

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 1 de abril de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 95/2013*

**SUMARIO:**

**Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ericsson España, S.A. Medida colectiva consistente en el cambio del porcentaje del sistema de la retribución variable.** *Periodo de consultas que finaliza sin acuerdo con decisión unilateral de la empresa, contando esta con varios centros de trabajo, unos con representación legal y otros sin ella.* No cabe apreciar incumplimiento de la empresa durante el periodo de consultas determinante de la nulidad de su decisión por constitución defectuosa de la comisión negociadora, ya que pese a que reiteró a los centros sin representación la necesidad de optar por alguna de las alternativas propuestas (como delegar a estos efectos en el Comité de empresa de los centros con representación o bien en la comisión negociadora conjunta del proceso de modificación del plan de retribución variable), estos no encomendaron su representación a las comisiones ad hoc (art. 41.4 del ET), no reuniendo las secciones sindicales los requisitos para ser interlocutores. Voto particular.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 41.4.

**PONENTE:**

*Doña Milagros Calvo Ibarlucea.*

Magistrados:

Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ  
Don MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL  
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA  
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN  
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Román Gil Albuquerque, en nombre y representación de ERICSSON ESPAÑA, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de junio de 2012, dictada en autos número 80/12, en virtud de demanda formulada por FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y D<sup>a</sup> Yolanda como DELEGADA SINDICAL DE CCOO, contra ERICSSON ESPAÑA, S.A., MCA.UGT-MADRID y MINISTERIO FISCAL, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Enrique Lillo Pérez, actuando en nombre y representación de FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y el Letrado D. Fernando Luján de Frías, actuando en nombre y representación de MCA.UGT-MADRID.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Por la representación de FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y D<sup>a</sup> Yolanda, se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: "se declare la nulidad de la medida colectiva consistente en el cambio del porcentaje del sistema de la retribución variable o bono, así como declarar el derecho de los

trabajadores a seguir percibiendo el bono con los porcentajes que hasta 2009 se venían haciendo, y se condene a la empresa a abonar a los trabajadores los bonos correspondientes al sistema de bono existente hasta 2009".

### **Segundo.**

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

### **Tercero.**

Con fecha 18 de junio de 2012 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE CC.OO. y D<sup>a</sup> Yolanda DELEGADA SINDICAL CC.OO. contra ERICSSON ESPAÑA SA, MCA UGT Y MINISTERIO FISCAL, y en consecuencia declaramos la nulidad de la modificación sustancial del porcentaje del sistema de la retribución variable o bono. Declaramos igualmente el derecho de los trabajadores a seguir percibiendo el bono con los porcentajes que hasta 2009 se aplicaban, y condenamos a la empresa a abonarles los bonos correspondientes al sistema de retribución variable existente hasta 2009".

### **Cuarto.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1.º- El presente conflicto afecta a la totalidad de la plantilla, y por tanto a alrededor de 2681 trabajadores que prestan servicios en centros de trabajo situados en distintas Comunidades Autónomas.

2.º- El salario de los trabajadores se compone de una partida fija y de una retribución variable denominada bono. Este sistema de retribución variable, recogido en los contratos de trabajo o derivado de una práctica de la empresa, tiene tres niveles según el grado de consecución de los objetivos: no cumplimiento o "robust", cumplimiento o "commitment", y mejora del cumplimiento o "stretch". Según que se alcance cada uno de estos tres niveles, el bono consiste en un porcentaje que fija la empresa sobre la retribución fija anual. A su vez, hay dos colectivos implicados: el del personal vinculado a la venta (STV) o no vinculado a la venta (SIP), cada uno con distintos porcentajes. La retribución variable STV distingue entre Directores, Gerentes, Profesionales y Administrativos.

Hasta marzo de 2009, los porcentajes establecidos por la empresa para calcular los bonos han sido los siguientes:

1) Para local STV: MU (Unidades de mercado y departamento de soporte) y Host (Departamento de I+D, GSDC y SSC):

- directores: 25% si commitment, 33% si stretch.
- managers: 20% si commitment, 26,50% si stretch.
- profesionales: 15% si commitment, 20% si stretch.
- administrativos: 8% si commitment, 11% si stretch.

2) Para local SIP (ventas y preventas):

- KAM, Tiger Team Leader: 40% si commitment, 93% si stretch.
- Account Manager AM4: 25% commitment, 58% stretch.
- Account Manager AM1, 2 y 3: 20% commitment, 46% stretch.
- Pre-sales manager: 20% commitment, 46% stretch.
- Pre-sales professional: 15% commitment, 35% stretch.

3.º- En marzo de 2009 la empresa decidió variar unilateralmente los porcentajes de los bonos; medida que fue calificada de nula en SAN 23-9-10 al tratarse de una modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta por la empleadora en vez de seguir los cauces del art. 41 ET, confirmándose por STS 19-9-11 .

