

CASACION núm.: 267/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 253/2018

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Luis Tejedor Redondo, en nombre y representación de la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES) y el interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, contra la sentencia de 6 de julio de 2016 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 133/2016 seguido a instancia de la Dirección General de Empleo contra la Asociación profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad (APROSER), la Unión de Asociaciones de Seguridad Privadas de España (UAS), la Federación de Servicios de UGT (FES-UGT), CC.OO. de Construcción y Servicios, la Federación de Trabajadores de Seguridad Privada de la Unión Sindical Obrera (FTSP-USO), la Federación Empresarial Española

de Seguridad (FES), el Sindicato CIG y el Sindicato ELA-STV sobre impugnación de convenio.

Han comparecido en concepto de parte recurrida Comisiones Obreras de Construcción y Servicios representada por el letrado D. Juan José Montoya Pérez, Unión Sindical Obrera representada por el letrado D. José Manuel Castaño Holgado, Unión de Asociaciones de Seguridad representada por la letrada D^a Eva Facio Orsi, la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores representada por el letrado D. José Antonio Mozo Saiz y la Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad representada por el letrado D. Gabriel Vázquez Durán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se presentó demanda sobre impugnación de convenio de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando a la Sala que «declare que el segundo párrafo que se pretende introducir en el apartado C 2).2 del artículo 14 del Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el período julio de 2015 a 31-12-2016, así como el primer párrafo de la Disposición Transitoria Tercera que también se acuerda incorporar al texto de dicho Convenio por su Comisión Negociadora, conculcan la legalidad vigente, por vulneración del artículo 84.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma adhiriéndose la Federación Empresarial Española de Seguridad a la demanda y oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 6 de julio de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimamos la demanda de impugnación de convenio, formulada por la DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL de conformidad con lo previsto en el artículo 90.5 del ET, contra, los integrantes de la Comisión negociadora del acta de 22 de diciembre de 2015, en la que se acuerda la modificación parcial del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el período de julio 2015 a 31-12-2016 (BOE de 18-9-2015), puesto que el segundo párrafo del apartado C.2).2 del artículo 14, así como el primer párrafo de la Disposición Transitoria Tercera del Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el período julio de 2015 a 31-12-2016 son conformes a derecho, por lo que absolvemos a la organización empresarial ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE COMPAÑÍAS PRIVADAS DE SERVICIOS DE SEGURIDAD (APROSER), la organización empresarial UNIÓN DE ASOCIACIONES DE SEGURIDAD PRIVADA DE ESPAÑA (UAS), FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE UGT (FES-UGT), CC.OO. DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD PRIVADA DE LA UNIÓN SINDICAL OBRERA (FTSP-USO), FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y ELA-STV, de todas las pretensiones deducidas en la demanda.».

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«**Primero.-** El Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el período julio de 2015 a 31-12-2016 (código de convenio nº 99004615011982), firmado el 17 de julio de 2015, de una parte, por las organizaciones empresariales APROSER y UAS, y, de otra parte, por los sindicatos FES-UGT, CC.OO. De CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS y FTSP-USO, fue registrado por resolución de la Dirección General de Empleo de 4 de septiembre de 2015 y publicado en el BOE de 18-9-2015. En el preámbulo de dicho Convenio colectivo se motivaba la terminación *"ante tempus"* del Convenio anterior, para el año 2015 y publicado en el BOE de 12-1-2015, por las siguientes razones: *"La más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la retribución de los períodos de vacaciones y su incidencia en el sector de la seguridad privada en España, ha desembocado en la anulación del art. 45.2 acordada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de abril de 2015, lo que obliga a los negociadores del Convenio a dar contenido al precepto anulado.- La Mesa Negociadora del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad ha venido manifestando durante todos estos años, caracterizados por una importante crisis económica, su firme apuesta por la estabilidad del sector a través del Convenio Colectivo estatal, herramienta que considera la más adecuada para este fin. Por ello, los negociadores han considerado imprescindible encontrar una solución negociada a un nuevo conflicto sobrevenido, antes de que pudieran enturbiarse las relaciones laborales.- Para ello, se ha considerado conveniente anticipar la fecha de terminación del convenio de 2015, publicado en el «BOE» del 12 de enero de 2015 y sustituirlo por uno con vigencia desde el 1 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, con el objetivo de adecuar el art. 45 a la doctrina del*

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea, preservando, además, el equilibrio económico de lo pactado para el ejercicio 2015. Así, se ha decidido trasladar el sobrecoste que supone el pago del promedio de todos los pluses funcionales que los trabajadores del sector deban percibir en el período de vacaciones a una mayor subida para las retribuciones establecidas con carácter fijo en el Anexo Salarial.- Por esta razón, y aun teniendo en cuenta lo dispuesto en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 («BOE» 20/06/2015), se ha superado el porcentaje recomendado en el citado acuerdo para el año 2016, en cuanto a la retribución comprendida en las tablas del Anexo Salarial que se incrementan en un 1,59% en términos de año natural y un 2,48%, comparando las tablas aplicables desde 1 de julio de 2016, en relación con el año 2015 compensando de este modo las retribuciones variables adicionales que suponen el cumplimiento de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- Asimismo, desde el convencimiento de la necesaria dignificación del sector recomendada e impulsada desde el Observatorio Sectorial, con el Convenio Colectivo como elemento homogeneizador de las condiciones laborales de los trabajadores, la Mesa Negociadora ha establecido una fórmula de garantía del cumplimiento de lo aquí pactado, insertando una Disposición Adicional que pretende incentivar al máximo el respeto de las condiciones económicas que deben percibir los trabajadores del sector".- **Segundo.-** La Disposición transitoria tercera del texto inicialmente aprobado por la Comisión Negociadora establecía: "Enmarcado el presente convenio colectivo en el contexto de dar cumplimiento a la Sentencia de la Audiencia Nacional sobre los conceptos que deben integrar la retribución durante el período vacacional, así como permitir el mantenimiento del convenio colectivo estatal como elemento fundamental para conservar unas condiciones dignas en el sector, las partes pactan el establecimiento de una cláusula que vincula la aplicación de los valores fijados en este Convenio para los pluses del art. 66.2 del Convenio Colectivo al mantenimiento dentro de las condiciones pactadas en este Convenio Colectivo, de forma que para cualquiera de las empresas afectadas por el mismo que proceda a utilizar cualquier vía con el objeto de evitar aplicar las condiciones pactadas en el presente convenio colectivo estatal, con independencia de los mecanismos que la legislación vigente permite, tal actuación conllevará la obligación de abonar desde el 1 de julio de 2015 los cruces del artículo 66.2 de las cuantías que se hacen constar a continuación: (...)"- En su último párrafo, dicha Disposición transitoria añadía lo siguiente: "Del mismo modo, para el caso de que llegado el plazo de los incrementos pactados en el presente convenio, a aplicar el 1 de enero de 2016 y el 1 de julio de 2016, se produjera el impago de las cantidades resultantes de dichos incrementos por parte de cualquiera de las Empresas del Sector, con independencia de su reclamación judicial y los intereses legales de dicho impago genere, se acuerda establecer una penalización por incumplimiento del pago, del 50% de la cantidad debida que se incrementará al principal de la reclamación desde el día siguiente a la fecha del vencimiento". (Descriptor nº 3).- **Tercero.-** La Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con fecha 12 de agosto de 2015, cursó requerimiento a través del REGCON, a la Comisión Negociadora de dicho Convenio colectivo en el que se hacían las siguientes observaciones a propósito de la regulación transcrita: "A juicio de este Centro Directivo, dicha Disposición transitoria tercera plantea varios problemas.- Por un lado, el primer párrafo impone una obligación de pago de*

