

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y TRANSMISIÓN DE EMPRESA: LA EXTRAÑA PAREJA

Raquel Serrano Olivares
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

Abstract

El objeto del presente artículo es analizar los pronunciamientos judiciales recientes que han venido a reavivar el debate sobre una cuestión antigua, pero no completamente zanjada aún ni a nivel judicial ni doctrinal, como es la relativa al alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras en los supuestos de transmisión de empresa. Esto es, la finalidad del artículo es determinar hasta qué punto la empresa cedente o la empresa cesionaria pueden modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos, sustituyendo con efecto inmediato las condiciones de las que éstos venían disfrutando en virtud del convenio o acuerdo colectivo vigente en la empresa cedente por las previstas en el convenio o acuerdo colectivo vigente en la empresa cesionaria.

The purpose of this article is to analyze the recent judicial decisions that have reopened the debate on an old matter, but not completely settled –neither from a legal or doctrinal level–, as is the guarantee of maintenance of workers’ rights in the context of a transfer of undertaking. That is, the aim of the paper is to determine to what extent the transferor or the transferee can substantially change the working conditions of the transferred employees, immediately replacing their previous conditions regulated in a transferor’s collective agreement with the ones established in the transferee’s collective agreement.

Title: Substantial modification of working condition and transfer of enterprises: the odd couple

Palabras clave: transmisión de empresas, modificación sustancial de condiciones de trabajo, acuerdo o convenio colectivo.

Keywords: transfer of undertakings, substantial modification of working conditions, collective agreement.

Sumario

1. Introducción
2. Los hechos, las pretensiones de la parte actora/recurrente y la solución judicial.
 - 2.1. Acuerdo sustitutorio de condiciones de trabajo alcanzado entre la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores de ésta, negociado con carácter previo a la transmisión
 - 2.2. Acuerdo sustitutorio de condiciones de trabajo alcanzado entre la empresa cedente y los representantes de los trabajadores de ésta, negociado con carácter previo a la transmisión
3. Lectura integrada de los apartados 4º y 9º del artículo 44 ET: clarificación de los diversos escenarios de transmisión de empresa y de cambio de condiciones de trabajo y determinación del alcance de los apartados 4º y 9º del artículo 44 ET
 - 3.1. Entendimiento y alcance del apartado 4º del artículo 44 ET
 - 3.2. Entendimiento y alcance del apartado 9º del artículo 44 ET

1. Introducción

Cinco recientes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo¹, una de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional², y otra del Juzgado de lo social núm. 33 de Barcelona³, han venido a reavivar el debate sobre una cuestión antigua, pero no completamente zanjada aún ni a nivel judicial ni doctrinal, como es la relativa al alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras en los supuestos de transmisión de empresa. En particular, el debate se centra en determinar hasta qué punto la empresa cedente o la empresa cesionaria pueden modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos, sustituyendo con efecto inmediato las condiciones de las que éstos venían disfrutando en virtud del convenio o acuerdo colectivo vigente en la empresa cedente por las previstas en el convenio o acuerdo colectivo vigente en la empresa cesionaria.

Las soluciones alcanzadas a nivel judicial, en la medida en que se limitan –como no podría ser de otra manera– a resolver el debate en los términos en que es planteado por la parte demandante/recurrente, resultan parciales y, a menudo, no permiten sentar reglas interpretativas generales más allá del caso particular objeto de enjuiciamiento. Ciertamente, el necesario respeto al principio de congruencia y el propio carácter limitado del objeto de la modalidad procesal escogida para vehicular la pretensión de la parte demandante, impiden una respuesta más acabada, que tome en consideración los diversos escenarios en que se puede suscitar la cuestión de la sucesión de convenios o acuerdos colectivos en los casos de transmisión de empresa.

La pretensión del presente comentario es, justamente, tratar de depurar y sistematizar las tesis y reglas interpretativas que se deslizan en los fundamentos jurídicos de tales sentencias, poniendo en relación y dotando de coherencia jurídica las diversas soluciones que las sentencias de que se trata plantean.

2. Los hechos, las pretensiones de la parte actora/recurrente y la solución judicial

Las sentencias que se comentan analizan dos escenarios diferenciados que, sin embargo, comparten el mismo telón de fondo: la sustitución de forma inmediata de las condiciones de trabajo que los trabajadores cedidos venían disfrutando en la empresa cedente por las condiciones de trabajo aplicables en la empresa cesionaria.

¹ SSTs de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 471/2014); de 11 de febrero de 2015 (rec. núm. 2613/2013); de 27 de enero de 2015 (rec. núm. 3235/2013); y de 14 de mayo de 2014 (recs. núms. 2232/2013 y 2143/2013).

² SAN de 14 de julio de 2014 (rec. núm. 108/2014).

³ SJS de 18 de marzo de 2014 (rec. núm. 1364/2013).

En el primer escenario, la sustitución de condiciones de trabajo deriva de un acuerdo alcanzado entre la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores de ésta, negociado con carácter previo a la transmisión. En tal caso, se trata de sustituir las condiciones de trabajo derivadas de un pacto extraestatutario aplicable en la empresa cedente por la vía del apartado 4º del artículo 41 ET, si bien es verdad que las pretensiones de la parte actora se vehiculan por el cauce procesal de la impugnación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, tomándose únicamente como referencia para resolver la cuestión litigiosa los requisitos y límites del artículo 41 ET.

En el segundo escenario, la sustitución de condiciones de trabajo deriva de un acuerdo alcanzado entre la empresa cedente y los representantes de los trabajadores de ésta, negociado también con carácter previo a la transmisión. En este caso, se trata de sustituir, respecto de los trabajadores transferidos, la aplicación del convenio colectivo de origen por el convenio colectivo de la empresa cesionaria y de llevar a cabo, además, modificaciones de las condiciones de trabajo con apoyo en el artículo 44.9 ET.

