28.11.13, explicitando como fecha de efectos de la subrogación la de 1.12.13, y concretando sus nuevas condiciones de trabajo (folios 377-383).

Se reproduce parcialmente dicha comunicación:

"Dentro del proceso de reestructuración en el que se encuentra BANKIA, SA y con el fin de reducir el número de personas afectadas por el despido colectivo y de atenuar la consecuencias negativas de la mencionada reestructuración se han acordado con la mayoría de la representación legal de los trabajadores (Acuerdo de 8 de febrero de 2013) una serie de medidas, entre las que se encuentra la posible externalización de actividades hasta ahora desarrolladas directamente por BANKIA, SA.

Dentro de este marco, BANKIA, SA y GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, han llegado a un acuerdo, por el cual, la citada sociedad desarrollará para BANKIA, SA, determinados servicios de asesoría jurídica y de auditoría interna con el objeto de optimizar su negocio financiero, mejorando la eficiencia operativa, flexibilizando su infraestructura y aumentando la calidad del servicio a los clientes. El mantenimiento del empleo es uno de los elementos esenciales de este acuerdo, lo que ha permitido excluir del ámbito de aplicación del despido colectivo a los empleados afectados por este acuerdo específico.

En el contrato de externalización firmado entre BANKIA, SA y la sociedad GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, ambas partes han acordado la transmisión de algunas de las unidades productivas y autónomas entre las que se encuentra la unidad a la está Vd. asignado y en la que presta servicios para BANKIA, SA.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, con fecha 1 de diciembre de 2013 pasará Vd a prestar sus servicios en la sociedad GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, manteniendo sus derechos y obligaciones laborales en los términos regulados en el citado precepto legal y le será de aplicación las condiciones laborales pactadas con los representantes de los trabajadores acuerdo de fecha 28 de noviembre de 2013, del cual se adjunta una copia.

En concreto sus condiciones a la fecha de incorporación en GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, serán las siguientes:

Salario bruto: 44.782,26
Antigüedad: 1.4.89 (la ya acreditada)
Destino: c/Tres Torres 7, Barcelona"

En la misma comunicación se reitera que, como consecuencia de lo expuesto y por no verse su puesto de trabajo afectado por el ámbito de aplicación de las medidas de despido colectivo, se ha decidido no aceptar su propuesta de baja indemnizada previsto en el acuerdo de 8.2.13.

10.- La retribución mensual del demandante antes de la subrogación, a cargo de BANKIA, era últimamente de 4.214,74 al mes, pasando a ser en GRANT THORNTON de 3.731,85 al mes (folios 384 y 409).

11.- El demandante ha formulado en fecha 20.12.13 papeleta de conciliación contra ambas codemandadas postulando la existencia de cesión ilegal entre ambas así como la extinción contractual por incumplimiento grave ex art. 50 ET (folios 467-477).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1- Elementos de convicción en la determinación de los hechos declarados probados.

La relación de hechos que se declaran probados, se ha deducido de la valoración conjunta de la prueba, atendiendo a los principios de la sana e imparcial crítica y valorando en especial los documentos que, para mayor claridad, han quedado especificados en cada hecho probado al que dan soporte probatorio.

E de destacar la sustancial conformidad de las partes respecto a los hechos declarados probados, habiéndose centrado el debate en el ámbito estrictamente jurídico.

II- Acotamiento del objeto del pleito

A la vista de la ampliación formulada por la parte demandante en el momento de ratificar la demanda, en el sentido de especificar que la pretensión principal era la restitución del demandante en su anterior vinculación laboral con BANKIA, atendiendo a la alegación de indefensión respecto de la misma opuesta por ambas codemandadas al contestar a la demanda, se ha dictado resolución verbal en el acto del juicio por la que, a tenor de lo dispuesto en el art. 85.1 LRJS, se ha inadmitido tal ampliación, por suponer una modificación substancial de la demanda que -al margen de generar evidente indefensión- escapa manifiestamente del objeto de la vía procesal elegida, el art. 138 LRJS. En efecto, la impugnación de la subrogación operada respecto del demandante en fecha 1.12.13 hubiera exigido otra modalidad procesal, ya que -obviamente- el cambio en la titularidad de la relación laboral excede de la consideración de modificación sustancial de condición de trabajo.