unas penalizaciones o incrementos sobre determinados pluses salariales pos del citado como artículo 66.2, que en realidad es el 66.b)21 como fórmula para garantizar el "mantenimiento" de las empresas dentro del ámbito del Convenio.- El uso de expresiones tales como "proceda a utilizar cualquier vía con el objeto de evitar aplicar las condiciones pactadas" y, sobre todo, "con independencia de los mecanismos que la legislación vigente permite" apunta abiertamente a un intento de limitar a través del convenio colectivo de referencia las posibilidades que el vigente marco normativo brinda a las empresas. Sin entrar a valorar la literalidad de la expresión utilizada, lo cierto es que la legislación laboral en vigor establece la posibilidad de que las condiciones pactadas en un convenio colectivo estatal de sector en materia de cuantía salarial y de los complementos salariales, como es el caso del aludido artículo 66.b).2, cedan a favor de las pactadas en un convenio de empresa, en virtud del principio de prioridad aplicativa reconocida en el artículo 84.2 E. T. Y esta posibilidad legal no puede verse alterada mediante el establecimiento en el convenio colectivo sectorial estatal de complementos salariales en una cuantía determinada que serían aplicables también aun cuando las empresas tuvieran un convenio propio.- Lo mismo cabe decir en cuanto a las posibilidades de acudir al mecanismo legal de la inaplicación del convenio, en los términos del artículo 82.3.d) E.T., en el caso de que concurrieran las causas y se siguiera el procedimiento definido en dicho precepto. Se trata de una facultad legal conferida individualmente a las empresas en dificultades y que no puede quedar limitada por la negociación colectiva sectorial.- Por otro, con respecto al último párrafo de la Disposición transitoria tercera antes transcrito, en el que se establece una penalización (recargo del 50%) para el supuesto de impago de las cantidades resultantes de dichos incrementos por parte de cualquiera de las Empresas del Sector, es claro que no se refieren sólo a las empresas que no paguen los referidos complementos conforme a las cantidades del Convenio que nos ocupa, sino también a cualquier otra empresa del sector que. aun pagando las retribuciones a que esté obligada por las normas legales y convencionales que le afecten (en su caso, por un convenio colectivo de empresa), habría de abonar una penalización del 50% de lo debido si las cuantías abonadas no son las del sectorial. En tal caso, a juicio de este Centro Directivo, la cláusula de dicho párrafo resulta igualmente contraria a los artículos 82.3 y 84.2 del E.T. por los motivos indicados.- Se solicita por tanto la aclaración y, en su caso, modificación de la regulación contenida en la mentada Disposición transitoria para resultar conformes con los indicados preceptos del E.T. (descriptor 4).- **Cuarto.**- En contestación a dicho requerimiento, la Comisión Negociadora presentó escrito de alegaciones en fecha 2 de septiembre de 2015, en el que alegaba que, a su juicio, la citada Disposición transitoria tercera no contraviene la legislación vigente, en la medida en que expresamente respeta los mecanismos que la legislación vigente permite. No obstante lo anterior y siendo de interés primordial para los firmantes la inmediata publicación del convenio colectivo en el BOE acuerdan la supresión de la citada Disposición transitoria del texto del Convenio. (Descriptor 5).- **Quinto.**- Con fecha 30 de diciembre de 2015, D. Eduardo Cobas Urcelay, designado por la Comisión negociadora del Convenio colectivo de empresas de seguridad para realizar los trámites correspondientes de inscripción y depósito, presentó a través de la aplicación informática REGCON la documentación relativa a la solicitud de registro y publicación en el BOE del acta de 22 de diciembre de 2015 de