2.1. Acuerdo sustitutorio de condiciones de trabajo alcanzado entre la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores de ésta, negociado con carácter previo a la transmisión

Los cinco asuntos resueltos por el Tribunal Supremo en sentencias dictadas en unificación de doctrina, parten de un supuesto de hecho sustancialmente idéntico, si bien los hechos afectan a trabajadores de distintos centros de trabajo de la misma empresa. Se trata en todos los casos de demandas individuales o plurales sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo dirigidas contra la misma empresa, OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., y en las que se hacen valer idénticas pretensiones.

De forma resumida cabe señalar que nos situamos ante un supuesto de sucesión de contratistas en la prestación del mismo servicio –servicio de seguridad– para el Ministerio del Interior. La empresa OMBUDS es en este contexto la empresa cesionaria que sucede en la prestación de los servicios de seguridad a la anterior contratista –EULEN SEGURIDAD, S.A.–, y se subroga –por imposición convencional– en la posición de EULEN SEGURIDAD –empresa cedente–, asumiendo a los trabajadores que ésta tenía adscritos a la ejecución de la contrata.

En todos los casos, los trabajadores prestaban sus servicios como escoltas para EULEN SEGURIDAD, S.A. pasando a depender de OMBUDS a partir del 1 de junio de 2012, como consecuencia de la subrogación impuesta por el convenio colectivo de empresas

privadas de seguridad. Desde la nómina del mes de junio, la empresa OMBUDS aplicó a los trabajadores transmitidos condiciones salariales y de tiempo de trabajo distintas –y menos favorables– que las que aquéllos venían disfrutando hasta ese momento. A tal fin, OMBUDS hizo valer la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos de un pacto de empresa que había empezado a negociar con el comité de empresa con carácter previo a la transmisión. Aunque dicho pacto se acordó poco tiempo después de la subrogación –18 de junio de 2012–, se había previsto su aplicación con efectos retroactivos, haciéndola coincidir con la fecha de la subrogación –1 de junio de 2012–, de modo que los trabajadores transferidos ni un solo día continuaron disfrutando de las condiciones salariales y de jornada de las que disfrutaban en EULEN, una vez transferidos a OMBUDS.

La cuestión litigiosa se centra en determinar hasta qué punto un acuerdo de empresa, cuya negociación se inicia antes de la transmisión entre la empresa cesionaria (OMBUDS) y los representantes de los trabajadores de ésta, puede sustituir y dejar sin efecto de forma inmediata las condiciones de trabajo de las que venían disfrutando los trabajadores transferidos, y que derivaban de un pacto de empresa vigente en EULEN en el momento de la transmisión.

Los trabajadores transferidos afectados por el cambio de condiciones de trabajo plantearon en su día demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo, solicitando la nulidad o, subsidiariamente, el carácter injustificado de la decisión empresarial, considerando que la empresa había llevado a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo sin haber seguido el cauce del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Tanto en la instancia como en suplicación se había declarado injustificada la decisión adoptada por la empresa por incumplimiento de los requisitos legales exigidos para llevar a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo, condenando a OMBUDS a reponer a los trabajadores en las mismas condiciones de trabajo que ostentaban con anterioridad al 1 de junio de 2012, fecha de la subrogación empresarial.

Frente a ello, la representación de OMBUDS recurre en casación para la unificación de doctrina contra las diversas sentencias dictadas en suplicación, considerando, en esencia, que el acuerdo alcanzado en fecha de 18 de junio de 2012 constituye un auténtico pacto de modificación de condiciones de trabajo *ex* artículo 41 ET, habiéndose respetado, por tanto, el procedimiento del artículo 41 ET.

Con todo, se da la particularidad, sólo destacada en la sentencia de 14 de mayo de 2014 (rec. núm. 2232/2013), de que la propia empresa admitió en el recurso de suplicación que, en verdad, no pretendió llevar adelante un procedimiento del artículo 41 ET sino

del artículo 44.4 ET, que establece una regla especial para los supuestos de sucesión de convenios colectivos en el marco de una transmisión de empresa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por la transmisión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa cedente “hasta la fecha de expiración del convenio de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida, *salvo pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores*”.

Es de interés destacar en este punto que el propio acuerdo alcanzado entre la empresa cesionaria OMBDUS y la representación del personal de ésta fundamenta la inmediata aplicación de tal acuerdo a los trabajadores transferidos en las previsiones del apartado 4º del artículo 44 ET.

No obstante, como no se cuestionó en ningún momento la adecuación del procedimiento elegido por la parte actora –proceso especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo–, las sentencias de instancia y de suplicación se ciñeron a resolver la cuestión litigiosa a la luz del procedimiento previsto en el artículo 41 ET, sin plantearse la aplicación al caso de las previsiones del artículo 44.4 ET.

Por su parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo también se limitaron a resolver la cuestión controvertida en el marco del procedimiento del artículo 41 ET, con una notable excepción. En efecto, la ya citada sentencia de 14 de mayo de 2014 (rec. núm. 2232/2013) resolvió el conflicto tomando en consideración las reglas del artículo 41 ET así como las del artículo 44.4 ET.

Hecha esta importante aclaración, la doctrina jurisprudencial expuesta en las cinco sentencias de que se trata puede resumirse como sigue.

En primer lugar, y de acuerdo con la doctrina que se desliza en la sentencia de 14 de mayo de 2014 (rec. núm. 2232/2013), no cabe la aplicación inmediata del acuerdo de empresa alcanzado entre OMBDUS y el comité de empresa con apoyo en el artículo 44.4 ET, en la medida en que el “pacto en contrario” al que se refiere tal precepto legal debe hacerse una vez consumada la sucesión y cuando los trabajadores transferidos estén debidamente representados en la nueva empresa.