4.º- El 7 de febrero de 2012 la empresa dirigió comunicación a los comités de empresa de los centros de trabajo "Torre Suecia" y "Millenium", que consta en autos y se tiene por reproducida, en la que iniciaba formalmente el período de consultas enmarcado en el art. 41 ET para modificar el plan de retribución variable, con efectos para 2012.

5.º- Previamente, el 3 de febrero de 2012, la empresa había remitido comunicación a trabajadores de centros que no cuentan con representación unitaria, informándoles sobre la próxima apertura del período de consultas e indicándoles que estaban "facultados para nombrar como representantes (...) a algunos de los representantes que se indican en la carta que se adjunta". En concreto, se daba la opción de elegir a estos efectos entre el Comité de empresa del centro de trabajo de Millenium, el del centro Torre Suecia o bien la "Comisión Negociadora conjunta del proceso de modificación del plan de retribución variable" (sin que conste la composición de esta última).

En cualquier caso, se dio acceso a estos trabajadores a la información manejada en el período de consultas, a través de una herramienta de la intranet corporativa.

6.º- Tras la reunión del 7 de febrero de 2012, tuvieron lugar cuatro reuniones más: el 10, el 16, el 21 y el 27 de febrero, en las que participaron miembros de los citados comités de empresa y de las secciones sindicales de UGT y CCOO. A la reunión del 16 de febrero asistió también un representante de la Federación de Industria de CCOO.

7.º- En el período de consultas, la Compañía explicó a los representantes de los trabajadores que mediante la modificación del sistema de retribución variable se pretendía fomentar el rendimiento de los trabajadores, alinearse con el grupo y con el mercado.

Se puso a disposición de los representantes un documento en el que se reflejan los resultados financieros consolidados de la Compañía, y en el que consta que las ventas netas se han ido reduciendo desde el año 2007 (2008: -18%, 2009: -39%, 2010: - 46%, 2011: -35%), que el margen bruto consolidado se ha reducido (2010: 36%, 2011: 21%, 2012: 4%), y que el resultado operativo será negativo en 2012 (2010: 9%; 2011: 0% y 2012: -17%).

La empresa aportó documentación adicional, previo requerimiento de los representantes de los trabajadores en el período de consultas. La documentación se entregó en CD a los representantes y se colgó en la intranet.

Se realizaron propuestas y contrapropuestas.

8.º- El 7 de marzo de 2012 la empresa comunicó a los trabajadores que, tras haberse sustanciado período de consultas sin alcanzar acuerdo, se procedía a modificar los planes de retribución variable de la Compañía.

En concreto, la modificación consiste en nuevos porcentajes para la retribución variable STV y en la racionalización de los partícipes en el plan de retribución variable SIP.

Los nuevos porcentajes para la retribución variable STV implican que el nivel stretch pasa a ser el doble del pago a nivel commitment:

- Directores: Commitment 20% y Stretch 40%.
- Gerentes: commitment 15% y stretch 30%
- Profesionales: commitment 10% y stretch 20%
- Administrativos: commitment 5,5% y stretch 11%

9.º- El análisis de las cuentas anuales 2008, 2009 y 2010 de la empresa arrojan como resultado la viabilidad de la actividad.

10.º- Le empresa tiene en marcha un plan de racionalización de costes durante el año 2012.

Se han cumplido las previsiones legales".

#### **Quinto.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de la empresa ERICSSON ESPAÑA, S.A., basándose en los siguientes motivos: 1.º- Al amparo del apartado d) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con objeto de revisar los hechos probados, en concreto para añadir un nuevo HP Quinto Bis, por existir un error en la apreciación de la prueba. 2.º, 3.º y 4.º- Al amparo del apartado e) del art. 207 LRJS, con objeto de revisar el derecho aplicado en la Sentencia.

#### **Sexto.**

Por providencia de fecha 29 de mayo de 2013 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 25 de marzo de 2014. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a al Excmo. Sra. Dª Milagros Calvo Ibarlucea.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Por la Federación de Industria de Comisiones obreras y D<sup>a</sup>. Yolanda, Delegada Sindical de CC.OO. se promovió demanda de conflicto Colectivo Frente a Ericsson España S.A. MCA, UGT solicitando " que se declare la nulidad de la medida colectiva consistente en el cambio del porcentaje del sistema de la retribución variable o bono, así como declarar el derecho de los trabajadores a seguir percibiendo el bono con los porcentajes que hasta 2009 se venían aplicando, y se condene a la empresa a abonar a los trabajadores los bonos correspondientes al sistema de bono existente hasta 2009. Subsidiariamente, se solicita que la medida se declare injustificada .".

En el acto de ratificación en juicio se adhirió a dichas pretensiones M.C.A. U.G.T afectando el conflicto a trabajadores que prestan sus servicios en centros de trabajo repartidos por diferentes comunidades autónomas.