modificación parcial de dicho convenio, solicitud que dio lugar al expediente de referencia: nº REGCON 99/01/1276/2015.- Dicho acuerdo de modificación, además de introducir un segundo párrafo en el apartado C.2).2 del artículo 14 del Convenio publicado el 18-9-2015, procede a añadir una Disposición transitoria tercera en el texto del mismo, del tenor literal siguiente: *"Enmarcado el presente Convenio Colectivo en el contexto de dar cumplimiento a la Sentencia de la Audiencia Nacional 78/2015, de 30 de abril, sobre los conceptos que deben integrar la retribución durante el período vacacional y garantizar el mantenimiento del Convenio Colectivo Estatal como elemento integrador del sector, en el mismo se ha procedido a una redistribución de las cuantías de los pluses del artículo 66.2 que se compensa en un incremento retributivo para el año 2016. Por ello, las partes acuerdan que si una empresa suscribe un Convenio Colectivo en su ámbito de negociación que minore la compensación pactada en este Convenio, no podrá beneficiarse de la reducción de los importes unitarios de los pluses contenidos en el "artículo 66:2" del Convenio Colectivo y, en consecuencia, deberá retribuir aquéllos respecto del período transcurrido entre el 1 de julio de 2015 y la fecha en que entre en aplicación el Convenio Colectivo de empresa en base a las cuantías que fueron fijadas en su día por el Convenio Colectivo publicado en el BOE del 12 de enero del 2015.- Dado el importante esfuerzo asumido por las representaciones sindical y empresarial para alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes, que ha implicado un incremento de las tablas salariales del año 2016, se acuerda que, cuando una empresa obligada al pago de las cantidades resultantes de los incrementos pactados incurriera en impago de los mismos, en cualquier mensualidad, le será aplicada una penalización por incumplimiento de pago consistente en el 50% de la cantidad debida, que se incrementará al principal de la reclamación que corresponda desde el día siguiente a la fecha del vencimiento, con independencia de su reclamación judicial y los intereses legales que cada pago genere."* (Descriptor 6).- **Sexto.-** Tras recibir la mencionada acta de 22 de diciembre de 2015 con los acuerdos de modificación alcanzados por la Comisión negociadora del Convenio, la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, cursó requerimiento a dicha Comisión en el que se volvía a incidir, a propósito del primer párrafo de la Disposición transitoria tercera que se acordaba incorporar al texto del Convenio, en que la cláusula convencional transcrita pretende incidir en la fijación del salario de las empresas que tengan convenio colectivo propio y esta es una materia en la que, si el convenio colectivo que están aplicando es de ámbito de empresa, éste tiene prioridad absoluta sobre cualquier otra norma convencional, con lo cual la regulación convencional transcrita contraviene a juicio de ese centro directivo lo dispuesto en el artículo 84.2 del ET. (Descriptor 7).- **Séptimo.-** El 12 de febrero de 2016 a través del REGCON, se presenta acta de alegaciones de la Comisión Negociadora de igual fecha en la que se sostiene, en síntesis, que en modo alguno se está incidiendo con la cláusula contenida en el primer párrafo de la tan repetida Disposición transitoria en la fijación del salario de las empresas que tengan convenio propio, puesto que se está regulando el importe a abonar durante el periodo anterior a la publicación del Convenio de empresa, y la prioridad aplicativa de dicho potencial Convenio de empresa (cuando el mismo establezca retribuciones inferiores) en ningún caso podrá tener efecto retroactivo. Lo único que hace, se sostiene, es poner una condición en virtud de la cual la redistribución de las cuantías

de los pluses del artículo 66.2 del Convenio y que constituyen una minoración de la potencial retribución del trabajador que se compensa con un incremento retributivo significativo para el año 2016, no opere para aquel que, en uso de la posibilidad legal de suscribir un Convenio de empresa, evite el incremento pactado para 2016. Es decir, se añade, se pretende evitar la táctica del espiguelo por parte de las empresas utilizando lo que les resulta favorable del convenio sectorial y eludir los incrementos por vía del Convenio de empresa. (Descriptor 8).-

Octavo.- Mediante oficio de fecha 8 de marzo de 2016, se volvió a insistir a la Comisión Negociadora del acuerdo de modificación parcial que nos ocupa que, a juicio de la Dirección General de Empleo, la regulación contenida en el primer párrafo de la Disposición Transitoria Tercera que se acuerda introducir en el Convenio claramente pretende incidir en la fijación del salario de las empresas que tengan convenio colectivo propio, y que esta es una materia en la que, si el convenio colectivo que están aplicando es de ámbito de empresa, este tiene prioridad absoluta sobre cualquier otra norma convencional, con lo cual esa regulación convencional transcrita contraviene lo dispuesto en el artículo 84.2 del E.T. Lo que no puede hacer el Convenio de empresa, se argumentaba frente a las alegaciones de los firmantes del acuerdo de modificación, cuando establezca retribuciones inferiores a las del convenio de sector, es reducir derechos salariales o de otra índole de los trabajadores correspondientes a periodos temporales anteriores a la entrada en vigor de ese Convenio colectivo, pero de cara al futuro no puede hablarse de efectos retroactivos "in peius", ni, en consecuencia, de contravención de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución Española. (Descriptor 9).-

Noveno.- El 30 de marzo de 2016, se presenta acta de alegaciones de la Comisión Negociadora, de 29 de marzo de 2016 (se acompaña como documento nº 8) en la que los firmantes se reiteran, sucintamente y en relación con la cláusula de la Disposición Transitoria objetada por esta autoridad laboral, en que su intención no es "incidir" en la fijación del salario de las empresas que tienen convenio colectivo propio y que lo único que se establece son efectos diferentes para quien se mantiene en la aplicación del Convenio del sector durante toda su vigencia frente a quien libremente opta por modificar su marco normativo, y garantiza la seguridad jurídica y el conocimiento previo del marco en el que se debe desenvolver la negociación colectiva en el ámbito de la empresa y evita la práctica del espiguelo por parte de las empresas que opten por este cauce legal. (Descriptor 10).-

Décimo.- En el acuerdo de modificación parcial del Convenio objeto de la presente comunicación de oficio también se aprueba introducir un segundo párrafo en el apartado C.2).2 del artículo 14 del Convenio -Subrogación de servicios-, con la redacción siguiente: *"Cuando se produzca una subrogación, el personal objeto de la misma deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este Convenio, si éste fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores condiciones inferiores en virtud de un convenio estatutario de empresa. La aplicación de las condiciones del presente Convenio se mantendrá hasta su vencimiento o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte de aplicación a la empresa cesionaria"*.- También esta cláusula que se pretende introducir en el texto del Convenio fue objeto de requerimiento por parte de la autoridad laboral pues se consideraba que, como ya se había puesto de relieve con ocasión