En segundo lugar, tampoco cabe la inmediata aplicación del acuerdo de empresa alcanzado entre OMBUDS y el comité de empresa con apoyo en el artículo 41 ET, por cuanto que tal pacto es el fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación, sin que conste que el acuerdo hubiera sido adoptado tras

incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada. De haberse tratado de un auténtico pacto *ex* artículo 41 ET, el período de consultas debiera de haberse iniciado una vez integrada la plantilla subrogada y, por tanto, con la posibilidad de que dicha plantilla estuviera representada. Además, en ningún momento en el acuerdo se hace alusión a la utilización de la vía del artículo 41 ET, ni se mencionan algunas de las causas legales, ni consta que se siguiera el período de consultas en los términos que dicha disposición impone.

Como argumento de cierre se apunta, además, que el citado acuerdo de empresa elude una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio como es el mantenimiento, siquiera provisional, de las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos.

En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que *“la modificación de condiciones de trabajo resulta injustificada no sólo porque se produjo sin ajustarse al trámite del artículo 41 ET sino, además, de manera inmediata a la efectividad de la sucesión empresarial y, por tanto, sin llegar a respetarse la obligación de mantenimiento de las condiciones contractuales del trabajador”*.

Tal conclusión, lejos de ser clara, arroja un importante interrogante. Si la empresa cesionaria se hubiera ajustado al trámite del artículo 41 ET, ¿hasta qué punto hubiera sido posible la inmediata sustitución de las condiciones contractuales de los trabajadores transferidos?

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la medida en que se refiere a la garantía del mantenimiento provisional de las condiciones contractuales de origen como argumento de cierre, y lo emplea con carácter autónomo respecto del argumento de la falta de adecuación al trámite del artículo 41 ET, genera la duda de si para sustituir de forma inmediata las condiciones contractuales de origen de los trabajadores transferidos, es preciso respetar no sólo un límite procedimental –artículo 41 ET– sino también un límite finalístico –mantenimiento provisional de las condiciones de trabajo de origen–, cuando la sustitución inmediata sea *“in peius”*.

En mi opinión, y siguiendo en este punto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴ en aplicación del artículo 4 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, la norma comunitaria no se opone a que el cesionario modifique las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos en la medida en que el Derecho

⁴ Por todas, STJUE de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98 (Collino y Chiappero).

nacional admita tal modificación fuera del supuesto de la transmisión de empresa. En este sentido se ha pronunciado también la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 9 de julio de 2014⁵, dictada en el caso Ferrovial Servicios, S.A., considerando que lo que las legislaciones comunitaria y nacional prohíben es que la sucesión por sí misma pueda ser causa de finalización de contratos –o, en nuestro caso, de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo–, sin que ello impida a la empresa sucesora reestructurar su plantilla –o modificar las condiciones de trabajo del personal transferido– cuando dichas medidas se encuentren amparadas en una causa independiente del hecho mismo de la sucesión.

2.2. Acuerdo sustitutorio de condiciones de trabajo alcanzado entre la empresa cedente y los representantes de los trabajadores de ésta, negociado con carácter previo a la transmisión

Otro escenario a considerar es el que plantean los asuntos resueltos por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de 14 de julio de 2014⁶, y el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, en sentencia de 18 de marzo de 2014⁷, donde se produce la transmisión de algunas unidades productivas autónomas de la empresa cedente en el marco de un acuerdo de externalización de servicios con la empresa cesionaria.

A diferencia del supuesto tratado en las sentencias del Tribunal Supremo que acabamos de exponer, donde se debate la virtualidad jurídica del acuerdo de empresa adoptado por la empresa *cesionaria* con carácter previo a la transmisión, en estos otros dos asuntos se trata de determinar la virtualidad jurídica de un acuerdo de empresa adoptado por la empresa *cedente* con carácter previo a la transmisión, en cuya virtud se pretende sustituir con carácter inmediato la aplicación del convenio colectivo de origen por el convenio colectivo de la empresa cesionaria, así como introducir modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos.

Cabe subrayar que, pese a las diferencias apuntadas, en los dos escenarios planteados tanto la empresa cedente como la cesionaria pretenden una minoración de las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos.

Interesa destacar igualmente que los asuntos resueltos por las sentencias del Tribunal Supremo analizadas se basan en un supuesto de sucesión de contratistas en el que la subrogación de plantilla viene impuesta por el convenio aplicable a las empresas

⁵ Rec. núm. 139/2014.

⁶ Rec. núm. 108/2014.

⁷ Rec. núm. 1364/2013.

contratistas. En cambio, en los asuntos resueltos por las sentencias de la Audiencia Nacional y del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, se trata de un supuesto de transmisión de empresa “voluntario”, en el marco de un proceso de externalización de una unidad productiva autónoma de la empresa cedente. Esa notable diferencia en los supuestos de hecho de unos y otros asuntos permite explicar que en el caso de la sucesión de contratistas con subrogación obligatoria de plantilla, el acuerdo sustitutorio de condiciones de trabajo se lleve a cabo por la empresa cesionaria, en tanto que en el caso de la transmisión voluntaria de una unidad productiva autónoma, el acuerdo sustitutorio se lleve a cabo por la empresa cedente.

Ciertamente, cuando la transmisión es voluntaria, la minoración de las condiciones de trabajo del personal transferido va a incidir de manera decisiva en el precio de la operación de externalización, y, por tanto, en el éxito final de la operación, mientras que cuando la sucesión de empresa es “obligatoria”, al venir impuesta por convenio colectivo, no hay “precio” de transmisión, de modo que la empresa cedente no tendrá ningún interés en minorar las condiciones de trabajo del personal transferido, siendo la empresa cesionaria la única interesada en tal devaluación.