La sentencia estimó la demanda y declaró la nulidad de la modificación sustancial del porcentaje del sistema de la retribución variable o bono, declarando el derecho de los trabajadores a seguir percibiendo el bono con los porcentajes que hasta 2009 se aplicaban y condenando a la empresa a abonarles los bonos correspondientes al sistema de retribución variable existente hasta 2009.

Recurre la demanda en casación al amparo de los apartados d) y e) del artículo 207 de la LJS .

### Segundo.

En el primero de los motivos del recurso, encaminado a acreditar al existencia de error en la apreciación de la prueba, la recurrente solicita la adición de un nuevo hecho probado que recibiría el número quinto bis de orden. El texto que se pretende incorporar al relato histórico es del tenor literal siguiente : "Mediante correo electrónico de fecha 8 de febrero de 2012 la empresa comunicó a los trabajadores de centros que no cuentan con representación unitaria, entre otras cuestiones, que "(...) te informábamos de que podías delegar vuestra representación, si así lo estimabais oportuno, en cualquiera e los dos comités de empresa o en la mesa negociadora, Por medio e esta comunicación queríamos confirmar, si habíais procedido con dicha delegación, o analizado alguna otra alternativa, de cara a la representación en el referido período de consultas." . A tal fin invoca como apoyo documental a la descripción 67, documento N.º 23, pagina 3 del expediente electrónico, a lo que se accede por tratarse de un documento distinto del aludido en el hecho quinto ya que éste se refiere al día tres de febrero y el que nos ocupa al día ocho del mismo mes, por la relevancia que pueda merecer y haberse formulado la petición con designación precisa del documento a tener en cuenta y descripción del texto a incorporar, sin que el documento haya sido impugnado así como por tratarse de un instrumento electrónico con el que se pretende acreditar la constancia del envío de un texto.

### Tercero.

Al amparo del artículo 207-e) de la LJS, la recurrente alega la infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 3.1.a) del citado texto legal, artículos 3.1 . y 6.1 del Código civil y 9.3 de la Constitución Española .

Afirma la sentencia que la empresa no ha seguido claramente ninguna de las vías previstas en el artículo 41.4 antes citado, provocando una interlocución de conformación híbrida en la que no se cumplen (sic) las exigencias establecidas por el legislador y como razones para ello afirma que en los centros sin representación no dio lugar a la conformación de una comisión ad hoc y si se atendiera a la representación sindical, no consta acuerdo de las secciones para asumir el papel de interlocutoras.

Arguye la recurrente que del relato fáctico no resulta que la empresa haya impedido en ningún momento la creación de la comisión ad hoc, y que el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores establece un derecho o facultad para los trabajadores pero no una obligación para la empresa de informar a los trabajadores que tiene que constituir una comisión ad hoc obligatoria. De dicho relato resultan como datos de interés los que se reseñan a continuación: El 7 de febrero de 2012 la empresa dirigió comunicación a los Comités de empresa de los centros "Torre Suecia" y "Millenium" en las que se iniciaba formalmente el periodo de consultas para modificar el plan de retribución variable, con efectos para 2012 . Previamente, el 3 de febrero de 2012 la empresa había remitido comunicación a los trabajadores de centros que no cuentan con representación unitaria informándoles sobre la próxima apertura del periodo de consultas e indicándoles que "estaban facultados para nombrar representantes, dando la opción de elegir a estos efectos entre el comité de Empresa del centro de trabajo de Millenium, el de centro Torre Suecia o bien " la Comisión Negociadora conjunta el proceso de modificación del Plan de retribución variable, dando acceso a los trabajadores a la información manejada en el periodo de consultas a través de una herramienta de la intranet corporativa . A lo anterior se añade el envío el 8 de febrero de 2012 de la comunicación dirigida a los trabajadores a través del correo electrónico al que se refiere la modificación fáctica acogida en el que se dice ".... Por medio de esta comunicación queríamos confirmar, si habíais procedido con dicha delegación o,

analizado alguna otra alternativa, de cara a la representación en el referido periodo de consultas". Fueron celebradas reuniones el 7, 10, 16, 21 y 27 de febrero de 2012 en las que participaron miembros de los citados comités de empresa y de las secciones sindicales de UGT y CCOO, asistiendo también a la de 16 de febrero un representante de la Federación de Industria de CC.OO; Tras la entrega de la documentación a iniciativa de la empresa y a requerimiento de los trabajadores, se acredita el resultado financiero negativo hasta la fecha referido a los años 2008, 2009, 2010, 2011 y previsión para 2012, finalizando las consultas sin acuerdo por lo que la empresa comunica el 7 de marzo de 2012 que procede unilateralmente a modificar los planes de retribución variable.