La parte demandante no ha formulado protesta ante dicha resolución verbal, por lo que la misma ha devenido conforme y, por consiguiente, firme.

Por otra parte, y dada la extensa referencia que se hace en la demanda a la denegación al demandante de su adscripción al programa de bajas incentivadas previsto en el acuerdo alcanzado en fecha 8.2.13 en el ERE que afectó a BANKIA, entonces empleadora del demandante, se ha hecho preciso aclarar -cosa que ha hecho la parte demandante, requerida l efecto- que no constituye objeto de impugnación dicha denegación, congruente -por otra parte- con el criterio establecido en la SSAN de 16.1.14 que considera facultad discrecional de la empresa la aceptación de dichas solicitudes.

III- Legitimación pasiva de todas las codemandadas.

La defensa de BANKIA, SA ha opuesto la excepción de falta de legitimación pasiva, entendiendo que la consecuencia procesal inmediata del acotamiento del objeto procesal resultante de aquella aclaración y de la expuesta inadmisión respecto a pretensión que se pretendía introducir vía ampliación (la anulación de la subrogación), determinaría que una hipotética estimación de la demanda en nada la afectaría.

Ciertamente, si no se pretende impugnar la denegación de la adscripción voluntaria del demandante al programa de bajas incentivadas y ha devenido firme la resolución verbal de inadmisión de la pretensión de reposición en la relación laboral con BANKIA, SA, es claro que la única pretensión que resta -única congruente con la modalidad procesal ejercida, por otra parte- es la impugnación de la modificación de condiciones laborales resultante del pacto colectivo de externalización que ha afectado al demandante, impugnación que -de prosperar- pudiera pensarse que en nada afectaría a la codemandada BANKIA una vez producida la subrogación.

Ello no obstante, como sea que la modificación impugnada se ha producido en base o como consecuencia del acuerdo de externalización alcanzado entre ambas empresas codemandadas en fecha 28.11.13 y las representaciones sindicales de BANKIA, todas ellas han debido ser necesariamente demandadas, por cuanto la fundamentación de la impugnación del demandante no radica en aspectos individuales (su concreta afectación), sino en el carácter ilícito, en fraude de ley y fallo de motivación de dicho acuerdo colectivo. Supone, en definitiva, una impugnación individual -ni que sea indirecta- de tal acuerdo colectivo de "externalización" que determina que todas las partes firmantes deban ser demandadas, dado que un hipotético pronunciamiento estimatorio de la demanda -aún circunscritas las consecuencias de condena exclusivamente al ámbito del demandante- pudieran afectar a dicho acuerdo.

Ello, por otra parte, parece lo más congruente con la previsión del art. 138.2 LRJS "in fine" respecto a la obligación de demandar a los representantes de los trabajadores cuando la modificación colectiva cuente con su conformidad. Esta previsión no se incardina exclusivamente en la impugnación colectiva de la modificación vía conflicto colectivo -en el apartado 4.º del art. 138 LRJS - sino en el apartado segundo, de carácter general, en congruencia con la posibilidad de impugnar individualmente el acuerdo colectivo, como ocurre en el presente caso.

Cabe añadir, por otra parte, que el art. 44.9 ET -al ampro del cual se alcanzó el Acuerdo de 28.11.13 de externalización- establece que el procedimiento del período de consultas que regula se ajustará a lo establecido en los arts. 41.4 ET, en cuyo párrafo final se prevé que "cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión". Y, ya más adelante, la previsión de prejudicialidad suspensiva del procedimiento de conflicto colectivo respecto de la acción individual (art. 41.5 ET y 138.4 LRJS) solamente se entiende desde la posibilidad de que tales acciones individuales puedan referirse, también, a la modificación colectiva y al acuerdo alcanzado en la misma.

Debe rechazarse, por ello, la excepción de falta de legitimación pasiva.