De ahí el interés en determinar hasta qué punto, en los supuestos de transmisión “voluntaria” de una entidad económica, la empresa cedente puede modificar sustancialmente las condiciones de trabajo del personal que va a ser transferido, con carácter previo a la transmisión, en aplicación del apartado 9º del artículo 44 ET, que parece otorgar a la empresa cedente y a la cesionaria la facultad de modificar las condiciones de trabajo de sus respectivas plantillas con carácter previo a la transmisión. Ésta es, precisamente, la principal cuestión litigiosa que se plantea en la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2014, que resuelve dos demandas de conflicto colectivo, acumuladas, presentadas por los sindicatos Unión Obrera Balear y la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, respectivamente, contra la empresa BANCO MARE NOSTRUM (BMN) y los sindicatos UGT, SELG, SIC, SECP y ACCAG, constituyendo el objeto del proceso la declaración de nulidad o, subsidiariamente, de improcedencia, de la decisión de BMN de externalizar parte de su actividad a ENERGUIA WEB estableciendo para el personal transferido con motivo de la externalización las condiciones de trabajo referidas en el Acuerdo colectivo alcanzado en fecha de 13 de marzo de 2014, en cuya virtud deja de aplicarse a los trabajadores transferidos el convenio de cajas de ahorro y se les pasa a aplicar el convenio de empresas de consultoría, y se llevan a cabo, además, modificaciones en sus condiciones de trabajo que afectan a lugar de trabajo, jornada, vales de comida, vacaciones, categorías y promoción, estructura y niveles salariales, antigüedad y beneficios sociales, al tiempo que quedan derogadas todas las condiciones no expresamente previstas en el acuerdo que vinieran disfrutando en BMN con

independencia de su origen o naturaleza. Interesa destacar en este punto que a la última reunión en la que se alcanzó el acuerdo compareció la mercantil ENERGUIA WEB SAU, cesionaria del personal transferido.

Tal acuerdo fue suscrito, tras diversas reuniones, de un parte, por BMN y, de otra, por los sindicatos UGT, SELG, SIC, SECP y ACCAG. No firmaron tal acuerdo los sindicatos CCOO, UOB y CGT. En los antecedentes del citado acuerdo se indica: *“fruto del contenido de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de despido colectivo, y con el fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos en materia de externalización, la entidad va a formalizar un acuerdo con ENERGUIA WEB SAU, empresa perteneciente al grupo Accenture, que pasará a desarrollar los servicios descritos en la memoria, absorbiendo un máximo de 104 empleados de BMN, que en próximas fechas y en aplicación del artículo 44 del ET pasarán a incorporarse a dicha empresa, en los centros de trabajo situados en las capitales de Granada y Murcia, que se subrogará en sus contratos de trabajo en los términos y condiciones que se acuerdan en este acto de conformidad con el apartado 9 de artículo 44 ET. Los servicios que asumirá Energuia Web Sau se prestarán en Murcia y Granada”*.

La demanda interpuesta por CCOO interesa la nulidad de la decisión de BMN de establecer para el personal transferido las condiciones de trabajo referidas en el Acuerdo de 13 de marzo de 2014, alegando que no ha existido buena fe en la negociación por falta de información relevante en el período de consultas y, subsidiariamente, su improcedencia por considerar que no se acreditan las causas que justifiquen las medidas adoptadas.

La demanda interpuesta por UOB interesa la nulidad de la decisión empresarial e invoca la existencia de fraude de ley en una aplicación contraria al ordenamiento de las previsiones del artículo 44.9 ET.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional entra a resolver prioritariamente la cuestión relativa a la existencia de fraude de ley, por cuanto que el éxito de la misma va a determinar que devenga intrascendente que la empresa hubiera aportado la información precisa en el cauce de información y consulta del artículo 44.9 ET.

La Sala parte de considerar que tanto el artículo 44.1 ET como el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23, tienen como objetivo garantizar la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión. De ahí, pues, que la Sala considere que el acuerdo objeto de impugnación constituya un pacto frontalmente opuesto a la normativa nacional y

comunitaria. Y tal conclusión no solo vendría avalada por el análisis de la normativa legal de aplicación al caso sino también por el resultado final de los acuerdos suscritos en materia de empleo, por cuanto que, siendo 104 los trabajadores afectados por el proceso de externalización, la mayoría optó finalmente por acogerse a las medidas de extinción indemnizada del contrato previstas en el Acuerdo y sólo 13 optaron finalmente por integrarse en ENERGUIA WEB. Según la Sala, tal resultado constituye prueba palmaria de que la finalidad última, tanto del artículo 44.1 como del artículo 4.1 de la Directiva 2001/23, que es la garantía del empleo de estos trabajadores, no fue respetada, sino al contrario gravemente erosionada por lo convenido.

La defensa de BMN sostiene que la normativa española contiene una excepción a la garantía de mantenimiento de las condiciones de trabajo del personal subrogado contemplada en el artículo 44.9 ET; excepción que guarda relación con el artículo 5 de la Directiva 2001/23. Tal argumento es rebatido sin dificultad por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional considerando que la excepción prevista en el artículo 5 de la Directiva sólo resulta de aplicación cuando el cedente se encuentre inmerso en un proceso de quiebra o de insolvencia, que no es el caso de BMN, sin que, por otra parte, el legislador español haya hecho uso de tal habilitación.

No obstante, el núcleo esencial del debate consiste en la interpretación que deba darse al artículo 44.9 ET, pues tal precepto legal prevé, con motivo de la transmisión, la posible adopción de medidas laborales en relación con los trabajadores de las empresas cedente y cesionaria.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional parte de considerar que el artículo 44.9 ET entronca con el artículo 7 de la Directiva 2001/23, donde se establece para el cedente y el cesionario el deber de información y consulta con los representantes de los trabajadores acerca de la transmisión de empresa y de sus consecuencias, imponiendo el deber de negociarlas antes de que las medidas se lleven a cabo con vistas a alcanzar un acuerdo. En particular, el artículo 44.9 ET dispone que si las medidas consistieran en traslados o modificación de condiciones, el procedimiento consultivo será el previsto en los artículos 40.2 y 41.4 ET.