del registro y publicación de otros convenios o acuerdos colectivos anteriores para las empresas de seguridad, la misma es contraria a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa establecida en el artículo 84.2 del E.T. en las materias a que este precepto se refiere. (Descriptor 7).- **Undécimo.-** - En la citada acta de alegaciones de la Comisión Negociadora de 12 de febrero de 2016 los firmantes del acuerdo de modificación del artículo 14 del Convenio sostienen, en síntesis, que es indiferente el hecho de que la nueva adjudicataria tenga o no un Convenio propio de empresa, porque el texto convencional en vigor y publicado en el BOE ya ha fijado las consecuencias de la subrogación cuando establece en el apartado C.2).1 del artículo 14 del Convenio : "La Empresa adjudicataria del servicio deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente, o que el trabajador pueda demostrar". Así pues, se alega, lo único que pretende el párrafo incorporado en el acuerdo de modificación presentado para su registro y publicación es dejar clara tal circunstancia y evitar la avalancha de demandas judiciales ante actuaciones empresariales que pretendan ignorar las consecuencias de una subrogación, amparadas falsamente en la existencia de un Convenio de empresa que no puede generar esta variación de los derechos laborales de los trabajadores. Y, a mayor abundamiento, se añade que esta cláusula superó en su momento el control de legalidad preceptivo habiendo sido parte del articulado del Convenio colectivo estatal de empresas seguridad hasta febrero de 2014 como consecuencia de una omisión involuntaria de las partes. (Descriptor 8).- **Decimosegundo.-** -La Dirección General de Empleo y frente a las anteriores alegaciones en relación a la modificación del apartado C.2).2 artículo 14 del convenio, mediante el oficio ante citado de fecha 8 de marzo de 2016, se opuso lo siguiente: *"En nuestro anterior oficio, y se reitera en este, se puso de manifiesto que, a juicio de este centro directivo, la cláusula transcrita es contraria a la prioridad aplicativa del Convenio colectivo de empresa establecida en el artículo 84.2 del E. T. en las materias a que este precepto se refiere.- Se sostiene, en síntesis, en el acta de alegaciones presentada que el párrafo que se pretende introducir en el apartado 0.2). 2 del artículo 14 del Convenio en realidad no produce efectos nuevos o distintos de los que produce la regulación ya existente, pues cuando en el apartado C.2).1 se establece que la empresa adjudicataria del servicio "deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente, o que el trabajador pueda demostrar", ya está exigiendo, en el supuesto que pretende regular el párrafo discutido, que se han de respetar al trabajador las condiciones fijadas en el convenio colectivo sectorial, y lo único que pretende el párrafo que se pretende incorporar es dejar clara tal circunstancia y evitar en la medida de lo posible una avalancha de demandas judiciales.- Al respecto se ha de decir que, aunque no se trate del mismo supuesto de sucesión de empresas, la doctrina del Tribunal Supremo en materia de sucesión de empresas del Artículo 44 del E. T., puede resumirse en que la subrogación empresarial solo abarca "aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere va*

consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras" (Sentencias 5 de diciembre de 1992 y 20 de enero de 1997).- De lo anterior se desprende que, respetados los derechos adquiridos que tuvieran los trabajadores en el momento de la subrogación, de cara al futuro no se puede desconocer la prioridad aplicativa del Convenio de empresa frente al del sector en todas aquellas materias en las que así lo establece actualmente el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores a raíz de la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio.- En las alegaciones presentadas se dice también en relación con el segundo párrafo del apartado C.2).2 del artículo 14 que se pretende introducir en el Convenio que la regulación que contiene fue objeto de consultas previas en esta Dirección General en el año 2013 y, de hecho, superó el control de legalidad habiendo sido parte integrante del articulado del Convenio colectivo para las empresas de seguridad hasta su eliminación en febrero de 2014 como consecuencia de una omisión involuntaria de las partes.- En efecto, en relación con Convenios anteriores para las empresas de seguridad y acuerdos de modificación de esos Convenios, se han objetado cláusulas muy similares a la que ahora nos ocupa y por las mismas razones; entenderlas contrarias al artículo 84.2 del E. T.- A raíz de dichas objeciones, se solicitó con relación al Convenio para el penado 2012-2014, por varios miembros de su Comisión Negociadora tener una reunión con esta Dirección General de cara a tratar el asunto y buscar una solución. Así pues, con sustento, tal y como se argumentó por parte de los miembros de esa Comisión, en lo preceptuado en el artículo 44 del E. T., en la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales y en la jurisprudencia sobre sucesión de contratos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se consideró que si se cambiaba el contenido del párrafo cuestionado, ajustándolo más a la literalidad del artículo 44.4 del E. T y se limitaba la subrogación del artículo 14 del convenio a los servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, protección personal y guardería particular de campo (y no al transporte de explosivos que se eliminó del primer párrafo de dicho artículo 14), podría entenderse que estábamos ante una subrogación derivada de lo preceptuado en el artículo 44 del E. T. tal y como viene siendo interpretado este precepto legal por la jurisprudencia de nuestros tribunales.- Pero, con ocasión de la modificación posterior del artículo 14 de dicho Convenio, se comunicó a su Comisión Negociadora que tal consideración cambiaba si se incluían en la regulación de dicho artículo los servicios de transporte de explosivos y de transporte de fondos, pues en estos casos no es aplicable la doctrina jurisprudencia! sobre lo que se ha venido a denominar "sucesión de plantilla". En consecuencia y desde entonces, respecto a estos servicios, la cláusula del segundo párrafo del apartado C.2.2 del artículo 14 del convenio, se ha venido considerando reiteradamente por este centro directivo contraria a la prioridad aplicativa del convenio de empresa del artículo 84.2 en las materias a que este se refiere". (Descriptor 9).-

Decimotercero.- - En el acta de 29 de marzo de 2016 los firmantes se reiteran en las alegaciones de su escrito del mes de febrero anterior e insisten en que la prioridad aplicativa del Convenio de empresa no se ve alterada por la regulación contenida en el párrafo que se pretende incorporar a la regulación del artículo 14 del Convenio, sin perjuicio del necesario respeto de las condiciones que un trabajador tenga adquiridas en el transcurso de su relación laboral y que deberán ser modificadas bien por la suscripción de un convenio de empresa

posterior o por los procedimientos legalmente establecidos en el artículo 41 del E.T. (descriptor 10).- **Decimocuarto.**- Mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2015, la asociación empresarial FEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE SEGURIDAD (FES) solicitó a la Dirección General de Empleo que al amparo de lo establecido en el artículo 163.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, se curse a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, comunicación de oficio sobre ilegalidad del Acuerdo de Modificación Parcial del Convenio Colectivo para Empresas de Seguridad para el periodo 1 de julio de 2015 a 31 de diciembre de 2016, (descriptor 11).- **Decimoquinto.**- Por sentencia de esta Sala de lo Social 30-4-2015, (proc. 361/2014) recaída en las demanda de impugnación de convenio colectivo, promovida por UGT, CCOO, USO, a la que se adhirió CIG, estimamos la excepción de falta de acción, alegada por las demandadas, en lo que afecta a la nulidad del artículo 45.2 del convenio del sector de empresas de seguridad 2012-2014, por lo que absolvemos a las demandadas de dicha pretensión.- Estimamos la demanda de impugnación de convenio, promovida por CIG, a la que se adhirieron UGT, CCOO y USO y anulamos el art. 45.2 del convenio del sector de empresas de seguridad para 2015 y condenamos a APROSER, FES, AESPRI, AES, AMPES y ACAES a estar y pasar por dicha nulidad, así como a incluir en la retribución de las vacaciones, además de los conceptos incluidos en la Tabla de Retribuciones del Anexo, los demás complementos de puesto de trabajo contenidos en el art. 66.2 del convenio.- Posteriormente, se dictó sentencia por esta Sala en el procedimiento 284/2015 en las demandas acumuladas de impugnación de convenio colectivo, promovidas por ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES y ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA INTEGRAL, a las que se adhirieron ELA-STV y CIG, en la que estimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia respecto a la tercera pretensión de la demanda de AST. - Desestimamos ambas demandas, por lo que declaramos la plena legalidad del convenio y absolvemos a APROSER, FES, UAS, UGT, CCOO y USO de los pedimentos de las demandas.- El hecho probado octavo de la referida sentencia es del siguiente tenor literal: "- El coste de aplicar la sentencia referida más arriba (30-4-2015) ascendería al 0, 5% de la masa salarial. - El incremento salarial, pactado en el convenio, asciende a 2, 48%.", Hecho que fue pacífico entre las partes que intervinieron en aquel proceso.- Una vez dictada sentencia por esta sala el 30 de abril de 2015 que anula el sistema de retribución vacacional del convenio sectorial se decide por los negociadores trasladar el coste del incremento de 0,5% sobre todos, 48% pactado en 2015 a 2016 y en aquellos supuestos en que no se aplique el convenio sectorial se obliga a las empresas a aplicar el 0,5%. (Hecho conforme)».