IV- Motivos de impugnación

La demanda, a pesar de su extensión, es sumamente lacónica en la fundamentación de los motivos de impugnación, que se expresan sucintamente en el hecho sexto de la demanda en los siguientes términos:

"Que dicha modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que incluye el ilícito cambio de convenio colectivo de aplicación, ha sido adoptada en fraude de ley. Además de ello resulta injustificada sin que la empresa haya invocado las razones que podrían justificarla y se ha realizado sin seguir el procedimiento establecido al efecto".

Tales motivos de impugnación, sucintamente expuestos en la demanda, han sido ampliados por la letrada demandante al ratificar la demanda, exclusivamente en cuanto a su fundamentación jurídica, enmarcándolas en el contexto del art. 44 ET, sin que pueda valorarse que haya introducido -a pesar de la protesta de la demandadas al respecto- elemento fáctico alguno que pueda entenderse generador de indefensión.

Por ello, los tres motivos de impugnación de la modificación de condiciones impugnada, que se abordarán a continuación, son los siguientes:

- Inadecuado procedimiento de sustitución del convenio colectivo aplicable la sustitución del convenio colectivo de origen (Cajas de Ahorro) por el de destino (Consultorías) no cabría, según el art. 44.4 ET, hasta después de consumada la subrogación y por pacto entre la cesionaria y su representación laboral (y no "ex ante", mediante pacto triangular entre cedente, cesionaria y la representación sindical de la primera).

- Fraude de ley: la externalización acordada tendría como único objeto la minoración de condiciones laborales de los trabajadores transmitidos, defraudando el objeto del art. 44 ET que es, de entrada, su conservación, sin perjuicio de posibilitar mecanismos de homogeneización de condiciones laborales.

- Falta de invocación de las causas objetivas que, pretendidamente, justificarían la decisión de externalización acordada.

V- Inadecuado procedimiento de sustitución del convenio colectivo aplicable.

La referencia en el hecho sexto de la demanda conforme la modificación impugnada "incluye el ilícito cambio de convenio colectivo de aplicación" ha sido desarrollada por la letrada demandante, en el momento de ratificar la demanda, en el sentido que el acuerdo colectivo de subrogación y modificación de condiciones de fecha 28.11.13 alcanzado "en el período de consultas previsto en el art. 44 ET, en relación con los arts. 40.2 y 41.4 ET, para modificar las condiciones laborales de los 37 empleados de Bankia relacionados en el Anexo I" (folios 372-376), no podía disponer la inmediata aplicación a dicho colectivo, a partir del 1.12.13, del XVI CC Estatal de Empresas de Consultoría, Estudios de Mercado y Opinión Pública en detrimento del convenio colectivo de "origen", el del sector de las Cajas de Ahorro.

Sostiene la letrada demandante, en definitiva, que según el mandato legal general previsto en el art. 44.4 ET, "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", y si bien tal previsión admite "pacto en contrario", el mismo debería haber producido "una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores".

Debe prosperar este primer motivo de impugnación por cuanto, efectivamente, el precepto invocado es sumamente claro al respecto, y no admite la tesis sostenida por las demandadas: el Acuerdo de fecha 28.11.13 podía versar -según dispone el art 44.9 ET - sobre las "medias previstas y sus consecuencias para los trabajadores", pro en absoluto podía afectar a tema tan trascendente como es la sustitución del convenio colectivo, para lo cual el art 144 ET dispone que debe efectuarse en un momento posterior a la subrogación (ni que sea inmediato, pero en ningún caso previo), y en un escenario de negociación distinto, "entre el cesionario y los representantes de los trabajadores", entendiéndose por tal la resultante después de la sucesión empresarial.