Se trata por lo tanto de dilucidar a la vista lo acontecido, la rectitud o inadecuación de la conducta empresarial a las previsiones del artículo 41.4 del E.T. La norma rectora de la conducción del periodo de consultas cuando de la modificación de condiciones sustanciales se trata, atendiendo a la redacción vigente en la fecha de inicio de las consultas, establece un orden de prelación que comienza con los representantes legales, referencia que deberá ser colmada con arreglo a los términos del artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores, es decir delegados de personal o comités de empresa y, de existir por previsión convencional, el comité intercentros. A continuación, sin emplear la denominación representantes sino la de interlocutores, la norma alude a las secciones sindicales siempre que éstas reúnan determinados requisitos y en párrafo distinto pero sin emplear el término en defecto de las secciones sindicales pero si utilizando la expresión "en las empresas en las que representación legal", el precepto contempla la posibilidad, a opción de los trabajadores, de otorgar su representación a alguna de las comisiones que configura el n.º 4 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores lo que viene a situar en primer término a la representación legal, a continuación a la elegida por los trabajadores y por último a las secciones sindicales, siempre que éstas así lo acuerden y sumen la mayoría de los miembros de comités de empresa o de delegados de personal.

La sentencia ha negado la capacidad de intervención a las secciones sindicales presentes durante el periodo de consultas afirmando que no consta que las mismas reunieran los requisitos impuestos por el precepto, tampoco considera aceptable que la comisión así constituida tuviera validez debido al carácter híbrido de la misma. Respecto a esto último, debe puntualizarse que no nos hallamos ante la negociación de un convenio y que la regulación del artículo 41 -4.º citado, habida cuenta de las dudas que suscita la redacción vigente al tiempo de los hechos no impide la formación de comisiones híbridas y menos aún lo hace a raíz de la reforma introducida por el Real Decreto ley 11 /2013 de 2 de agosto que si bien no es de aplicación permite orientar una interpretación a la vista de como el legislador ha resuelto, en parte, algunas de las cuestiones que la anterior formulación del precepto llevaba a plantear, como se ve a continuación.

Así, tras una reproducción del texto actualmente vigente con la mención de los representantes legales y de la interlocución a cargo de las secciones sindicales afronta la problemática relativa a empresas con uno o varios centros de trabajo y como proceder cuando todos cuentan con representantes legales así como en el caso contrario.

La solución adoptada, de existir representación legal en los varios centros de trabajo consiste en que solo ésta intervendrá en la negociación. En el caso de un número plural de centros unos con representación y otros sin ella, aquella representará a todos los centros salvo que los que carecen de representación acudan a la designación de las comisiones opcionales del apartado b).

En la redacción modificada y en la vigente el mandato dirigido a la empresa es la de comunicar a los representantes o a sus trabajadores la intención de iniciar el procedimiento de modificación, para constituir la comisión se contempla un plazo máximo que en la moderna redacción se amplía para los centros sin representación y en ambas redacciones se prevé que la falta de constitución de la comisión no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas y su constitución con posterioridad no comportará ampliación del mismo.

De las exigencias que requiere la validez del acuerdo y de las que acompañan al periodo de consultas sin merma de la eficacia de éste resulta un tratamiento completamente distinto el que se dispensa al periodo de consultas que finaliza con acuerdo del que acaba en una decisión unilateral del empresario. Dado que el acuerdo requiere la válida constitución de dos partes y un régimen en la adopción de los acuerdos, la constitución de una comisión en los términos legalmente exigidos es indispensable pues de otra forma todo el proceso resultaría invalidado.

Con ello implícitamente se está diferenciando la categoría del periodo de consultas en función del acuerdo. Un periodo de consultas pleno en su contenido, representación en ambas partes, documentación, reuniones, negociación, todo ello configura un plus de actuación superior al mero transcurso del tiempo, cuando de la obtención de un acuerdo se trata.

Pero si el periodo de consultas finalizó en una decisión unilateral entonces aquel requisito cobra la importancia de un requisito formal que en cuanto transcurso de un plazo es inexcusable pero sin que pueda convertirse en un impedimento imposible para la decisión unilateral que debido a la inacción de los trabajadores que carecen de representación y a que no existan secciones sindicales o no concurran en cuanto a ellas los presupuestos legales para su intervención, en forma alguna pudiera establecerse la interlocución entre las partes, al modo legalmente previsto indispensable para aquella decisión.

Tal como resulta del modificado relato histórico los centros de trabajo Torre Suecia y Millenium intervinieron debidamente representados, los restantes trabajadores cuyo centro de trabajo no consta no otorgaron representación pese a que se reiteró la procedencia de optar por alguna otra alternativa a los comités de Millenium, y Torre Suecia. También se acredita la constitución de una comisión integrada por los citados comités y secciones sindicales, así como un representante de una Federación Sindical.