Pues bien, partiendo de la regla de que la transmisión de empresa nunca puede por sí misma justificar la modificación de las condiciones contractuales y convencionales de que disfrutaban los trabajadores cedidos, *“la única interpretación posible que cabe dar al artículo 44.9 ET es que las previsiones contenidas en el mismo hacen referencia al deber de informar y negociar las posibles modificaciones que, con motivo de la transmisión, se pudieran ocasionar en los trabajadores del cedente o del cesionario, distintos del colectivo de trabajadores cedidos, es decir aquellos que perteneciendo al*

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

Así pues, a criterio de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tanto el artículo 44.9 ET como el artículo 7 de la Directiva están haciendo referencia a un colectivo de trabajadores distinto del cedido como consecuencia de la transmisión y no al colectivo de trabajadores cedido, cuya situación se regula en los apartados 3º y 4º del artículo 44 ET, de modo que no es factible en ningún caso que la sucesión de empresa sirva de fundamento para la modificación de condiciones convencionales o contractuales del colectivo cedido.

Y, a juicio de la Audiencia Nacional, las razones que permiten alcanzar tal conclusión no sólo se fundamentan en el necesario respeto a la finalidad de la normativa comunitaria y nacional sino también en la propia redacción de tales normas, por cuanto que se imponen obligaciones de información y consulta tanto para la empresa cedente como para la cesionaria de forma separada y para cada empresa en relación con sus trabajadores respectivos ajenos a la transmisión, pues carecería de lógica que tales obligaciones se refirieran al colectivo de trabajadores cedidos cuando éstos vienen legamente obligados a aceptar la sustitución de la persona del empresario. Ello implica también que temporalmente el artículo 44.9 ET no se pueda aplicar en la conformación del fenómeno sucesorio sino que las obligaciones de información y consulta deben llevarse a cabo de forma separada a la transmisión, tras haberse producido el hecho sucesorio y antes de que las medidas que afecten a los colectivos de trabajadores no cedidos se les vayan a aplicar.

En base a todos los argumentos expuestos, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acaba concluyendo que concurre fraude de ley en la utilización inadecuada del cauce de información y consulta previsto en el artículo 44.9 ET para alterar las condiciones del personal cedido y se declara la nulidad del acuerdo de 13 de marzo de 2104, dejándolo sin efecto. Repárese en el hecho de que la Audiencia Nacional considera inadecuado el cauce del artículo 44.9 ET tanto para inaplicar el convenio colectivo de origen y sustituirlo por el convenio de la empresa cesionaria, como para llevar a cabo modificaciones en las condiciones de trabajo de origen “contractual” del personal cedido.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, dictada en el asunto BANKIA, en fecha de 18 de marzo de 2014⁸, fundamenta también la nulidad del pacto sustitutorio triangular entre la empresa cedente, la cesionaria y la representación del personal de la primera en la existencia de fraude de ley, añadiendo otros argumentos jurídicos adicionales que, sin duda, es preciso tomar igualmente en consideración.

En este caso, las empresas Bankia y Grant Thornton, junto con las representaciones sindicales de la primera, procedieron, en fecha de 13 de noviembre de 2013, a la apertura del período de consultas previsto en el artículo 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 se incorporarían, en virtud del mencionado artículo 44 ET, a la empresa Grant Thornton Outsourcing Services, SLP, desde el día 1 de diciembre de 2013.

Se efectuaron otras tres reuniones más y, finalmente, en fecha de 28 de noviembre de 2013, la empresa cedente y la cesionaria, y las representaciones sindicales de la primera, alcanzaron el acuerdo de externalización de los servicios de asesoría jurídica y auditoría, en razón del cual los 37 empleados de Bankia adscritos a ambos servicios pasarían a ser subrogados por la empresa Grant Thornton Outsourcing Services, SLP, en fecha de 1 de diciembre de 2013. En dicho acuerdo se establecieron nuevas condiciones de trabajo para los trabajadores subrogados derivadas de la inmediata sustitución del convenio colectivo de origen por la aplicación del XVI convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, estudios de mercado y opinión pública, aplicable a la empresa cesionaria.

La sentencia de instancia que resuelve el asunto litigioso es dictada en el marco de un procedimiento de impugnación individual de modificación sustancial de condiciones de trabajo, siendo tres los motivos de impugnación suscitados, si bien abordaremos únicamente los motivos de impugnación directamente relacionados con el tema que nos ocupa.

Así, por una parte, se plantea la inadecuación del procedimiento seguido para la sustitución del convenio colectivo de origen (Cajas de Ahorro) por el de destino (Consultorías) –artículo 44.9 ET–, pues, según el artículo 44.4 ET, no cabría hasta después de consumada la subrogación y por pacto entre la cesionaria y su representación laboral, y no *ex ante*, mediante pacto triangular ente cedente, cesionaria y la representación sindical de la primera.

⁸ Rec. núm. 1364/2013.

Por otra parte, y como segundo motivo de impugnación, se plantea la existencia de fraude de ley considerando que la externalización acordada tendría como único objeto la minoración de condiciones laborales de los trabajadores transmitidos, defraudando el objetivo del artículo 44 ET que es, de entrada, su conservación, sin perjuicio de posibilitar mecanismos de homogeneización de condiciones laborales.

Por lo que al primer motivo de impugnación se refiere –inadecuación del procedimiento seguido para la sustitución del convenio colectivo aplicable (artículo 44.9 ET)–, la sentencia argumenta que tal motivo debe prosperar por cuanto que el acuerdo de 20 de noviembre de 2013 podía versar, según dispone el artículo 44.9 ET, “sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores”, pero en absoluto podía afectar a tema tan trascendente como es la sustitución del convenio colectivo, para lo cual el artículo 44.4 ET ya dispone de una regla específica, que exige que el pacto deba efectuarse en un momento posterior a la subrogación y en un escenario de negociación distinto, entre el cesionario y la representación de los trabajadores, entendiéndose por tal la resultante después de la sucesión empresarial.

Consiguientemente, de tal argumentación se deriva que los acuerdos alcanzados por la empresa cedente con apoyo en el artículo 44.9 ET presentan en cuanto a su objeto un límite insoslayable por razón de la materia –la sustitución del convenio colectivo de origen por el convenio colectivo de la empresa cesionaria. En efecto, las partes negociadoras de tal tipo de acuerdos *ex ante* de la subrogación no pueden disponer válidamente de la garantía del mantenimiento del convenio colectivo de origen, en la medida en que tal cuestión ya se regula expresamente por una regla especial –la del artículo 44.4 ET– que impone, en todo caso, que el pacto se efectúe con posterioridad a la subrogación y en el marco de una negociación entre la empresa cesionaria y la representación del personal resultante después de la subrogación.

Por lo que se refiere a la alegación de fraude de ley, la parte demandante sostiene que las partes negociadoras del acuerdo habrían orientado la negociación a un resultado contrario al perseguido por la Directiva 2001/23 y por el artículo 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, en claro perjuicio de sus condiciones laborales (sustancialmente, una notable reducción salarial, una ampliación de jornada y una supresión total del régimen de previsión social), destacándose por el juzgador de instancia que ninguna de las empresas codemandadas negó en el acto del juicio que la finalidad del proceso de externalización fuera, precisamente, la reducción de costes que manifiestamente se derivaba de la drástica reducción de condiciones laborales de los trabajadores transmitidos.

Al respecto, el juzgador de instancia considera que el motivo de impugnación debe prosperar por cuanto que de la lectura íntegra, global y sistemática tanto de la norma comunitaria como de la norma interna de trasposición se infiere que el objetivo de ambas normas es regular y garantizar que 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.

Invocando jurisprudencia comunitaria sobre la cuestión litigiosa y, en particular, la doctrina emanada de la sentencia Scattolon, de 6 de septiembre de 2011, el juzgador de instancia llega a la conclusión de que aunque 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, tal posibilidad está sujeta a dos límites que, claramente, se han infringido en el asunto sometido a enjuiciamiento.

En primer lugar, es necesario respetar un límite procedimental, que exigiría un pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores (artículo 44.4 ET), o la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo (artículo 3.3 de la Directiva 2001/23).

En segundo lugar, es necesario respetar un límite finalístico, por cuanto que la sustitución convencional no puede tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. En efecto, en la sentencia Scattolon, el Tribunal de Justicia sostiene que aunque la Directiva sobre transmisión de empresa facultaría al cesionario para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, ello no obsta a que las modalidades elegidas deban ser conformes con el objetivo de dicha Directiva, que consiste, en esencia, en impedir que los trabajadores afectados por la transmisión se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión. Es por ello que el ejercicio de esa 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 tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión.

Precisamente por haber transgredido también este segundo límite, es por lo que el juzgador de instancia considera que se ha producido un claro fraude de ley y declara por ello la nulidad de la sustitución convencional aplicada al demandante.

De todo lo expuesto se derivan, por tanto, dos conclusiones.

Que el artículo 44.9 ET no permite en ningún caso alcanzar un acuerdo sustitutorio del convenio colectivo de origen con carácter previo a la subrogación de los trabajadores transferidos.

Que el artículo 44.4 ET permitiría un pacto de sustitución inmediata del convenio colectivo de origen, a condición de que tal pacto se hubiera celebrado con posterioridad a la transmisión, con la representación de los trabajadores transferidos, y para la aplicación de condiciones de trabajo más favorables para aquéllos, resultando, por tanto, inválidos los acuerdos homogeneizadores “*in peius*” de aplicación inmediata.

3. Lectura integrada de los apartados 4 y 9 del artículo 44 ET: clarificación de los diversos escenarios de transmisión de empresa y de cambio de condiciones de trabajo y determinación del alcance de los apartados 4º y 9º del artículo 44 ET

La pretensión de este apartado es la de tratar de dar respuesta a las cinco cuestiones litigiosas que, a mi juicio, plantean los diversos escenarios de transmisión de empresa y cambio de condiciones de trabajo.

La primera, ¿resulta aplicable la regla prevista en el artículo 44.4 ET, que contempla el mantenimiento del convenio colectivo de origen en los supuestos de transmisión de empresa, salvo pacto en contrario, a un supuesto de sucesión de pactos o acuerdos extraestatutarios?. De no ser así, ¿cabría la inmediata inaplicación del pacto extraestatutario de origen a través del procedimiento del artículo 41 ET?

La segunda, ¿cabe la inmediata sustitución del convenio colectivo de origen a través del procedimiento del artículo 44.9 ET?. Para el caso de responder negativamente a esta cuestión, ¿cabría entonces la sustitución inmediata del convenio colectivo de origen para los trabajadores transferidos por la vía del artículo 44.4 ET?

La tercera cuestión, ¿cuál es el alcance de la garantía de mantenimiento de las condiciones laborales de origen en este contexto?. ¿el pacto de homogeneización *ex* artículo 44.4 ET permitiría la inmediata aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria “*in peius*” para los trabajadores transferidos?

La cuarta, para el caso de que se responda negativamente a la posibilidad de la inmediata sustitución “*in peius*” de un convenio por otro, ¿cuál es el alcance temporal de la garantía de mantenimiento del convenio colectivo de origen?

Y, la última, ¿podría la empresa cesionaria inaplicar de forma inmediata el convenio colectivo de origen “*in peius*” a través del procedimiento de inaplicación de convenios del artículo 82.3 ET?

Algunas de estas cuestiones ya han sido resueltas por las sentencias analizadas en el apartado anterior, sin embargo, es preciso, en aras de la seguridad jurídica, ofrecer una respuesta jurídica integrada y global, que permita deslizarnos de un escenario de transmisión a otro sin caer en contradicciones ni lagunas.

3.1. Entendimiento y alcance del apartado 4º del artículo 44 ET

El apartado 4º del artículo 44 ET establece que “*salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida*”.

Parece claro que tal precepto legal habilita a la empresa cesionaria a alcanzar un acuerdo de empresa para sustituir con carácter inmediato respecto de los trabajadores transmitidos el convenio colectivo de origen y aplicarles el convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria, a condición de que tal pacto se realice una vez sea efectiva la subrogación y se negocie con la representación del personal transferido.

Sin embargo, cabe añadir un requisito adicional para la validez del pacto en contrario, que no se recoge expresamente en el artículo 44.4 ET, como es que la inmediata sustitución del convenio colectivo de la empresa de procedencia no suponga la aplicación de condiciones de trabajo globalmente menos favorables para los trabajadores transferidos.

Efectivamente, esta interpretación es la única que se acomoda a la jurisprudencia comunitaria, exponente máximo de la cual es la sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de septiembre de 2011, dictada en el asunto Scattolon.

En tal sentencia, el Tribunal de Justicia parte de considerar que “*la regla prevista en el artículo 3 de la Directiva sobre transmisión de empresa, según la cual 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 la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a retribución”.*

Repárese en el hecho de que el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23 limita el alcance temporal de la garantía del mantenimiento del convenio colectivo de origen hasta la fecha de “extinción o de expiración” del convenio de origen, o de la “entrada en vigor” o, alternativamente, de “**aplicación**” de otro convenio colectivo. Esta última posibilidad ha sido acogida por el legislador español y regulada en el apartado 4º del artículo 44 ET, posibilitándose, así, la inmediata sustitución del convenio colectivo de origen por el convenio vigente en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión mediante un acuerdo de empresa, sin necesidad de esperar a la extinción o expiración del convenio de origen, ni a la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la UE limita tal posibilidad argumentando 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 tener por objeto ni por 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 podría ser fácilmente frustrada en cualquier sector regido por convenios colectivos, lo que perjudicaría el efecto útil de esa Directiva”.*

Consiguientemente, de la doctrina Scattolon se deriva que no cabe la inmediata sustitución “*in peius*” del convenio colectivo de origen por el convenio colectivo vigente en la empresa cesionaria al tiempo de la transmisión.

Con todo, es preciso establecer el alcance temporal de esa garantía de mantenimiento del convenio colectivo de origen cuando éste resulta globalmente más favorable para los trabajadores transferidos que el convenio colectivo de la empresa cesionaria. Ciertamente, no se trata de una garantía absoluta, sino que la propia Directiva y el propio artículo 44 ET nos ofrecen la solución al establecer que el mantenimiento del convenio colectivo de origen es sólo provisional, hasta que finalice su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria.

En definitiva, la facultad que otorga el artículo 44.4 ET al empresario cesionario para celebrar un pacto en contrario que permita sustituir de forma inmediata el convenio de origen, viene limitada a los pactos “*in melius*”, es decir, a los supuestos en que la aplicación inmediata del convenio de la empresa cesionaria resulta globalmente más favorable para los trabajadores transferidos. De no ser así, el pacto en contrario no será posible, y continuará aplicándose el convenio colectivo de origen a los trabajadores transferidos hasta que éste finalice su vigencia o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la empresa cesionaria.

Considero, sin embargo, que en el caso de que se pretenda la sustitución inmediata de un convenio por otro “*in peius*”, tal sustitución podría operarse a través de la vía del artículo 82.3 ET, iniciando a tal fin un procedimiento de inaplicación de convenio, que, además de estar materialmente limitado, requerirá, entre otras cosas, la acreditación de una específica necesidad empresarial independiente del hecho mismo de la transmisión para proceder a tal inaplicación.

Finalmente, respecto a la posible aplicación de la comentada regla de sucesión de convenios del artículo 44.4 ET a los supuestos de sustitución de un pacto de empresa extraestatutario –como los resueltos en las sentencias del Tribunal Supremo antes analizadas–, cabe sostener que, de acuerdo con la doctrina iuslaboralista mayoritaria, tal regla resulta únicamente aplicable a los supuestos de “sucesión” de convenios colectivos estatutarios.

No obstante, la ya comentada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2014⁹, que es la única que construye su argumentación jurídica en torno al artículo 44.4 ET, da por supuesta la aplicación de la regla del artículo 44.4 ET no solo a los supuestos de sucesión de convenios colectivos sino también a los de sucesión de pactos o acuerdos de empresa de carácter extraestatutario, o al menos no se cuestiona la aplicabilidad de la regla del artículo 44.4 ET al supuesto de hecho de que se trata consistente, precisamente, en una “sucesión” de pactos de empresa calificados por el propio Tribunal como pactos de naturaleza extraestatutaria.

Entiendo, sin embargo, que la regla del artículo 44.4 ET únicamente resulta de aplicación al supuesto de “sucesión” de convenios colectivos estatutarios, pues, amén de la literalidad del precepto legal –que emplea exclusivamente el concepto de “convenio colectivo”–, los pactos extraestatutarios tienen, de conformidad con la jurisprudencia social mayoritaria, naturaleza meramente contractual, de manera que las condiciones de trabajo reguladas en los mismos beben de ese mismo carácter durante todo el tiempo

⁹ Rec. núm. 2232/2013.

que dura la vigencia del pacto, sin que resulten de aplicación las reglas estatutarias sobre sucesión ni vigencia de convenios colectivos.

De este modo, el mantenimiento de las condiciones de trabajo reconocidas en un pacto colectivo de la empresa de origen vigente en el momento de la transmisión encuentra apoyo en la regla general prevista en el apartado 1º del artículo 44 –que contempla la obligación del empresario cesionario de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior– y no así en su apartado 4º.

Consiguientemente, la modificación o supresión de tales condiciones de trabajo durante la vigencia del pacto extraestatutario únicamente podrá llevarse a cabo a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que, entre otras cosas, exige la acreditación de una causa económica, técnica, organizativa o de producción independiente del hecho mismo de la transmisión, y que, además, sólo podrá llevarse a cabo por parte de la empresa cesionaria una vez consumada la subrogación y en el marco de un proceso de negociación donde se encuentren debidamente representados los trabajadores transferidos.

3.2. Entendimiento y alcance del apartado 9º del artículo 44 ET

Pasemos ahora a delimitar el alcance del artículo 44.9 ET, que literalmente establece “el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 ET”.