Este último aspecto es especialmente relevante por cuanto, aunque tal extremo no ha quedado acreditado, todo hace suponer que la plantilla de la empresa cesionaria, constituida apenas dos meses antes de la subrogación, puede ser mínima o inexistente, como también la existencia de representación legal, con lo cual todo apunta que debieran haber sido el propio colectivo de trabajadores transmitidos -ni que fuera mediante la comisión de representación provisional contemplada en el art. 41.4 ET - quien asumiera la representación de sus intereses. En todo caso, todo indica que el escenario de negociación por dicho colectivo le hubiera sido más favorable en el marco legal previsto por el art. 44.4 ET, que no aquel en el que indebidamente se ha producido la sustitución convencional, ex art. 44.9 ET, por pacto triangular entre ambas empresas codemandadas -la cedente y la cesionaria- y la representación laboral de la primera Cabe añadir a lo anterior que la Directiva 2001/23 relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión empresarial, de la que el art. 44 ET es trasposición establece en su art. 3.3 un mandato muy claro e imperativo respecto a 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", añadiendo, a continuación que "los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año".

Llama la atención también que la norma comunitaria, a diferencia del art. 44.4 ET, ni tan siquiera contemple "pacto en contrario" a dicha regla general, que no sea la excepcional situación de quiebra o insolvencia regulada en el art. 5.2.b) de la misma Directiva 2001/23, en el que se prevé solamente en tales casos y "bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas determinado por la legislación nacional)", que "el cesionario, el cedente ... y los representantes de los trabajadores 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".

Por ello y a modo de conclusión: tanto desde la norma interna, art. 44.4 ET como, aún con mayor claridad, desde el marco comunitario -la la Directiva 2001/23- se concluye que -tal como se ha denunciado sucinta pero suficientemente en la demanda- la sustitución del convenio colectivo acordada no ha seguido el procedimiento legal exigible, motivo que, por si solo, debe determinar la anulación de la misma en lo que su aplicación al demandante se refiere.

VI- Concurrencia de fraude de ley en la modificación de condiciones resultante del Acuerdo de 28.11.13

El art. 44.9 ET al amparo del cual se ha alcanzado el acuerdo impugnado remite, en cuanto al procedimiento del periodo de consultas, al art. 41.4 ET que, a su vez, dispone que cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas invocadas "y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión".

La alegación de fraude de ley, vinculada a la anterior, se denuncia también en la demanda y se ha desarrollado más extensamente en el momento de ratificación de la misma fundamentándose en que los codemandados (ambas empresas y los representantes de los trabajadores) habrían orientado la negociación del período de consultar y el propio. Acuerdo de 28.11.13 a un resultado contrario al perseguido por la norma comunitaria y la norma interna, Directiva 2001/23 y art. 44 ET, como es utilizar la externalización acordada (y la sucesión empresarial y subrogación laboral que comporta) como mecanismo para desposeer al colectivo de trabajadores afectado de su convenio colectivo de origen (Cajas de Ahorro), en claro perjuicio de sus condiciones laborales (sustancialmente, una notable reducción salarial de conjunto, ampliación de jornada y supresión total de régimen de previsión).

En réplica a dicha alegación, ambas codemandadas han vinculado dicho Acuerdo con el "proceso de reestructuración" de Bankia, tal como se explicita en los "antecedente" primero y segundo del mismo, "con el fin de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante ... la posibilidad de adoptar, entre otras, medidas de externalización para minorar el número de extinciones".

Lo cierto es, ello no obstante y sorprendentemente, que en el Acuerdo de Despido Colectivo de 8.2.13 (que se ha dado por íntegramente reproducido en la resultancia fáctica), si bien en sus "antecedentes" se recoge que BANKIA propuso tal medida, no consta recogida como acuerdo alcanzado, por lo que se desvirtúa la pretendida consideración del Acuerdo de 28.11.13 como un acuerdo meramente "aplicativo" del anterior Acuerdo de Despido Colectivo de fechas 8.2.13.

Por lo demás, ninguna de ambas codemandadas ha negado en el acto del juicio que la finalidad del proceso de externalización fuera, precisamente, la reducción de costes que manifiestamente y a la vista de la condiciones de subrogación pactadas, solamente puede venir por la radical y drástica reducción de condiciones laborales de los trabajadores transmitidos.

Esta finalidad, por si misma, subvierte frontalmente la prevista en la Directiva 2001/23 que, como indica su título, pretende garantizar "el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o centros de actividad", y, por ende, la del art. 44 ET .