La sentencia no ha reconocido capacidad negociadora a la Federación Sindical y la atribución directa de representación a los dos comités existentes no estaba contemplada entonces en el precepto como lo está ahora. Pero en todo caso no ha existido una negativa empresarial a admitir una representación otorgada por los trabajadores sin representación legal sino por el contrario la inactividad de estos que pudo deberse a una atribución oficiosa a los dos comités aunque esto resulte irrelevante, lo que no puede obstaculizar indefinidamente el periodo de consultas, la norma así lo establece y como consecuencia lógica y correlativa la previsión legal es que el plazo correría su curso hasta su finalización dando así validez al trámite previo hasta que culminara en una decisión unilateral o en la ausencia de la misma o en el desistimiento de la decisión anunciada.

En las actuaciones de las que trae causa el presente recurso no cabe apreciar incumplimiento por parte de la empresa ni una acción encaminada a obstaculizar la designación de representantes o de interlocutores de los trabajadores que no pertenecían a los centros de trabajo Torre Suecia y Millenium, y por el contrario no consta ninguna acción de aquellos encaminada a colmar la opción que les confiere el artículo 41.4.º del Estatuto de los Trabajadores, sin que tampoco, desde una perspectiva meramente oficiosa al margen de las previsiones legales quepa negar que en todo momento hubo en la comisión negociadora una representación informal de los trabajadores a los solos efectos de recibir adecuada información y asesoramiento y sin que en todo caso y esto es lo mas importante se haya alcanzado un acuerdo por quienes no representan a los trabajadores al haber finalizado la tramitación sin éste y por el contrario haberse cumplido la formalidad del transcurso del plazo asignado al periodo de consultas.

Por todo lo cual y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso sin que haya lugar a la imposición de las costas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 233 de la L.J .S.

Habiendo formulado la demanda una petición principal, de nulidad, que es rechazada en sede casacional, y otra subsidiaria acerca de la justificación de las causas en las que se apoya la decisión empresarial, procede casar y anular lo resuelto dictando en su lugar una sentencia en la que se resuelve sobre la pretensión principal con devolución de las actuaciones a la Sala de origen a fin de que resuelva sobre la subsidiaria.

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

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Román Gil Alburquerque, en nombre y representación de ERICSSON ESPAÑA, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de junio de 2012, dictada en autos número 80/12, en virtud de demanda formulada por FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS y D<sup>a</sup> Yolanda como DELEGADA SINDICAL DE CCOO, contra ERICSSON ESPAÑA, S.A., MCA.UGT-MADRID y MINISTERIO FISCAL, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y en su lugar dictamos otra en la que se deja sin efecto la declaración de nulidad recaída sobre el periodo de consultas y se ordena la devolución de las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional a fin de que pronuncie acerca de la pretensión subsidiaria objeto de la demanda, sin que haya lugar a la imposición de las costas. Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para recurrir. .

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, 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.

*VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN n.º 1/95/2013.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1/95/13 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, siempre dentro del debido respeto a la decisión mayoritaria.

El voto particular se funda en los siguientes razonamientos jurídicos:

#### **Primero.**

Se recurre en casación la sentencia de la Audiencia Nacional de 18/6/2012 que, estimando la demanda de conflicto colectivo presentada por la Federación de Industria de CCOO y una delegada sindical de CCOO en la

empresa ERICSSON ESPAÑA SA, contra dicha empresa, declara la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, relativa al sistema de retribución variable, adoptada por la empresa y, en consecuencia, el derecho de los trabajadores a seguir percibiendo esa parte del salario por el sistema anterior a la modificación y condenando a la empresa a abonar las cantidades adeudadas por dicho concepto. Dicha sentencia, glosando el artículo 41 ET, en relación con la necesaria constitución de una comisión negociadora para evacuar el preceptivo período de consultas previo a la adopción de una medida colectiva de modificación sustancial de condiciones de trabajo, recuerda que "la interlocutora de la empresa en el período de consultas es, con carácter general, la representación unitaria, y en aquellos centros en los que tal representación no exista, los trabajadores podrán atribuir su representación a una comisión creada ad hoc para participar en el proceso negociador, cuya composición es decidida por ellos eligiendo libremente entre dos opciones que marca la ley: bien por trabajadores de la propia empresa o bien por componentes designados, en función de su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector". Añadiendo que "de modo alternativo a la negociación con la representación unitaria, es posible que el período de consultas se lleve a cabo con las secciones sindicales, pero para ello es necesario que éstas así lo acuerden y sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal". Pues bien, concluye la Audiencia Nacional que "la empresa no ha seguido claramente ninguna de estas vías, provocando una interlocución de conformación híbrida, en la que, en cualquier caso, no se cumplen las "exigencias establecidas por el legislador para validar la negociación: En cuanto a la representación unitaria, la correspondiente a los centros sin representación no dio lugar a la conformación de una comisión ad hoc, que es la única fórmula que el art. 41 ET contempla para estos casos. Y si, por el contrario, atendemos a la representación sindical, no consta acuerdo de las secciones para asumir el papel de interlocutoras" (FD Tercero). Y, por lo tanto declara la nulidad de la decisión modificativa por no ser válido el período de consulta al haberse constituido defectuosamente la comisión negociadora.

En mi opinión dicha conclusión de la Audiencia Nacional era jurídicamente correcta y debería haber sido confirmada. Por el contrario, la sentencia de la que discrepo entiende que "la regulación del artículo 41-4.º citado, habida cuenta de las dudas que suscita la redacción vigente al tiempo de los hechos no impide la formación de comisiones híbridas y menos aún lo hace a raíz de la reforma introducida por el Real Decreto ley 11/2013 de 2 de agosto que si bien no es de aplicación permite orientar una interpretación a la vista de cómo el legislador ha resuelto, en parte, algunas de las cuestiones que la anterior formulación del precepto llevaba a plantear". En mi opinión no existían tales dudas -en relación con el caso concreto que estamos resolviendo- y, por otra parte, lo que ha hecho el artículo 9.Dos del Real Decreto-ley 11/2013 es cambiar la regulación de esos supuestos, cambio que, precisamente por serlo, demuestra que no era esa la solución legal anterior, que no puede ser interpretada -reformulada, más bien- a la luz de dicho cambio legislativo. El cambio consiste en permitir que, en los casos -como el de autos- en que unos centros de trabajo tengan representación unitaria ("representantes legales" dice el precepto: terminología confusa que convendría ir desterrando porque legales son todas las representaciones de los trabajadores: no sólo los comités de empresa y delegados de personal sino también las secciones sindicales y las comisiones ad hoc de tres miembros a que se refiere el artículo 41 ET ) y otros no, "la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes", si bien añade: "Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen". Si este hubiera sido el texto vigente en el caso de autos, es claro que una de las opciones que la empresa brindó a los trabajadores de los centros de trabajo sin representación unitaria, a saber, que otorgaran su representación a los comités de los centros Millenium y Torre Suecia (hecho probado 5.º) hubiera sido correcta. Como también hubiera sido correcta -y ya lo era con la versión anterior del artículo 41.4- una composición híbrida de la comisión: representantes unitarios de los centros que los tuvieran y comisión "ad hoc" de los centros que carecían de dicha representación unitaria. Pero lo que de ninguna manera era -ni lo es tampoco ahora- una composición correcta de la comisión negociadora la que se formó en el caso de autos, con una mezcla de representantes unitarios, secciones sindicales e incluso algún representante sindical externo a la empresa: ese batiburrillo ni era ni es, en mi opinión, legal.

## Segundo.

Dicho lo cual, la cuestión se reduce a determinar si la defectuosa composición de la comisión negociadora, por carencia de representación adecuada de una parte importante de los trabajadores fue, en el caso, responsabilidad exclusiva de estos o, también, responsabilidad de la empresa. El recurso de casación de la empresa -que la sentencia de la que discrepo estima- entiende que fue responsabilidad exclusiva de los trabajadores. La opinión que yo sostuve en la deliberación es la que reproduzco a continuación:

"Antes de analizar la corrección jurídica de ese argumento conviene recordar el marco en que nos movemos. Estamos ante una facultad excepcional que el legislador otorga a los empresarios: la de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo pactadas de manera unilateral cuando se acredite la concurrencia de determinadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Se trata, evidentemente, de una concreción ex lege de la cláusula general rebus sic stantibus, cuya aplicación, por su propio carácter excepcional, debe hacerse con carácter restrictivo, como tiene establecido nuestra jurisprudencia social. Así, la STS 12/3/2013 (RC 30/2012 ), reproduciendo la STS de 26/4/2007, dice: " Indiquemos -para empezar- que es cuestión muy controvertida la relativa a la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias en el ámbito del Derecho del Trabajo; y más singularmente sobre las obligaciones pactadas en Convenio Colectivo. En la doctrina civil, existen al respecto diversas teorías [de la cláusula «rebus sic stantibus»; de la imprevisión; de la excesiva onerosidad de la prestación; o la de la desaparición de la base del negocio], conforme a las cuales -citamos ya doctrina del Orden social- se posibilitaría la extinción o modificación de la relación obligatoria si se alteraran de modo trascendente e imprevisible las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido ( SSTS 04/07/94 -rco 3103/93 - y 14/01/97 -rco 609/96 -; con cita de los precedentes de 12/06/84, 30/01/85 y 30/09/85 ). Pero debemos señalar -asimismo- que la propia jurisprudencia civil ha sido marcadamente restrictiva en la aplicación de tal doctrina, desde que la STS 14/12/40 -primera en abordar frontalmente el tema- hubiese destacado la excepcionalidad de la medida [«tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa»] y con mayor motivo desde que la STS 17/05/57 fijase sus rigurosos requisitos: a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado; y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles. Exigencias de las que siempre se hizo eco la jurisprudencia social, limitando la posible excepción al principio «pacta sunt servanda» a supuestos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto (en este sentido, SSTS 11/03/98 -rec 2616/97 -; y 16/04/99 -rec 2865/98 -) .