CUARTO.- Por la representación de la Federación Empresarial Española de Seguridad, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formula el siguiente motivo: 1º) Al amparo del artículo 207 e) LRJS, por infracción del artículo 84.2 ET.

Por el Abogado del Estado se formaliza el recurso de casación, basándose en un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) LJS, por infracción del art. 84.2 ET.

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente la desestimación de los recursos, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 28 de febrero de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6/07/2016 que ahora se recurre en casación desestimó la demanda planteada al amparo de lo dispuesto en el art. 90.5 ET, en relación con el art. 163 y siguientes LRJS, por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en la que se pedía de aquella Sala una sentencia en la que se declarase “ ... que el segundo párrafo que se pretende introducir en el apartado C.2).2 del artículo 14 del Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el período julio de 2015 a 31- 12-2016, así como el primer párrafo de la Disposición Transitoria Tercera que también se acuerda incorporar al texto de dicho Convenio por su Comisión Negociadora , conculcan la legalidad vigente, por vulneración del artículo 84.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

La Sala de Instancia lleva a cabo en los hechos probados de la sentencia, transcritos en otra parte de esta resolución, un detallado análisis de las relevantes circunstancias precedentes que condujeron a la comisión negociadora del convenio sectorial para las empresas de seguridad a sustituir antes de su vencimiento el pactado para todo el año 2015 (BOE nº 10/2015, de 12/01) y sustituirlo por otro nuevo cuya vigencia se extendería desde el 1/07/2015 al 31/12/2016 (BOE nº 224/2015, de 18/09).

Como resumen de tales precedentes cabe destacar el hecho de que una sentencia anterior de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 30/04/2015 (ratificada íntegramente por la de esta Sala de lo Social del

Tribunal Supremo nº 744/2016, de 15/09/16) anuló el sistema de cálculo de la retribución de las vacaciones previsto en el artículo 45.2 del convenio para el año 2015 por ser contraria esa norma a la legalidad, razonándose en ella sobre la necesidad de que se incorporasen para su cálculo los complementos previstos en el art. 66.2 del Convenio, además del complemento personal de antigüedad.

Las partes negociadoras del convenio se reunieron de nuevo ante la necesidad de cumplir con el mandato que suponía la anulación del sistema retributivo de las vacaciones previsto en el art. 45.2, lo que daba lugar a situaciones nada sencillas de resolver relacionadas con el incremento de la masa salarial que resultaba de ello, valorado en un 0,50%. Con esa finalidad se llegó por la comisión negociadora a suscribir ese nuevo convenio que había de regir para las empresas del sector de seguridad, en sustitución del vigente, desde el 1 de julio de 2015 al 31 de diciembre del siguiente año 2016, en el que se contienen las normas sobre las que ahora se discute su legalidad.

2.- La primera de ellas que se analiza, la Disposición transitoria 3ª del convenio, dice lo siguiente: «Enmarcado el presente Convenio Colectivo en el contexto de dar cumplimiento a la Sentencia de la Audiencia Nacional 78/2015, de 30 de abril, sobre los conceptos que deben integrar la retribución durante el período vacacional y garantizar el mantenimiento del Convenio Colectivo Estatal como elemento integrador del sector, en el mismo se ha procedido a una redistribución de las cuantías de los pluses del artículo 66.2 que se compensa en un incremento retributivo para el año 2016. Por ello, las partes acuerdan que si una empresa suscribe un Convenio Colectivo en su ámbito de negociación que minore la compensación pactada en este Convenio, no podrá beneficiarse de la reducción de los importes unitarios de los pluses contenidos en el "artículo 66:2" del Convenio Colectivo y, en consecuencia, deberá retribuir aquéllos respecto del período transcurrido entre el 1 de julio de 2015 y la fecha en que entre en aplicación el Convenio Colectivo de empresa en base a las cuantías que fueron fijadas en su día por el Convenio Colectivo publicado en el BOE del 12 de enero del 2015.

Dado el importante esfuerzo asumido por las representaciones sindical y empresarial para alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes, que ha implicado un incremento de las tablas salariales del año 2016, se acuerda que, cuando una empresa obligada al pago de las cantidades resultantes de los incrementos pactados incurriera en impago de los mismos, en cualquier mensualidad, le será aplicada una penalización por incumplimiento de pago consistente en el 50% de la cantidad debida, que se incrementará al principal de la reclamación que corresponda desde el día siguiente a la fecha del vencimiento, con independencia de su reclamación judicial y los intereses legales que cada pago genere.».