En efecto, de la lectura íntegra, global y sistemática tanto de la Directiva 2001/23 como de la norma de trasposición interna como es el art. 44 ET se infiere, con toda claridad, que el objetivo de ambos preceptos es regular y garantizar que -en los diversos supuestos de sucesión de empresa- el nuevo empresario quede obligado no solo a mantener la relación laboral, sino a respetar los derechos y obligaciones derivados de dicha relación laboral, sin perjuicio de regular -también- mecanismos para, una vez producida la sucesión y la correspondiente subrogación, posibilitar la deseable homogeneización con las condiciones laborales aplicables en la empresa cesionaria, incluido el correspondiente convenio colectivo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia comunitaria más reciente en relación a este mandato de conservación del convenio colectivo de "origen" y la posibilidad de sustitución por el de "destino", que se resume en los siguientes párrafos de la STJUE de 6.9.11 (caso Scattolon), cuyos razonamientos referidos a la Directiva 77/187 resultan de plena aplicación, dado la posterior Directiva 2001/23 no es más que el resultado de la coficación y aclaración de aquella:

"74- Por consiguiente, la regla prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 77/187, según la que "el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la

misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha [...] de aplicación de otro convenio colectivo, debe entenderse en el sentido de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución.

75- Aunque de lo antes expuesto resulta que la Directiva 77/187 reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a los 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, el auto de 15 de septiembre de 2010 Briol, C-386/09, apartado 26).

16- El ejercicio de la facultad de sustituir con el 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 lo 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".

Llama la atención el contundente recordatorio "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" así como la posterior aclaración de que "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 lo tanto tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión"

Y esto es precisamente lo que acontecido en el presente caso, en el que lo que ha pretendido con el Acuerdo cuestionado- y/o el efecto que se ha conseguido- es la imposición a los afectados de condiciones mucho menos favorables.

No cuestiona este magistrado la posibilidad, admitida en el apartado 74.º de la STJUE 6.9.11, "de que el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa incluidas las referidas a la retribución, pero tal posibilidad esta sujeta a dos límites claramente infringidos en el presente caso.

- El procedimental: el "pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores", que prevé el art 44.4 ET, o "la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo", que establece el art. 3.3 de la Directiva 2001/23 .

- y el "finalístico", si se nos permite la expresión, ya que la sustitución convencional "no puede por lo tanto tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión".

Por ello, por haber transgredido también este segundo límite, en claro fraude de ley, procede declarar la nulidad de la sustitución convencional aplicada al demandante.

VII- Falta de motivación de la modificación impugnada.

De no haber prosperado los dos motivos de impugnación ya apreciados, -aún en el caso de que en contra de lo hasta aquí razonado- se entendiera que sí cabe en el marco del art. 44.9 ET una sustitución convencional "in peius" como la aquí cuestionada, habría que apreciar el tercer motivo de impugnación formulado por el demandante, por cuanto -más allá de la genérica referencia a la decisión de externalización y el acuerdo de 28.11.13- ni en dicho acuerdo colectivo ni en la notificación individual de fecha 29.11.13 se contiene la más mínima referencia a las causas objetivas que, pretendidamente, justifican la necesidad o conveniencia de externalización de servicios tan estratégicos en la entidad financiera como son Auditoría y Asesoría Jurídica, externalización -además- ciertamente excepcional, de la que ni consta ni se ha invocado precedentes en otras entidades.

Debe recordarse, en tal sentido, que el hecho de que -en el negado supuesto de que la sustitución convencional pudiera acordarse en el marco de los arts. 44.9 y 41.4 ET - el acuerdo alcanzado, ciertamente, determinaría la presunción de concurrencia de las causas justificativas; pero para que opere tal presunción resulta insoslayable que en dicho acuerdo se expliciten con la necesaria concreción "las causas justificativas" que cabe presumir. Lo contrario comportaría confundir el mandato de presunción de concurrencia de las causas invocadas con la absoluta exoneración de la exigencia causal, posibilidad esta última inaceptable, aún en el supuesto de alcanzarse acuerdo en el periodo de consultas.