Y si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula -«rebus sic stantibus»- tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [ arts. 39 a 41 ET ], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [ art. 3.1 ET ], al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte ( STS 10/06/03 -rco 76/02 -). Hasta el punto de que la teoría [«rebus sic stantibus»] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula «rebus sic stantibus» habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (así, la STS 19/03/01 -rcud 1573/00 -).

Partiendo de esa premisa, el legislador laboral ha sometido el ejercicio de esa extraordinaria facultad empresarial, cuando tiene alcance colectivo, a una condición: que se adopte la decisión tras desarrollar un período de consultas -en realidad, de negociación- tendente a evitar o reducir los efectos de las modificaciones propuestas o atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados por las mismas. Y establece con precisión las dos vías a través de las cuales se debe constituir la representación de los trabajadores en esa comisión negociadora, la unitaria (regla general) y la sindical (cuando las secciones sindicales así lo acuerden, siempre que cumplan la condición de tener la mayoría de la representación unitaria, lo que, a la postre, reconduce esta segunda vía a la primera). El interés del legislador en que se cumpla esa condición inexcusable se manifiesta en su previsión de que, cuando no exista representación unitaria de los trabajadores en algún centro de trabajo (aunque el precepto comience diciendo "En las empresas en las que no exista representación legal...", es sabido que, en nuestro sistema legal dicha representación se articula a través de los centros de trabajo), los trabajadores de esos centros estarán representados por una comisión ad hoc constituida por una de las dos vías que antes hemos mencionado. Sin embargo, hay que reconocer que el legislador no es muy preciso a la hora de garantizar la constitución de esa representación ad hoc. Por un lado, dice que los trabajadores "podrán optar" por elegir esa representación de tres miembros ad hoc, por una o por otra vía, lo cual puede llevar a la errónea conclusión de que los trabajadores podrán o no articular esa representación. En realidad, se trata de un derecho-deber. Y si no lo hacen, el legislador establece una sanción muy dura y un tanto sorprendente: la falta de designación de esa comisión ad hoc no puede suponer la paralización del período de consultas. Y es sorprendente porque, en los casos de ausencia total de representación -es decir, aquellos supuestos en que no hay ni representación unitaria ni sindical y no se designa comisión ad hoc- es imposible desarrollar consulta alguna, por falta de interlocutor. Si lo que el legislador quiere decir es que, en tal caso -a saber, que los trabajadores no quieren designar representación alguna-, el empresario puede adoptar la medida sin necesidad de consulta, lo podría y debería haber dicho así. Si no lo ha hecho, cabe



interpretar que el empresario no puede limitarse a "esperar y ver" qué hacen los trabajadores no representados. Entre otras cosas porque si estos deciden elegir entre ellos a tres representantes deberían poder hacerlo en una asamblea en el centro de trabajo, e incluso en horas de trabajo con la autorización y colaboración del empresario, en los términos del art. 78 ET, sobre el cual no puede dejar de recaer su cuota de responsabilidad compartida en la adecuada constitución de la comisión negociadora, máxime cuando el legislador solamente otorga cinco días para ello. Cinco días que, en una nueva incoherencia del legislador, empiezan a contar "desde el inicio del período de consultas", lo que carece de sentido puesto que, si no está constituida la comisión negociadora, no es posible que, materialmente, comience el período de consultas: se trata de una entelequia que, a lo único que conduce es a acortar el plazo de quince días en que, por imperativo legal, la consulta debe llevarse a cabo. El precepto debe interpretarse en el sentido de que la iniciación del período de consultas a que se refiere es el día de la comunicación inicial del propósito de la empresa, pero que las reuniones de la comisión negociadora no deben comenzar hasta transcurridos los cinco días de que disponen los trabajadores para articular esa representación ad hoc. Plazo que, como vimos, no se ha respetado en el caso de autos".

En este momento, es conveniente observar que la modificación del artículo 41.4 del ET introducida por el Real Decreto-ley 11/2013 contiene una previsión mucho más razonable. Dice así:

"La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración".