Sobre ella la sentencia recurrida lleva a cabo una razonada interpretación de la que desprende la consecuencia de que la misma no vulnera la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, en los términos que se recogen en el artículo 84.2 ET, desde el momento en que, se dice literalmente en ella, el precepto del convenio se limita « ... a introducir una corrección en los importes de los complementos salariales, cuando se pretenda negociar un convenio de empresa, que minore la compensación pactada en el convenio, que solo es posible cuando su régimen retributivo se mantenga durante toda su vigencia, de manera que, si se pacta un régimen retributivo inferior en el convenio de empresa, lo que es absolutamente legítimo, deberán abonarse los complementos retributivos desde el 1-07-2015 hasta la entrada en vigor del convenio, en el importe del convenio precedente, puesto que, si no se hiciera así, las empresas se beneficiarían de unos importes de los complementos salariales más bajos que los queridos por los negociadores del convenio sectorial desde el 1-07 al 31-12-2015, cuya minoración se contrapesa precisamente mediante los incrementos retributivos de 1-01 y 1-07-2016, lo cual provocaría, a nuestro juicio, un manifiesto enriquecimiento injusto, puesto que esas empresas se beneficiarían de la minoración convencional de 2015 sin compensarla con los incrementos de 2016, que solo se equilibrarán al final de esa anualidad...», lo que no ha de impedir «... que las empresas, que negocien convenios de empresa durante la vigencia del sectorial, apliquen retribuciones inferiores al mismo desde su entrada en vigor, que es lo protegido por la norma antes dicha, siendo razonable que se apliquen los complementos salariales del convenio precedente, asumidos por el nuevo convenio, cuando el régimen retributivo del convenio de empresa sea inferior al del convenio sectorial, por cuanto la reducción retributiva, aceptada por los representantes de los trabajadores en 2015, quedaría sin contrapartida alguna mediante la negociación de convenios de empresa, que se beneficiarían de lo positivo del convenio sectorial y se ahorrarían las compensaciones pactadas para ello, quebrando el difícil equilibrio alcanzado por los negociadores del convenio sectorial...».

3.- También se impugna el contenido del art. 14 C). 2).2 del convenio, referido a la subrogación del personal de la saliente en la nueva empresa entrante cuando haya de hacerse cargo del servicio encomendado y del personal correspondiente. Dicho precepto dice lo siguiente: «Cuando se produzca una subrogación, el personal objeto de la misma deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este Convenio, si éste fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores condiciones inferiores en virtud de un convenio estatutario de empresa. La aplicación de las condiciones del presente Convenio se mantendrá hasta su vencimiento o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte de aplicación a la empresa cesionaria.».

Para la Autoridad Laboral se trata de una norma que vulnera el art. 84.2 ET, en tanto que desplaza ilícitamente al convenio de empresa respecto de las condiciones económicas y sociales que los trabajadores que se subrogan tengan en virtud del convenio estatal del sector, de serles éste de aplicación en la fecha de la subrogación y hasta que pierda vigencia en el sector o hasta que se apruebe uno nuevo en la empresa cesionaria.

Sin embargo, para la Sala de lo Social de la AN no existe tal vulneración, desde el momento en que «... no cabe declarar que el segundo párrafo que se pretende introducir en el apartado C.2).2 del artículo 14 del Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad conculca la legalidad vigente, será necesario analizar los supuestos concretos de subrogación por cambio de contratas y determinar en cada caso si nos hallamos ante un supuesto de concurrencia conflictiva de normas que impida la aplicación de la obligación impuesta en el sectorial, habrá supuestos en que no se advierta ningún obstáculo para que opere con toda su plenitud la cláusula de subrogación contenida en el segundo párrafo del apartado C. 2).2 del artículo 14 del convenio que se pretende introducir. En otros supuestos, la solución podrá venir impuesta por la propia norma paccionada. Es cierto que "los convenios colectivos de empresa o grupos de empresa únicamente tendrán prioridad aplicativa respecto del convenio estatal o respecto de los convenios autonómicos o provinciales en las materias contempladas por el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores." En caso de subrogación, se deben respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa incluida la antigüedad siempre que estos provengan de pactos o acuerdos lícitos».

SEGUNDO.- Frente a la referida sentencia recurren ahora en casación la Abogacía del Estado, en representación de la Autoridad Laboral demandante y la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES). En ambos casos el recurso se construye sobre un único motivo planteado al amparo del art. 207 e) LRJS por vulneración del art. 84.2 ET, subdividido en dos apartados, referido uno al contenido de la Disp. Transitoria 3ª y el otro al contenido del apartado C.2).2 del artículo 14 del convenio colectivo, insistiendo en que en ambos casos se produce una ilícita elusión de la regla de derecho necesaria contenida en ese precepto del ET, en el que se establece con toda claridad la preferencia del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial, en los siguientes términos: "2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias ...", llevando a cabo

después una descripción de ellas, entre las que se encuentra el salario y sus complementos, las horas extraordinarias o el horario y la distribución del tiempo de trabajo, entre otras materias.

Ni la sentencia recurrida, ni esta Sala de los Social del Tribunal Supremo ignora la realidad y el alcance del precepto que se dice infringido por aquella. Por el contrario, hemos entendido y entendemos que el número 2 del art. 84 ET es claro cuando describe y establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias en relación con el convenio sectorial, y así lo hemos dicho en varias ocasiones, destacando no obstante que esa prioridad aplicativa ha de referirse exclusivamente a los convenios estatutarios de empresa y en absoluto a otros pactos o convenios que afecten a niveles o ámbitos inferiores a la propia empresa (SSTS nº 404/2017, de 9/05/2017, rec. 115/2016; y nº 772/2016, de 22/09/2016, rec. 248/2015).

Se trata entonces de analizar cada una de las dos disposiciones impugnadas, la Disp. Transitoria 3ª y el apartado C.2).2 del artículo 14 del convenio para determinar si realmente se ha producido la vulneración puesta de manifiesto en la demanda, desestimada por la sentencia y sostenida ahora en sede de recurso de casación.

TERCERO.- Antes hemos transcrito el contenido de la referida Disp. Transitoria, y se han puesto de manifiesto de manera resumida las causas por las que esa norma pactada irrumpió en el nuevo convenio colectivo sectorial para las empresas de seguridad antes de la finalización natural del tiempo para el que fue negociado el correspondiente al año 2015, aprobándose otro nuevo cuyos efectos temporales se extenderían desde el 1/07/2015 al 31/12/2016, en el que se trataba de dar solución a los problemas de distribución temporal y cumplimiento de la nueva fórmula de cálculo del importe de las vacaciones establecido por la sentencia de la AN antes citada, ratificado por esta Sala con posterioridad.

El primer criterio interpretativo que hemos de manejar es el literal -art. 1281 CC- tal y como hace la sentencia recurrida, con cuya decisión ya anticipamos que estamos plenamente de acuerdo en este primer punto de debate jurídico, y del texto de esa transitoria podemos extraer que contiene

una prohibición para las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio sectorial que pacten otro a nivel de empresa, en los términos del art. 84.2 ET, estableciéndose que en ese caso la empresa "...no podrá beneficiarse de la reducción de los importes unitarios de los pluses contenidos en el artículo 66.2 del Convenio Colectivo y, en consecuencia, deberá retribuir aquéllos respecto del período transcurrido entre el 1 de julio de 2015 y la fecha en que entre en aplicación el Convenio Colectivo de empresa en base a las cuantías que fueron fijadas en su día por el Convenio Colectivo publicado en el BOE del 12 de enero del 2015".