Recuérdese, en tal sentido, que -precisamente- el art. 41.4 ET dispone, como primer objeto del período de consultas- "sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial", lo que refuerza la exigencia de explicitación de las mismas tanto en el Acuerdo colectivo que pudiera alcanzarse como en la comunicación individual de afectación, exigencia ambas que, al resultar manifiestamente incumplidas en el presente caso, debería determinar - caso de no haber prosperado previamente los dos motivos de nulidad postulados con carácter principal- la declaración de nulidad también por este motivo, dada la manifiesta situación de indefensión generada al demandante.

VIII- Consecuencias de condena.

La estimación íntegra de la demanda determina que deba declararse la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (mediante sustitución del convenio colectivo de aplicación) notificada al demandante con efectos de 1.12.13, y condenar a todas las demandadas, en sus respectivas responsabilidades, a estar y pasar por dicha declaración en todo caso a la actual empleadora, GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, a reponer al demandante en sus condiciones laborales prevista a la subrogación operada en tal fecha y a abonarle, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, el incontrovertido importe de 1.438,50 euros, diferencias retributivas causadas durante los meses posteriores a la subrogación y previos al acto del juicio, diciembre de 2013 y enero de 2014.

IX- Recurribilidad en suplicación de la presente sentencia.

Sin perjuicio del carácter inmediatamente ejecutivo de la presente sentencia (art. 138.6 LRJS), y a pesar de no haber sido ello alegado por ninguna de las partes comparecidas, considera este magistrado que procede recurso de suplicación contra la presente sentencia dado el carácter colectivo de la modificación sustancial cuya afectación individual al demandante se anula, dándose -en todo caso- el supuesto previsto en el art. 191.3 b) LRJS, ya que es notorio que las cuestiones debatidas y resueltas en el presente procedimiento afecta a todo el colectivo de antiguos trabajadores de Asesoría Jurídica y Auditoría de Bankia, objeto de sucesión empresarial y subrogación laboral, afectados por el cuestionado Acuerdo de 28.11.13.

Vistos los razonamientos expuestos:

FALLO

Estimo la demanda presentada Leoncio contra BANKIA, SA, GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP y las representaciones sindicales CCOO, UGT, ACCAM, SATE y CSICA, en IMPUGNACIÓN DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO y declaro la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (mediante sustitución del convenio colectivo de aplicación) notificada al demandante con efectos de 1.12.13, y condeno a todas las demandadas,, en sus respectivas responsabilidades, a estar y pasar por dicha declaración y, en todo caso, a la actual empleadora, GRANT THORNTON OUTSOURCING SERVICES, SLP, a reponer al demandante en sus condiciones laborales previas a la subrogación operada en tal fecha y a abonarle, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, el importe de 1.438,50 euros, diferencia retributivas causadas durante los meses posteriores a la subrogación y previos al acto del juicio.

Notifíquese esta sentencia a las partes, hagaseles saber que no es firme y puede interponerse recursos de suplicación frente al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el plazo de cinco días, anunciándolo en este Juzgado, si el recurrente es empresario y no goza del beneficio de justicia gratuita, deberá mostrar el resguardo acreditativo de haber depositado en el Banco Español de Crédito, oficina 215 y en la cuenta corriente N 5233.0000.00.1364.13, la cantidad objeto de condena y deberá depositar 150,25 euros en la misma cuenta corriente, los dos ingresos deben hacerse por separado.

Adviértase a la recurrente para que, conforme dispone la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, que regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, aporte, con el escrito de formalización del recurso de suplicación, modelo 696 de autoliquidación de la tasa que le corresponda, salvo causa legal de exención, en cuyo caso deberá alegarlo al presentar dicho escrito.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA- La sentencia anterior ha estat publicada i llegida en audiencia pública pel magistrat que la subseriu, l'original ese conservarà en el llibre corresponent, i s'unirà per certificació a les actuacions. En dono fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores,

traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.