De una primera y precipitada lectura del precepto legal podría desprenderse que éste faculta a la empresa cedente y a la empresa cesionaria, en relación con sus respectivos trabajadores, a modificar sus condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión, a través de la sustanciación, en su caso, de un período de consultas *ex art. 41* o *ex art. 40 ET*; período de consultas que, además, parece que podría llevarse a efecto antes de la transmisión. Siendo así, cabría considerar válidos los pactos de modificación de condiciones de trabajo de los trabajadores que van a ser objeto de transmisión,

alcanzados con carácter previo a la transmisión entre la empresa cedente y los representantes de los trabajadores de ésta.

Pero tal interpretación chocaría frontalmente contra la finalidad de la Directiva 2001/23 y del artículo 44.1 ET, de garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores transferidos a fin de que no se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión, y constituiría a la postre un claro fraude de ley, por cuanto que la sucesión de convenios colectivos en el marco de una transmisión de empresa o unidad productiva autónoma se rige por la regla especial del apartado 4º del artículo 44 ET, que justamente prevé el mantenimiento provisional del convenio colectivo de origen. De ahí, pues, que deba considerarse que la modificación sustancial de condiciones de trabajo previa a la transmisión pretende claramente evitar la asunción de una obligación legal.

Resulta de interés en este punto trazar un paralelismo con los supuestos de despidos colectivos efectuados por la empresa cedente con carácter previo a la transmisión. En cuatro recientes sentencias¹⁰, donde se discute sobre la posible nulidad de los despidos colectivos efectuados por la empresa cedente con carácter previo a la transmisión, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluye que las extinciones son nulas en la medida en que suponen un auténtico fraude de ley, pues pretenden evitar la asunción de una obligación legal por parte de la empresa cesionaria. Así, el Tribunal Supremo sostiene que, si bien formalmente se produce una transmisión de empresa por un acuerdo entre las entidades cedente y cesionaria, lo cierto es que tal acuerdo se produce a los pocos días de haberse prescindido de todo el personal de la empresa cedente, de manera que de ello se desprende la existencia de un pacto interempresarial *“tendente a evitar las previsiones que el art. 44 ET tiene establecidas en materia de sucesión, o sea, de una actuación consistente en la utilización de las previsiones del art. 51 del Estatuto -norma de cobertura- para evitar la aplicación del art. 44 de la misma, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art. 6.4 del Código Civil, que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el indicado precepto, y ha de ser entendido aplicable al caso”*.

Sentando lo anterior, es preciso tratar de entender la lógica que encierra el artículo 44.9 ET, debiéndose poner en relación tal precepto legal con el artículo 7.2 de la Directiva 2001/23, en la medida en que aquél constituye la trasposición al ordenamiento jurídico español de éste.

¹⁰ SSTs de 17 de febrero de 2014 (rec. núm. 142/2013); de 18 de febrero de 2014 (recs. núms. 108/2013 y 151/2013); y de 16 de abril de 2014 (rec. núm. 152/2013).

El artículo 7 de la Directiva 2001/23 se divide en dos apartados.

En el primero se establece la obligación de cedente y cesionario de informar a los representantes de sus trabajadores respectivos afectados por un traspaso sobre determinadas cuestiones (fecha o fecha prevista del traspaso; motivos del traspaso, consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores, y medidas previstas respecto de los trabajadores). Tales informaciones han de facilitarse, en el caso de la empresa cedente, con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso. Y, en el caso de la empresa cesionaria, con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso.

En el segundo apartado del artículo 7 de la Directiva 2001/23 se establece que *“si el cedente o el cesionario previeren la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo”*.

De entrada, el artículo 7 de la Directiva no se refiere expresamente en ningún momento a la posibilidad de llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con motivo de la transmisión, ni mucho menos respecto del personal transferido. Téngase en cuenta que tanto el artículo 7 de la Directiva como el artículo 44.9 ET se refieren en todo momento a los trabajadores respectivos de la empresa cedente y de la cesionaria, sin aludir en ningún caso a los trabajadores transferidos.

Es por ello que, de entrada, cabe interpretar que la facultad de adoptar medidas modificatorias por parte de la empresa cedente o de la cesionaria respecto de sus trabajadores respectivos se refiere únicamente a aquellos trabajadores de las respectivas plantillas que no son objeto de cesión. En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 14 de julio de 2014.

Aun compartiendo en línea de principio esta conclusión, pues es la única que resulta acorde con la tan repetida finalidad de la Directiva y del artículo 44 ET, considero, sin embargo, que tanto el artículo 7 de la Directiva como el artículo 44.9 ET ampararían todas aquellas modificaciones de condiciones de trabajo efectuadas por la empresa cedente que son consecuencia necesaria del traspaso de centro de actividad, al producirse un cambio en la ubicación geográfica de la unidad transmitida (movilidad geográfica), y que por ello mismo es lógico que afecten al personal transferido, sin que en tal caso pueda considerarse conculcada la garantía del mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen.

En definitiva, la empresa cedente no puede utilizar la vía del artículo 44.9 ET para sustituir el convenio colectivo de origen de los trabajadores que van a ser transferidos, pues en tal caso resulta de aplicación la regla especial del artículo 44.4 ET que exigiría un acuerdo de empresa entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores una vez efectuada la transmisión.

Ni tampoco puede la empresa cedente utilizar la vía del artículo 44.9 ET en relación con el artículo 41 ET para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de origen contractual –incluyendo las derivadas de un pacto extraestatutario– del personal que va a ser transferido, pues a ello obsta una interpretación finalista del tal precepto acorde con la garantía del mantenimiento de las condiciones convencionales y contractuales de origen del personal cedido, incurriéndose, además, en un claro fraude de ley, habida cuenta que el ámbito de apreciación de la causa empresarial así como el escenario de negociación han de situarse necesariamente en la empresa cesionaria y no así en la cedente, pues los trabajadores transferidos pasan a depender de la empresa cesionaria como consecuencia de la sucesión.

Fecha recepción: 10.7.2015

Fecha aceptación: 24.7.2015