No hay en ese texto impedimento convencional de clase alguna que imposibilite el que se pacte un convenio de empresa por aquélla que estando sujeta al sectorial después del 1/07/2015, desee hacerlo y así lo pacte con los legales representantes de los trabajadores en los términos previstos en los arts. 82 y siguientes ET; lo que sucede es que los efectos de ese convenio de empresa se producirán lógicamente desde su fecha de entrada en vigor, pero rigiendo el sectorial lógicamente para el resto del tiempo anterior transcurrido durante el año 2015 hasta aquél momento de la vigencia del nuevo convenio de empresa, particularmente las condiciones pactadas en el sectorial para el periodo correspondiente, sin permitirse a esa empresa o empresas que pacten nuevos convenios de empresa que se beneficien de esas nuevas condiciones pactadas o que proyecten los efectos de ese convenio de empresa con eventuales reducciones retributivas de manera retroactiva sobre periodos anteriores amparados por la vigencia del convenio sectorial.

Partiendo de la realidad de que nadie discute aquí el sistema pactado en el convenio sectorial sobre la determinación del importe que han de tener las vacaciones, en la transitoria transcrita se atiende precisamente a esa situación especial que la retribución de esas vacaciones originaba, cuyo alcance y efectos se describe con precisión en los hechos probados de la sentencia de instancia, de la que extrae ésta la acertada conclusión que asumimos, en el sentido de que el equilibrio del convenio inicialmente pactado para todo el año 2015 se vio profundamente afectado por la anulación del régimen retributivo de las vacaciones, lo que provocó el efecto lógico de que se produjera un incremento de la masa salarial en un 0,5%, siendo esa la razón por la que los mismos negociadores del convenio decidieron terminar la vigencia de aquél convenio y pactar otro en el que los trabajadores asumieron una reducción del importe de los complementos salariales correspondientes al

año 2015, que ya tenían reconocidos en el convenio precedente y en la sentencia de la Sala de lo Social de la AN 78/2015, lo que hicieron a cambio de unos incrementos salariales que se activaron el 1/01/2016 y el 1/07/2016, lo que constituye un negocio jurídico complejo y de ejecución diferida en el tiempo para equilibrar las minoraciones retributivas del segundo semestre de 2015.

Esa complejidad retributiva queda de manifiesto en el art. 45.2 del nuevo convenio para el periodo 1/07/2015-31/12/2016, en el que se establece que «A partir del 1 de julio de 2016, la retribución correspondiente al período de vacaciones vendrá determinada por la suma del «total» de la Tabla de Retribuciones del Anexo, y por los conceptos comprendidos en ella, más el Complemento Personal de antigüedad (Trienios/Quinquenios) y el promedio mensual de lo devengado en el período de referencia por el trabajador por cualquiera de los complementos establecidos en el artículo 66.2 del Convenio (excepto aquellos que tengan ya regulada una forma específica de retribución en las vacaciones en este Convenio: plus de peligrosidad, plus de Ceuta y Melilla y plus de actividad) correspondiente a los doce meses inmediatamente anteriores a aquél en que se inicie el período de vacaciones, promedio que, dividido entre los 31 días de vacaciones, será abonado por cada día disfrutado de vacaciones. Para el período comprendido entre el 1 de julio de 2015 y el 30 de junio de 2016 regirá lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda».

Y a su vez, en la DT 2ª se dice lo siguiente: «Durante el periodo comprendido entre el de 1 de julio de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, la retribución de las vacaciones disfrutadas en el período mencionado se determinará mediante la suma del «total» de la Tabla de Retribuciones del Anexo, y por los conceptos comprendidos en ella, más el Complemento Personal de antigüedad (Trienios/Quinquenios) y el promedio mensual de lo devengado en el período de referencia por el trabajador, exclusivamente durante dicho período, por cualquiera de los complementos establecidos en el artículo 66.2 del Convenio (excepto aquellos que tengan ya regulada una forma específica de retribución en las vacaciones en este Convenio: plus de peligrosidad, plus de Ceuta y Melilla y plus de actividad), promedio que, dividido entre los 31 días de vacaciones, será abonado por cada día disfrutado de vacaciones. - Dada la previsible dificultad para determinar, antes de que finalice este periodo, la media de los variables que hayan de aplicarse a la nómina de vacaciones según esta Disposición Transitoria, cada trabajador recibirá el promedio de los complementos del artículo 66.2 devengados en este semestre en la nómina de enero de 2016. - Se garantiza para todos los trabajadores que hayan disfrutado, en todo o en parte, su período vacacional entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio de 2015, el cobro, en cómputo anual, de los variables del artículo 66.2, como si las hubieran disfrutado a partir del 1 de julio de 2015. - Durante el período comprendido entre el de 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2016, la retribución correspondiente al período de vacaciones vendrá determinada por la suma del «total» de la Tabla de Retribuciones del Anexo, y por los conceptos comprendidos en ella, más

el Complemento Personal de antigüedad (Trienios/Quinquenios) y el promedio mensual de lo devengado en el período de referencia por el trabajador por cualquiera de los complementos establecidos en el artículo 66.2 del Convenio (excepto aquellos que tengan ya regulada una forma específica de retribución en las vacaciones en este Convenio: plus de peligrosidad, plus de Ceuta y Melilla y plus de actividad) correspondiente a los seis meses inmediatamente anteriores a aquél en que se inicie el período de vacaciones, promedio que, dividido entre los 31 días de vacaciones, será abonado por cada día disfrutado de vacaciones en los términos del artículo 64.2».

Por eso, como se dice en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, pactaron en el art. 66 del convenio el importe de los complementos salariales para el período 1/07/2015 a 31/12/2015 y 1/01/2016 a 31/12/2016, distinguiendo en el anexo salarial las retribuciones correspondientes a tres periodos diferenciados: de 1 de julio a 31 de diciembre de 2015, de 1 de enero de 2016 a 30 de junio de ese año, y de 1 de julio a 31 de diciembre de 2016, pactándose una redistribución de las cuantías de los pluses para el período 1-07 a 31-12-2015, que se compensarían en el año siguiente, mediante el incremento de las retribuciones en 1,59% desde el 1 de enero de 2016 y en 2,48% a partir del 1 de julio de ese mismo año, introduciendo un sistema de compensación del régimen de retribución de las vacaciones en 2015, distinto al que habría de regir a partir del 1/01/2016, con incrementos retributivos superiores a los recomendados por el AENC 2015, 2016 y 2017, en dos fases durante el año 2016.