### **Tercero.**

Volviendo al hilo del argumento principal, lo que yo propuse en la deliberación fue textualmente lo siguiente:

"Pues bien, sobre la base de esas coordenadas, debemos valorar el comportamiento de la empresa. El 3 de febrero comunicó a los trabajadores de los centros de trabajo sin representación legal que tenía la intención de empezar el período de consultas necesario para poder adoptar la modificación sustancial pretendida. Pero en esa comunicación, según el hecho probado quinto, se les indicaba que "estaban facultados para nombrar como representantes (...) a algunos de los representantes que se indican en la carta que se adjunta. En concreto, se daba la opción de delegar a estos efectos en el Comité de empresa del centro de trabajo de Millenium, o en el del centro de Torre Suecia, o bien la <Comisión Negociadora conjunta del proceso de modificación del plan de retribución variable> (sin que conste la composición de esta última". Es claro que estas vías de representación indirecta nada tienen que ver con la constitución de una comisión ad hoc prescrita por el art. 41 ET y, por consiguiente, puede considerarse que el hecho de indicar a los trabajadores que esas eran las vías que contemplaba la empresa supone un incumplimiento, por parte de ésta, de lo preceptuado en el art. 41 ET. Y todo ello, además, con gran premura: el día 3 de febrero de 2012 era viernes y la primera reunión de la comisión negociadora -constituida en la forma que luego veremos y sin representación alguna de los trabajadores de los centros de trabajo en cuestión- tuvo lugar el martes 7 de febrero, es decir, mediaron cuatro días, de los cuales dos eran sábado y domingo.

Consciente, sin duda, de ello, la empresa pretende subsanar su defectuosa información mediante una nueva comunicación, del 8 de febrero, que es la referida en el hecho probado quinto bis cuya inclusión hemos admitido en el FD anterior. En ella se pregunta a los trabajadores si ya han elegido alguna de las opciones propuestas en la comunicación anterior, concretamente "si habíais procedido con dicha delegación" (sic), añadiendo "o analizado alguna otra alternativa". A juicio de esta Sala, la trascendencia del error de la comunicación anterior exigía una rectificación en toda regla, ofreciendo a los trabajadores la constitución de la comisión ad hoc en los términos previstos por el art. 41 ET para que pudieran incorporarse a la comisión negociadora, que, además, ya había empezado a funcionar un día antes de esta segunda comunicación (hechos probados cuarto y sexto). En lugar de eso, lo que la empresa hace es insistir en recordar el contenido de la comunicación anterior en la que se informaba a cada uno de los trabajadores "que podíais delegar vuestra representación", delegación que no es la representación directa legalmente establecida, añadiendo una frase genérica y elusiva preguntando a los trabajadores si han "analizado alguna otra alternativa". A juicio de esta Sala,

ese comportamiento empresarial no es jurídicamente correcto y no se corresponde con la buena fe que debe presidir todo el proceso negociador, comenzando por el momento de constituir la comisión negociadora. La empresa da muestras de que tenía un objetivo -que los trabajadores de esos centros de trabajo sin representación unitaria delegaran en los dos únicos Comités de empresa existentes, el de los centros de trabajo Millenium y Torre Suecia- y no cumple el mínimo deber de colaboración exigible: informar correctamente a sus trabajadores de las vías procedentes para articular su representación, que no son otras que las prescritas en el art. 41 ET, y ninguna otra, ni "inventada" por la empresa ni "analizada" por los trabajadores. Es cierto, como dice el recurso de casación, que la facultad de designar la comisión ad hoc legalmente prevista pertenece a los trabajadores y no a la empresa. Y también es cierto que la empresa "no impidió" que los trabajadores designaran dicha comisión. Pero no es menos cierto que la información confusa y errónea que les transmitió, y con la premura que se hizo, tuvo sin duda una influencia no desdeñable en que los trabajadores de esos centros no llegaran a constituir la comisión en cuestión y, por ende, la composición de la comisión negociadora no cumplió, por defecto, lo establecido por la ley, de lo cual cabe atribuir un cierto grado de responsabilidad a la propia empresa. Al apreciarlo así la sentencia recurrida no ha incurrido en infracción del art. 41 ET por lo que el motivo del recurso debe ser rechazado".

Ahora bien, entiendo que, con el nuevo texto legal, la solución podría ser distinta. El hecho de que ahora el legislador prescriba con claridad que "la comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial del inicio del procedimiento de consultas" (subrayado mío), así como que, antes de dicho inicio, la dirección de la empresa comunicará a los trabajadores o sus representantes "su intención de iniciar el procedimiento" y que, a partir de ese momento, los trabajadores dispongan de un plazo mayor para designar sus representantes en la comisión negociadora, puesto que ésta deberá constituirse en un plazo máximo de siete días, "salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a quedar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días": todo ello configura un panorama normativo en el que sí es posible deducir que recae sobre los trabajadores -siempre que el empresario haya cumplido debidamente y correctamente su obligación de notificación- la responsabilidad en la defectuosa constitución de la misma y que, en virtud de ello, podría no quedar invalidado el período de consultas.

Madrid, a 2 de junio de 2014.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

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.