Como puede verse, esa complejidad que comportaba la ejecución diferida en el tiempo venía a dejar “objetivamente al descubierto” -dice con acierto la sentencia recurrida- a los trabajadores, que asumieron reducir sus retribuciones en 2015 a cambio de incrementos retributivos superiores en 2016, en el caso de que se pactaran convenios de empresa después del 1/07/2015, que se podrían beneficiar de la reducción retributiva acordada en el convenio sectorial sin asumir los costes posteriores pactados, lo que además penalizaría presupuestariamente a las empresas que continuases en el ámbito del convenio sectorial y cumplieran con lo pactado, limitando su competitividad en relación con las que se acogieran a sus propios convenios de empresa con importes de las retribuciones comparativamente minoradas.

De todo ello se desprende que esas previsiones temporales transitorias no vulneran lo dispuesto en el art. 84.2 ET, puesto que no impiden que

quienes negocien y aprueben convenios de empresa durante la vigencia del sectorial, apliquen retribuciones inferiores al mismo desde su entrada en vigor, que es lo protegido por esa norma, siendo entonces lícito que para el periodo anterior a esa entrada en vigor del convenio de empresa se pacte en el convenio sectorial la aplicación de los complementos salariales del convenio precedente de 2015, asumidos por el nuevo convenio de julio de 2015, cuando el régimen retributivo del convenio de empresa sea inferior al del convenio sectorial, por cuanto que la reducción retributiva a la que hemos antes referencia como factor de distribución y equilibrio del nuevo sistema de abono de las vacaciones asumida convencionalmente por los representantes de los trabajadores en 2015, « ... quedaría sin contrapartida alguna -afirma con acierto la sentencia recurrida- mediante la negociación de convenios de empresa, que se beneficiarían de lo positivo del convenio sectorial y se ahorrarían las compensaciones pactadas para ello, quebrando el difícil equilibrio alcanzado por los negociadores del convenio sectorial».

En consecuencia, de lo razonado se desprende que, tal y como propone el Ministerio Fiscal y las partes recurridas en sus escritos de impugnación del recurso, el primer apartado del motivo único referido a la pretendida ilegalidad de la Disp. Trans. 3ª del convenio ha de ser desestimado por no vulnerar el número 2 del art. 84 ET.

CUARTO.- El segundo punto del motivo de los recursos de casación formulados se refiere también a la vulneración por parte de la sentencia recurrida de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en relación con el sectorial que se contiene en el número 2 del art. 84 ET, achacando esa ilegalidad a lo que se dispone en el apartado C.2). 2 del art. 14 del convenio, en el que recordemos que se dice lo siguiente: «Cuando se produzca una subrogación, el personal objeto de la misma deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este Convenio, si éste fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores condiciones inferiores en virtud de un convenio estatutario de empresa. La aplicación de las condiciones del presente Convenio se mantendrá hasta su vencimiento o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte de aplicación a la empresa cesionaria».

Para resolver ese problema jurídico hemos de partir de la realidad de que estamos en presencia de una subrogación que no tiene su origen en el art.

44 ET, sino que su naturaleza es estrictamente convencional. Así lo hemos dicho reiteradamente en sentencias como la nº 466/2017, de 31/05/2017 (rec. 234/2016), en la que se cita y recoge otra anterior del Pleno de la Sala, la STS de 7/04/16 (rcud. 2269/14 -), en las que se afirma que « ... en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera -por ese solo hecho- la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET , sino que la subrogación se producirá -o no- de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida, habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información socio-laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (aparte de muchas anteriores que en ellas se citan, SSTS 19/09/2012 -rcud 3056/11 -; 14/10/13 -rcud 1844/12 -; 19/11/14 -rcud 1845/13 -; 16/12/14 -rcud 1198/13 -; y Pleno 07/04/16 -rcud 2269/14 -) ... en estos supuestos de subrogación convencional «la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos:

- a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello.
- b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una "sucesión de plantilla" y una ulterior "sucesión de empresa".
- c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.
- d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001/23/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET) .

Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de coherencia de las previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes ...».

De la anterior doctrina se desprende que la sucesión o subrogación de la empresa entrante en la prestación del servicio y en las relaciones de trabajo de los que en la saliente prestaban sus servicios se lleva a cabo en virtud de lo que dispone el convenio sectorial que precisamente regula de manera

específica esa subrogación, que en otro caso y en los supuestos normales no se produciría, lo que determina que las partes que negocian los términos de esa subrogación la puedan llevar a cabo en los términos que estimen convenientes, siempre y cuando no conculquen ningún precepto de derecho necesario y entendiendo que esa obligatoriedad en relación con los términos de la subrogación se producirá para las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de esa cláusula subrogatoria, esto es, las que se incluyan en el ámbito funcional de las empresas de seguridad, de manera que si una determinada empresa tiene un convenio propio, puede decidir concurrir o no al procedimiento de adjudicación de una contrata del servicio, pero si lo hace, la subrogación en las relaciones de trabajo de quienes prestan servicios en la empresa saliente se llevará a cabo en los términos que la hacen exigible, esto es, en los del convenio sectorial, en los que, como se ha visto y para el convenio que discutimos, se contempla una garantía especial que se aproxima a la que se establece legalmente en el art. 44 ET, que no resultaría aplicable normalmente, pero que lícitamente puede ser pactada y vincula a la empresa entrante que libremente decide concurrir a la adjudicación del servicio, con independencia de que tenga convenio propio o no, de manera que resultarán aplicables las condiciones del convenio sectorial, como se dice en la discutida cláusula antes transcrita, que se mantendrán *“hasta su vencimiento o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte de aplicación a la empresa cesionaria”*.

QUINTO.- En consecuencia de lo razonado hasta ahora se desprende que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, procede la desestimación de los recursos de casación planteados y la Íntegra confirmación de la sentencia recurrida, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el art. 235.2 LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES) y por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- 2º) Confirmar íntegramente la sentencia recurrida de 6 de julio de 2016 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 133/2016 seguido a instancia de la Dirección General de Empleo contra la Asociación profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad (APROSER), la Unión de Asociaciones de Seguridad Privadas de España (UAS), la Federación de Servicios de UGT (FES-UGT), CC.OO. de Construcción y Servicios, la Federación de Trabajadores de Seguridad Privada de la Unión Sindical Obrera (FTSP-USO), la Federación Empresarial Española de Seguridad (FES), el Sindicato CIG y el Sindicato ELA-STV sobre impugnación de convenio.
- 3º) Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA