

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 555/2018 de 29
May. 2018, Rec. 60/2017**

Ponente: García Paredes, María Luz.

CASACION núm.: 60/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 555/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 29 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por e letrado D. Ignacio Marín de la Bárcena Garcimartín, en nombre y representación del Comité de Empresa de Madrid de EMC Computer Systems Spain, Representantes legales del centro de trabajo de Barcelona y Representante legal del centro de trabajo de Bilbao, contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2016, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento núm. 305/2016 seguido a instancia de mencionados recurrentes contra EMC Computer System Spain, S.A.U. sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida EMC Computer System Spain, S.A.U. representada por el letrado D. Antonio Bartolomé Martín.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del Comité de Empresa de Madrid de EMC Computer Systems Spain, representado por Juan Alberto en su condición de Presidente del Comité y Pedro Jesús con en su calidad de Secretario, Representantes legales del centro de trabajo de Barcelona, D. Jospe Pijuan Juanola, Marta Ruiz Horta y Daniel Font Rams, Representante legal del centro de trabajo de Bilbao, D. Candido se presentó demanda de conflicto colectivo contra EMC Computer System Spain, S.A.U., de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en dicha demanda tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que: «1. Se declare la nulidad de la medida, condenando a la empresa a que reponga el beneficio social en sus propios términos y alternativamente a que, a su elección, compense a los trabajadores con una medida equivalente tal como: a.- La monetarización del beneficio: utilizando el mismo sistema de retención con los mismos máximos sobre el salario y, en el momento en que se haría entrega de las acciones con el 15% adicional, se haga entrega de la cantidad retenida con un 15% adicional y en cantidad neta, ya que dichas acciones están exentas de tributación si se mantienen durante tres años (posibilidad que la

empresa ha imposibilitado a los trabajadores).- b.- Entregar acciones de otra Compañía del Grupo que continúe cotizando.- c.- Entregar acciones propias que no estén cotizadas, en cuyo caso la prestación debería incluir un compromiso de recompra inmediata de las acciones por parte de la Compañía, ya que de lo contrario no se mantiene la situación de los trabajadores al no poder venderlas y hacerlas líquidas.- d.- Entregar acciones de otra compañía a elección de EMC en cada momento, o acordada conjuntamente, o a elección de los trabajadores, en los mismos términos del plan existente pero en cuantía neta, al no poder los trabajadores acogerse a la exención fiscal correspondiente anteriormente mencionada.- 2.- Se condene a la empresa a indemnizar a los trabajadores por el daño causado por la supresión del beneficio social en atención al daño emergente y al lucro cesante, en cuantía equivalente al beneficio económico máximo que los trabajadores hubieran podido percibir apuntándose a dicho plan en todas las ocasiones que pudiesen haberlo hecho de haber continuado el mismo vigente entre la fecha de su supresión y la fecha de su reposición o compensación. Todo ello en cuantía neta e incrementado en el interés legal para deudas salariales del 10% anual desde las fechas en que los trabajadores hubiesen percibido dichas cantidades».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, 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 20 de diciembre de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «En la demandada interpuesta por COMITÉ DE EMPRESA DE MADRID DE EMC COMPUTER SYSTEMS SPAIN, REPRESENTANTES LEGALES DEL CENTRO DE TRABAJO DE BARCELONA, REPRESENTANTE LEGAL DEL CENTRO DE TRABAJO DE BILBAO frente a EMC COMPUTER SYSTEM SPAIN, S.A.U., previa desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, y estimando la de caducidad de la acción desestimamos la demanda interpuesta absolviendo a la demandada de los pedimentos frente a ella formulados».

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- Los trabajadores de la empresa EMC Computer Systems Spain, S.A.U. han venido teniendo acceso desde siempre a un sistema de incentivos, también denominados beneficios sociales de la Compañía, entre los que se encontraba el denominado "Employee Stock Purchase Plan" (Plan de Adquisición de Acciones por los Empleados).- Dicho Plan consiste someramente en la posibilidad de comprar acciones de la Compañía a un precio inferior al del mercado, siendo la empresa una sociedad cotizada en el mercado continuo. El sistema de funcionamiento del plan consistía en que cualquier empleado de EMC podía enrolarse y beneficiarse de un 15% de descuento sobre el precio de las acciones de EMC. Este plan, semestral, se encontraba limitado al 15% del salario total del empleado y tenía un tope de 7.500 \$ por semestre.- SEGUNDO.- El Plan a que se ha hecho referencia se rige por un protocolo de 1.989, actualizado a fecha 1 de julio de 2.013, cuyo contenido obra traducido al castellano en el descriptor 22- por reproducido.- Dicho Plan fue elaborado por el Consejo de Administración de la empresa matriz- EMC Corporación- que es cabecera del grupo en que se integraba la demandada, que tiene su sede en los EEUU de América, de la redacción del mismo conviene destacar: 1.- que el apartado 16º del protocolo, rubricado "Cambios en la capitalización" prevé que: " *En caso de dividendos de acciones, desdoblamiento de acciones o combinación de acciones, recapitalización, fusión en la que la Empresa sea empresa sobreviviente, o cualquier otro cambio en el capital bursátil de la empresa, el Comité determinará de manera adecuada el número y tipo de acciones o valores de la Empresa objeto del Plan y de opciones en ese momento pendientes o que van o otorgarse en virtud del presente, el número máximo de acciones o valores que se pueden entregar en virtud del Plan, el precio de la opción y otras disposiciones relevantes, y la decisión será vinculante a todos los empleados. En caso de una consolidación o fusión en la que la Empresa no sea sobreviviente (de otra forma que no sea por concesión hipotecaria o interés de garantía), todas las acciones pendientes quedarán canceladas desde ese momento, siempre que antes de hacer efectiva tal fusión, consolidación o venta de activos, el Comité (a) devuelva el saldo de todas las cuentas de retenciones y cancele todas las operaciones pendientes, o (b) adelante la fecha del ejercicio de las opciones establecida*

en el Apartado 8, o (c) si hubiera una empresa sobreviviente o adquirente, lo organice para que tal empresa o sus filiales otorguen a los participantes opciones de reemplazo con unos términos y condiciones equivalentes a los establecidos por el Comité."; 2.- que el apartado 19º del referido protocolo, bajo la rúbrica "Modificación y resolución del Plan" dispone en su párrafo 2º : " El Comité o el Consejo pueden cancelar en cualquier momento el Plan, pero tal cancelación no podrá afectar negativamente a los derechos y privilegios de los titulares de las opciones correspondientes." 3.- que el apartado 22º, rubricado "Jurisdicción y derecho aplicable" establece: " La Empresa y todos los participantes del Plan se someten a la jurisdicción y competencia exclusiva de los Juzgados federales o estatales de la Commonwealth de Massachusetts, excepto en las normas o principios de conflicto de leyes que puedan de forma alguna someter la interpretación de este Plan al derecho sustantivo de otra jurisdicción.".- Se da por reproducido el contenido del descriptor 23- traducción al castellano del Prospecto informativo del Plan de adquisición de acciones".- Los empleados de la empresa tenían acceso dichos documentos en lengua inglesa a través de la Intranet de la Corporación, dicho idioma es conocido por todos los trabajadores de la mercantil- descriptor 24 y testifical del responsable de recursos humanos de la empresa.- TERCERO.- La empresa emitió un documento destinado a sus empleados denominado "EMC Concilia" en el que se contempla como un beneficio social o extra-salarial la denominada "Compra mensual de acciones a precio rebajado - "Stock Purchase Plan"- refiriendo Consultar Portal del Empleado, " Employee Central Compensation & Financial Benefits).- descriptor 39.- Igualmente los empleados tienen a su disposición la denominada guía del Empleado que con relación al Plan dispone: "El Plan de Adquisición de Acciones por los Empleados se rige por el Prospecto aprobado por el consejo, a disposición de todos los empleados."- descriptor 40 por reproducido.- CUARTO.- Con ocasión del el proceso de adquisición y futura fusión anunciado entre EMC, Dell Computer y Denali Holding que, daría lugar a la salida de la Compañía de su cotización en bolsa, el Consejo de la empresa matriz acordó el día 11 de octubre de 2.015 acordó la cancelación del Plan en los términos que obran en el descriptor 33- por reproducido.- QUINTO.- La supresión del plan con efectos 31-1-2.016 fue publicada en la intranet de la Compañía y comunicada por correo electrónico a los empleados- descriptores 26 y 27.- SEXTO.- El día 9-6-2.016 el Comité de Empresa de Madrid remitió a la dirección de la empresa un correo electrónico en los siguientes términos: "Buenas Tardes Tomás Como sabrás, el pasado día 31 de Enero finalizó el programa de ESPP (Employee Stock Purchase Plan) de compra de acciones de EMC.- Este programa, voluntario, permitía a cualquier empleado de EMC enrolarse y beneficiarse de un 15% de descuento sobre el precio de las acciones de EMC. Este plan, semestral, se encontraba limitado al 15% del salario total del empleado o 7.500\$ por semestre, o sea, al límite inferior de ambas cantidades. Podemos por lo tanto estimar el beneficio que generaba a cada empleado en un 2,25% del salario total para aquellos salarios inferiores a 100.000\$ y en 2.250\$ anuales para los salarios superiores.- El ESPP fue cancelado, tal como se refleja en los sucesivos y variados documentos internos publicados por la compañía debido al proceso de adquisición y fusión anunciado por EMC Corporation, Dell Inc y Denali Holding.- Múltiples y sucesivas comunicaciones de la alta dirección de la compañía han incidido en que los empleados de EMC no se verán afectados en su salario o condiciones por causa del proceso de fusión con Dell, pero que sepamos no ha sido comunicado ningún mecanismo de compensación de los ingresos perdidos.- Queremos puntualizar que el asunto no es la desaparición del programa ESPP, vigente desde la constitución de EMC España hace 18 años, sino los mecanismos que la compañía tiene pensados para compensar dicho plan en este y posteriores semestres. En este sentido reclamamos que se establezca un complemento retributivo, a modo de dos pagas extra, equivalentes en la cuantía a lo máximo que podría cobrar el trabajador haciendo las compras y vendiendo en el mismo día.- Si no hubiese compensación por la eliminación de ese beneficio, los trabajadores verían modificadas sustancialmente las condiciones de trabajo, lo que, como seguro sabes, requiere que exista una tramitación con consulta a los representantes de los trabajadores y una justificación razonable para ese cambio.- Quedamos a la espera de una urgente respuesta y una solución inmediata al conflicto para evitarla adopción de las acciones legales correspondientes." - Descriptor 28.- SÉPTIMO.- En los últimos cinco ejercicios de vigencia del plan el mismo ha sido suscrito por los siguientes porcentajes de trabajadores de la demandada: - en el año 2011 por un 19 por ciento

en el primer semestre y por un 13 por ciento en el segundo; - en el año 2012 por un 17 por ciento en el primer semestre y por 19 por ciento en el segundo; - en el año 2013 por un 19 por ciento en el primer semestre y por un 24 en el segundo; - en el año 2014 por un 23 por ciento en el primero y por un 26 en el segundo; - en el año 2015 por un 28 por ciento los dos semestres.- OCTAVO.- La empresa MC Corporación dejó de cotizar en Bolsa el día 6-9- 2.016, y oferta a sus empleados de la suscripción otros instrumentos de Inversión- conforme.- NOVENO.- El día 5 de octubre de 2.016 tuvo lugar intento de mediación ante el SIMA, extendiéndose acta de desacuerdo- descriptor 5».

CUARTO.- Por la representación de del Comité de Empresa de Madrid de EMC Computer Systems Spain, Representantes legales del centro de trabajo de Barcelona y Representante legal del centro de trabajo de Bilbao, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formulan cuatro motivos de casación, al amparo al amparo del apartado e) del art. 207 LRJS , denuncian la infracción del art. 44.1 y 44.9 del ET , en el segundo motivo, con igual amparo procesal, denuncia la infracción del art. 138 de la LRJS , el tercer motivo, al amparo del apartado d) del art. 207 de la LRJS , solicita la revisión del hecho probado segundo y el cuarto y último motivo, con cita del apartado e) del art. 297 de la LRJS , se denuncia la infracción del art. 41 ET , en relación con la inexistencia de condición más beneficiosa que aprecia la sentencia recurrida.

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal interesando la desestimación del recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ha dictado sentencia en la que, rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento y apreciando la caducidad de la acción, desestima la demanda de conflicto colectivo presentada por la representación legal de los trabajadores en la que se solicitaba que "Se declare la nulidad de la medida, condenando a la empresa a que reponga el beneficio social en sus propios términos y alternativamente a que, a su elección, compense a los trabajadores con una medida equivalente tal como: a. La monetarización del beneficio: utilizando el mismo sistema de retención con los mismos máximos sobre el salario y, en el momento en que se haría entrega de las acciones con el 15% adicional, se haga entrega de la cantidad retenida con un 15% adicional y en cantidad neta, ya que dichas acciones están exentas de tributación si se mantienen durante tres años (posibilidad que la empresa ha imposibilitado a los trabajadores); b. Entregar acciones de otra Compañía del Grupo que continúe cotizando; c. Entregar acciones propias que no estén cotizadas, en cuyo caso la prestación debería incluir un compromiso de recompra inmediata de las acciones por parte de la Compañía, ya que de lo contrario no se mantiene la situación de los trabajadores al no poder venderlas y hacerlas líquidas; d. Entregar acciones de otra compañía a elección de EMC en cada momento, o acordada conjuntamente, o a elección de los trabajadores, en los mismos términos del plan existente pero en cuantía neta, al no poder los trabajadores acogerse a la exención fiscal correspondiente anteriormente mencionada; 2. Se condene a la empresa a indemnizar a los trabajadores por el daño causado por la supresión del beneficio social en atención al daño emergente y al lucro cesante, en cuantía equivalente al beneficio económico máximo que los trabajadores hubieran podido percibir apuntándose a dicho plan en todas las ocasiones que pudiesen haberlo hecho de haber continuado el mismo vigente entre la fecha de su supresión y la fecha de su reposición o compensación. Todo ello en cuantía neta e incrementado en el interés legal para deudas salariales del 10% anual desde las fechas en que los trabajadores hubiesen percibido dichas cantidades".

La sentencia recurrida ha rechazado la excepción de inadecuación de procedimiento porque considera que la supresión unilateral por la empresa del Plan de adquisición de acciones por los empleados afecta a la totalidad de la plantilla, al margen del número de trabajadores que lo fueran suscribiendo. Por lo que se refiere a la caducidad de la acción, alegada por la demandada y

negada por la parte actora con base en que no hay plazo porque la empresa no ha acudido a la vía del art. 41 ET , la Sala de lo Social considera que, si bien el criterio de la parte actora responde a una jurisprudencia anterior a la LRJS, a partir de ésta y de lo dispuesto en su art. 138.1 , aquella doctrina está superada y, en consecuencia, toda decisión empresarial que se reputa como MSCT está sometida a plazo de caducidad, con cita de la STS de 21 de octubre de 2014 . Por ello, considera que, en el caso que resuelve, la acción se encuentra caducada por cuanto que entiende acreditado que, desde el 31 de enero de 2016, a todos trabajadores les fue comunicada la cancelación del Plan por la intranet de la compañía. Respecto de los representantes legales de los trabajadores, si bien no hay una fecha cierta de su notificación a estos, sí que consta que, al menos, desde el 9 de junio de 2016 el Comité de Empresa conoció la medida, al ser en esa fecha cuando dicha representación unitaria remitió a la empresa un email en el que interesaba que se compensara la supresión del beneficio. La Sala toma esa fecha y la de presentación de la demanda para entender que el plazo transcurrido supera con creces el de 20 días. Además, considera que la desestimación de la demanda también vendría impuesta por la inexistencia de condición más beneficiosa al no estar reconocido el beneficio social como consolidado al haberse reservado la empresa el derecho a cancelarlo en cualquier momento.

Frente a dicha sentencia se ha interpuesto por los demandantes recurso de casación en el que, como primer motivo y al amparo del apartado e) del art. 207 LRJS , denuncian la infracción del art. 44.1 y 44.9 del ET . Según la parte recurrente, en resumen y esencia, la empresa ha modificado las condiciones de trabajo ante la sucesión empresarial, ocurrida como consecuencia de la adquisición y fusión de la demandada con otras mercantiles, lo que no es procedente en derecho o, si acaso, debió abrir un periodo de consultas al amparo de aquellos preceptos, siendo irrelevante en ese caso que la modificación sea sustancial o no. Finalmente, solicita que el presente motivo se tenga por formulado por la vía del apartado c) del art. 207 LRJS , por apreciarse también una incongruencia omisiva generadora de indefensión, debiendo reponerse las actuaciones al momento de dictar sentencia para que se vuelva a dictar sentencia dando respuesta a este pedimento, para el caso de que se entienda que no hay una desestimación tácita en relación con el alcance de la sucesión empresarial.

En el segundo motivo, con igual amparo procesal, denuncia la infracción del art. 138 de la LRJS , en orden a la excepción de caducidad apreciada en la instancia. A tal fin, entiende que la sentencia resulta incongruente cuando, por un lado, aplica el plazo de caducidad de las MSCT y, por otro, niega que se esté ante una condición más beneficiosa que obligase a la empresa a tener que acudir al art. 41 ET , al considerar que la empresa podía modificar unilateralmente el beneficio social. A ello une el argumento de que la empresa no realizó notificación alguna a la representación de los trabajadores y esa obligación no puede suplirse por el mero conocimiento de la medida que aquellos pudieran de otra forma y, en todo caso, el email que la Sala de instancia toma a estos efectos es un documento que fue emitido por el Comité de Empresa de Madrid y no por quienes ahora suscriben la demanda. Además, considera que en ese email se estaba reclamando un beneficio a cambio del que se retiraba, indicando que de no producirse esa compensación se entendería existente una MSCT, por lo que en ese momento no se tenían conocimiento inequívoco de estar ante un supuesto sometido a la caducidad. En este motivo y como un último argumento, se señala que la demanda no se ha planteado como una modificación sustancial sino como modificación injustificada que no podía adoptar la empresa.

El tercer motivo, al amparo del apartado d) del art. 207 de la LRJS , solicita la revisión del hecho probado segundo para que, a la vista del inciso relativo al acceso que tenían los trabajadores a los documentos por la Intranet se adicione al inicio de este el siguiente texto: "Desde el 8 de enero de 2015 (o alternativamente desde el 14 de marzo de 2014)..... ", suponemos que con base en el mismo documento que se señala en el citado ordinal -descriptor 24-

El cuarto y último motivo, con cita del apartado e) del art. 297 de la LRJS , se denuncia la infracción del art. 41 ET , en relación con la inexistencia de condición más beneficiosa que aprecia la sentencia recurrida. Según la parte recurrente, los trabajadores no tenían conocimiento del documento del que se obtiene que el beneficio social que se reclama pudiera ser retirado o

cancelado por la empresa en cualquier momento. En todo caso, considera que al no constar el Plan original y solo la actualización se desconoce si, precisamente, en esta fue cuando se introdujo esa facultad de retirada por la empresa del Plan, cuando dicha actualización no fue notificada a los representantes de los trabajadores. En todo caso, ese condicionamiento fue impuesto por la Compañía en EEUU y no en España.

SEGUNDO.- La parte recurrida ha impugnado el recurso para que se proceda a su desestimación porque, en relación con el primer motivo del recurso, considera que se está denunciando una sucesión empresarial que contradice los actos de la propia recurrente cuando en el acto de juicio admitió que la operación corporativa no supuso una sucesión de empresa, tal y como se recoge en la sentencia y en la grabación del acto de juicio, minuto 39,20. Tan es así que ni siquiera la sentencia recurrida trata dicha cuestión. Respecto del segundo motivo considera que debe ser desestimado porque, siendo la parte recurrente la que planteó una demanda de MSCT por la vía del conflicto colectivo, con base en la existencia de una CMB, es claro que está sometida a un plazo de caducidad, al margen de que luego se señale por la sentencia que no existe tal CMB. Respecto del tercero considera irrelevante la revisión. Y, finalmente, el cuarto motivo lo rechaza porque en ningún momento, atendiendo al contenido y régimen al que se somete el Plan, se constata la voluntad inequívoca de la empresa de atribuir una condición más beneficiosa incorporada a las relaciones laborales de sus empleados.

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que se considera que el recurso debe ser desestimado porque, en lo relacionado con la sucesión empresarial, refiere que no ha sido objeto de la demanda ni del acto de juicio; respecto de la caducidad, entiende que, no cuestionándose que se plantee una acción de modificación sustancial, los hechos probados tomados por la sentencia recurrida revelan la superación del plazo de caducidad que opera aunque no se haya seguido lo dispuesto en el art. 41 ET . y, en orden a la notificación a la representación unitaria, indica que hay datos fácticos que ponen de manifiesto que la misma conocía la medida adoptada, citando a tal fin la STS de 12 de enero de 2017 . Respecto del siguiente motivo, lo considera irrelevante para el signo del fallo. Y, por último, respecto del cuarto motivo, entiende que queda sin contenido al apreciarse la caducidad.

TERCERO.- Antes de pasar a resolver los motivos formulados por la parte recurrente, es necesario recordar el contenido de la demanda y las alegaciones de las partes para poder centrar cada motivo con lo que las partes debatieron en la instancia y la Sala de lo Social resolvió ya que es conocida y reiterada la doctrina de esta Sala en orden a que las partes no pueden introducir en este momento procesal cuestiones nuevas o no suscitadas ni debatidas en la instancia y sobre las que la sentencia recurrida no tuvo necesidad de solventar o pronunciarse.

Por un lado, en la demanda, tras exponerse determinados hechos, en el punto cuarto indica que "Entendemos que lo anterior podría calificarse como una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ya que estos beneficios sociales de carácter económico deben ser considerados como salario [...] Modificación sustancial que se ha realizado sin seguir ninguna de las formalidades exigidas por el artículo 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , por lo que entendemos que es más apropiado considerar el conflicto como un conflicto colectivo ordinario y no de modificación sustancial de condiciones...". Igualmente, dentro de los fundamentos de derecho destina un capítulo a la "modificación sustancial de condiciones" y, seguidamente, bajo la rúbrica de "Ausencia de periodo de consultas", se hace mención del art. 44.9 ET y la necesidad de consultar a los representantes legales de los trabajadores, aunque la medida no fuera sustancial.

La parte demandante en el acto de juicio se opuso a la demanda invocando, en lo que aquí interesa, la excepción de inadecuación de procedimiento, al no afectar a un número de trabajadores que pudiera calificar la medida como colectiva, y la de caducidad de la acción.

Como hecho pacífico, y por consiguiente no cuestionado por ambas partes, consta que "No hay sucesión empresarial, la empresa tiene propia dirección, organización, etc.", según recoge la sentencia recurrida en los antecedentes de hechos -apartado cuarto-, consecuencia ello de lo ocurrido en el acto de juicio y la precisión de los hechos sobre los que existían controversia.

A la vista de lo anterior y entrando ya a resolver el primer motivo del recurso, ya se entienda planteado como una infracción procesal o sustantiva, lo cierto es que debe ser rechazado porque, claramente, la parte está alterando el debate suscitado en la instancia y sobre el que la sentencia de instancia ha emitido su pronunciamiento.

Aunque en la demanda se hace mención del art. 44 ET, al alegar en la misma la existencia de sucesión empresarial, tal razón de la pretensión quedó vacía de contenido cuando por ambas partes, en el acto de juicio, consideraron que no se ha producido tal cambio. Por tanto, la parte actora no puede ahora introducir en vía de recurso esa cuestión ya que con ello está alterando las que fueron objeto de debate en el acto de juicio. Tan es así que la sentencia de instancia no contiene razonamiento alguno al respecto. En definitiva, no puede introducir en este momento, en el trámite de un recurso extraordinario como es el de casación, una cuestión que ella misma, aunque la había articulado en su demanda, con posterioridad y en momento procesal oportuno la sustrajo del conocimiento y debate en la instancia.

Y desde luego que esa ausencia de razonamiento en la sentencia de instancia no la convierte en incongruente por omisión porque, como se ha indicado antes, es la propia parte recurrente la que, habiéndola recogido su demanda, en el acto de juicio delimita los presupuestos de su demanda, aceptando la inexistencia de sucesión empresarial que, como hecho pacífico, no hizo preciso que la otra parte presentara prueba en contrario ni que el órgano judicial de instancia tuviera que decidir sobre dicho extremo. Esto es, el órgano judicial solo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido o lo que implícitamente esté vinculado a la pretensión o fuera inescindible o necesario para poder solventar la cuestión principal. Y desde luego que, en relación con lo pedido en demanda y manifestado por las partes en el acto de juicio, la sentencia recurrida ha resuelto de forma congruente, sin que la sucesión empresarial que ahora quiere aflorar el recurso sea una figura que tenga alguna de aquellas condiciones y menos configurarla como piedra angular para la casación de la sentencia recurrida.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso, destinado a combatir la excepción de caducidad apreciada en la sentencia de instancia, debe prosperar por las razones que pasamos a exponer.

La parte recurrente, como hemos indicado anteriormente, entiende que la sentencia recurrida está incurriendo en incongruencia al apreciar la caducidad y luego señalar que no existe condición más beneficiosa. Pues bien, al margen de que esta alegación no va acompañada de un precepto legal, lo cierto es que no se advierte incongruencia alguna cuando la sentencia aprecia la caducidad y, seguidamente, señala que la demanda tampoco podría prosperar desde la existencia de modificación unilateral de una condición más beneficiosa porque, esa argumentación viene a dar respuesta cumplida a la demanda cuando indica que el proceso de conflicto colectivo es ordinario en tanto que no ha existido cumplimiento del art. 41 ET pero partiendo de que ha existido una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Por el contrario, sí que debemos aceptar que no hay caducidad en el ejercicio de la acción porque, para limitar el ejercicio de la acción ejercitada, no hay constancia de una notificación expresa a la representación legal de los trabajadores de la medida adoptada. Y ello porque, como se dice por la parte recurrente, no es lo mismo tener conocimiento de la medida que una expresa notificación a dicha representación de la decisión empresarial, que es lo que exige la norma, y menos que la comunicación remitida por el Comité de Madrid tenga la trascendencia que se le ha otorgado por la sentencia recurrida para cerrar el examen de la acción ejercitada.

En efecto, la caducidad, como medida excepcional del ordenamiento jurídico, para proteger el interés derivado de una pronta estabilidad y dar certidumbre de las situaciones jurídicas pendientes de modificación, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que, en definitiva, impidan todo posible examen del derecho material y la consiguiente decadencia de determinados derechos.

Con ese alcance es con el que se debe analizar el problema que se plantea entorno a la caducidad y el día inicial de plazo para su cómputo. Al respecto y en relación con las acciones en materia de modificación sustancial de las condiciones laborales, esta Sala ha señalado, con cita de la STS 21

mayo 2013 (rec. 23/2012), que "la importancia de esa notificación como garantía de seguridad jurídica para aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción, razón por la que no cabe aplicar el plazo de caducidad de 20 días previsto en la norma, al no darse el presupuesto para el inicio del cómputo".

Igualmente se ha dicho que "El mismo artículo 59.4 ET establece un único día inicial para el cómputo del plazo de caducidad (la fecha de notificación de la decisión empresarial). Surge la duda de qué sucede cuando no concurre ese presupuesto, pudiendo pensarse que o bien no se inicia el cómputo, o bien comienza en el momento en que se sabe con certeza el alcance de la MSCT" [STS 30/2017, 12/01/2017].

Más específicamente, se considera que "El conocimiento que de tal decisión pueda tener la RLT a través de un tablón de anuncios, de informaciones verbales, de circulares empresariales, o de la firma de un acuerdo será relevante a otros efectos, pero no a los de activar el plazo de caducidad" [STS 30/2017, 12/01/2017]

Se ha descartado la caducidad en la STS 21/10/2014, (rec. 289/2013) "porque, aunque la representación legal de los trabajadores conocía la intención empresarial, puesta de relieve en el periodo de consultas, lo cierto es que no hubo acto expreso de notificación de la decisión definitiva, por más contundentes que fueran las manifestaciones de la empresa. Por ello, cabía esperar una notificación posterior que pusiera en conocimiento del Comité de empresa la decisión definitivamente adoptada, así como la ulterior comunicación individualizada a los trabajadores afectados" .

También, se considera que no procede apreciar la caducidad cuando la empresa niega que se haya producido una modificación sustancial ni, por tanto, ha seguido el procedimiento del art. 41. Así se ha señalado que "*En el caso, y sin perjuicio de la novedad en su alegación, aplicando la referida doctrina, no ha de apreciarse caducidad de la acción, por cuanto como es de ver, la empresa en congruencia con su postura procesal no considera formalmente que nos encontremos ante una MSCT, ni como se verá ha seguido el procedimiento previsto para ello (art. 41 ET), con lo cual no se ha iniciado el plazo para su cómputo*". [STS 340/2017, 21/04/2017].

En el presente caso, consta como hecho probado que todos los trabajadores tenían conocimiento de la supresión del plan, pero ello no puede servir para que el órgano de representación de los trabajadores pueda darse por notificado cuando la norma exige una expresa comunicación a dicha representación cuando la medida es de carácter colectivo. Por otro lado, tampoco podemos aceptar que la comunicación dirigida por el Comité de Madrid a la empresa sirva para tener por realizada dicha notificación, con el efecto de poner en esa fecha el día inicial del plazo porque: 1. En ningún momento consta que la empresa se dirigiera a los Comités y Delegados de Personal de los centros respectivos para notificarles la supresión del Plan, antes del mes de junio de 2016. 2. En esa comunicación del Comité de Madrid lo que se está pidiendo a la empresa es que ante la decisión empresarial se valore la repercusión que la misma tiene para los trabajadores, de forma que lo que están interesando en ese momento es que se les comunique el alcance de esa decisión sobre los derechos de los trabajadores cuando la misma empresa había indicado que el paso a DELL no iba a alterar las condiciones laborales. 3. Precisamente, lo que no puede entenderse con la citada comunicación es que pueda perjudicar a quién la emite, la representación legal, cuando el cumplimiento de los requisitos que la norma impone recaen sobre la empresa cuando modifique sustancialmente las condiciones laborales y en este caso no hay constancia de que en algún momento haya llevado a cabo ninguna notificación expresa con la representación legal de los trabajadores. 4. Además, como bien señala la parte recurrente, esa comunicación no fue emitida por todos los Comités que ahora demandan por lo que, tampoco serviría a los efectos que aquí nos ocupan. El hecho de que dicha comunicación fuera dirigida en copia al resto de Comités o Delegados de Personal por quien la emite, como señala la parte recurrida, no sirve para tener por cumplido el requisito de notificación a los mismos ni mucho menos para tener por iniciado el plazo de caducidad ya que, en todo caso, no es la empresa la que remite el comunicado o requerimiento. 5. Tampoco podría justificarse la falta de notificación a los representantes legales por el hecho de no estar constituidos los Comités de Empresa ni nombrados los Delegados de

Personal, a fecha 31 de enero de 2016, como señala la parte recurrida al impugnar el recurso, ya que ningún dato en tal sentido figura en el relato de los declarados probados.

Consecuencia de todo ello es que, como señala el motivo, no es posible apreciar la excepción de caducidad que se ha estimado en la sentencia recurrida, lo que nos permite entrar a conocer del resto de los motivos por cuanto que, además de que en el relato de hechos probados hay elementos fácticos suficientes para resolver la demanda, la sentencia de instancia ha considerado, además, que no estamos ante una condición más beneficiosa.

QUINTO.- En el siguiente motivo, al amparo del apartado d) del art. 207 de la LRJS , solicita la revisión del hecho probado segundo para que, a la vista del inciso relativo al acceso que tenían los trabajadores a los documentos por la Intranet se adicione al comienzo el siguiente texto: "Desde el 8 de enero de 2015 (o alternativamente desde el 14 de marzo de 2014)..... ", suponemos que con base en el mismo documento que se señala en el citado ordinal -descriptor 24-.

El motivo no puede ser admitido porque, sin necesidad de reiterar la conocida y pacífica doctrina de esta Sala en orden a las exigencias que deben observarse para la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, no se advierte ninguna equivocación de la Sala de instancia en la apreciación de la prueba, al margen de la irrelevancia del dato que se quiere hacer valer.

En efecto, del documento en cuestión, consistente en un pantallazo de un contenido de la Intranet que fue ratificado por prueba testifical, no se obtiene lo que la parte propone porque lo que refleja esa prueba es la fecha de creación y actualización de su contenido y ese dato no es posible identificarlo como el primer momento en el que se cuelga en la Intranet los documentos relativos al Plan. Que ese actual pantallazo hubiese sido creado en un determinado momento no puede identificarse con que los trabajadores tuvieran conocimiento de su contenido a partir de entonces. Con ese dato documental la parte recurrente quiere llegar a la conclusión de que con anterioridad no existía colgada en la Intranet similar contenido y ello es inadmisibles. Esto es, si la Sala, que ha valorado el documento, junto con la prueba testifical que lo ratificó, ha llegado a declarar probado que todos los trabajadores tenían acceso al contenido de los documentos, tal hecho no es erróneo. Lo que pretende introducir la parte son conjeturas, apreciaciones que no se obtienen de forma clara ni evidente del contenido de la documental que invoca y, por consiguiente, no es posible acceder a la revisión solicitada.

Y ello sin mayor precisión en orden a la adecuada o no práctica de la prueba testifical en la persona del Director de Recursos Humanos por cuanto que cualquier objeción al respecto debió formularla la parte actora en el acto de juicio en el que, además, tuvo la oportunidad de aclarar los extremos que, en relación con ese documento, fueran de su interés. Ha de recordarse que reiteradamente viene señalando esta Sala que "aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -) ... » [STS 15/10/2014, R . 1654/2013 , entre otras], y ni siquiera se ha acudido a esta doctrina para justificar lo que se pretende revisar.

SEXTO.- El cuarto y último motivo, con cita del apartado e) del art. 297 de la LRJS , denuncia la infracción del art. 41 ET , en relación con la inexistencia de condición más beneficiosa que aprecia la sentencia recurrida. Según la parte recurrente, no tenían conocimiento del documento del que la sentencia recurrida obtiene que el beneficio social que se reclama pudiera ser retirado por la empresa en cualquier momento. En todo caso, considera que al no constar el Plan original y solo la actualización se desconoce si, precisamente, en esta fue cuando se introdujo esa facultad de cancelar el Plan en cualquier momento, cuando dicha actualización no fue notificada a los representantes de los trabajadores y, además, insiste en que esas condiciones fueron establecidas por la Compañía en EEUU y no en España.

El motivo debe ser rechazado porque no ha incurrido la sentencia recurrida en la infracción normativa que se denuncia ya que no estamos ante una condición más beneficiosa que es lo que se invocaba por la parte actora en su demanda y reitera en este momento.

Esta Sala tiene una consolidada y reiterada doctrina en relación con el principio de la condición más beneficiosa que, en esencia, requiere de una voluntad inequívoca de su concesión por parte del empleador, de forma que la misma se incorpora al contrato de trabajo en virtud de "un acto constitutivo de concesión o reconocimiento del derecho", dejando constancia de esa voluntad empresarial de atribuirlo a sus trabajadores, superando lo establecidos en norma legal o convencional reguladoras de la relación de trabajo.

Así, en la STS de 12 de mayo de 2008, R. 111/2007 decía que: "la expresión condición más beneficiosa se utiliza en el ámbito laboral en dos sentidos. Por una parte, en sentido vertical, se designa con ella la mejora que en las condiciones de trabajo o empleo se introduce por las partes del contrato de trabajo sobre la regulación de esas condiciones contenida en la norma estatal o convencional. En este sentido la condición más beneficiosa se relaciona con el efecto regulador normal del contrato de trabajo, que, conforme al apartado c) del nº 1 del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, puede introducir condiciones más favorables que las establecidas "en las disposiciones legales y convenios colectivos". De forma más específica, la condición más beneficiosa se vincula, en el mismo sentido vertical, con las condiciones de este carácter que pueden surgir de una conducta unilateral del empresario, planteándose entonces el problema de en qué medida esa conducta expresa realmente una voluntad de reconocimiento del beneficio a efectos de su incorporación al vínculo contractual y de su resistencia ante actos posteriores de desconocimiento. Esto enlaza con el segundo uso del término en sentido horizontal dentro del marco de la sucesión normativa: la condición más beneficiosa como una regulación que por este carácter puede subsistir frente a otra - más restrictiva- que la sucede en el tiempo"

Del mismo modo, y más específicamente, la STS de 13 de octubre de 2011, Recurso 54/2011, citada por la parte actora en su demanda, viene a resolver un supuesto en el que se analizaba si existía la CMB en el Plan de adquisición de Acciones que había en la empresa allí demandada. En esa sentencia se dijo que "no queda acreditada la voluntad inequívoca de la empresa de mantener estable y permanentemente la condición; sino al contrario, en el caso concreto, y como señala la sentencia recurrida, el acogimiento a un sistema de adquisición de acciones es ofertado por la demandada no a todos sus trabajadores sino solamente a quienes reúnan determinados requisitos, y además resulta incuestionado que esta concesión empresarial no se hace incondicionadamente, sino que como se precisa en el boletín de adhesión, el plan se establece voluntariamente por la empresa y es de carácter discrecional, pudiendo ser modificado, suspendido o finalizado por la empresa en cualquier momento. De estos datos no se deduce la inequívoca voluntad empresarial y la correlativa incorporación al nexo contractual que exige la jurisprudencia para reconocerse un derecho en base a una condición más beneficiosa, pues la empresa incorpora la cláusula adicional cuestionada en los contratos de trabajo -como integrante de los mismos-, con la reserva expresa del derecho de realizar o llevar a la práctica un plan de adquisición de acciones que se adapte a las circunstancias económicas o de evolución del mercado, lo cual es incompatible con la voluntad unilateral de mantener estable y permanentemente el derecho".

Con base en la doctrina expuesta, lo resuelto en la sentencia de instancia es ajustado a derecho porque, ciertamente, no se ha dejado constancia de que se esté ante una condición más beneficiosa.

Así los trabajadores de la demandada tenían acceso a un sistema de beneficios sociales entre los que se encontraba el Plan de Adquisición de acciones para los empleados, mediante el cual se podían adquirir acciones de la Compañía a un precio inferior al del mercado. Dicho Plan se regulaba por un Protocolo en el que se especificaban las condiciones a las que estaba sometido. Así, se indica que el plan es semestral y limitado al 15% del salario total del empleado y con un tope de 7.500 dólares. Al plan podían acceder los empleados elegibles que, además de otras limitaciones, debían tener 3 meses de antigüedad en la empresa y una jornada de más de 20

horas semanales. El empleado elegible podía optar por participar en el Plan mediante la ejecución y entrega de una autorización de deducción en nómina. La modificación del Plan podía realizarse en cualquier momento por la Administración del Plan -Comité o Consejo-, en atención a los cambios legislativos o con cualquier otro fin que permitiera la legislación. Así mismo dichos órganos podían cancelar en cualquier momento el Plan sin que tal decisión pudiera afectar negativamente los derechos y privilegios de los titulares de las opciones en vigor. Del mismo modo, existían unas previsiones por cambios de capitalización que podía adoptar el Consejo, cuya decisión era vinculante para todos los implicados.

Pues bien, a la vista de estas condiciones que la sentencia recurrida valora, no hay dato alguno del que obtener que la demandada tuviera la voluntad de incorporar el citado Plan al nexo contractual con sus empleados porque, realmente, no era una concesión incondicional ya que solo podían acceder al Plan los que reunieran la condición de empleados elegibles y de ellos solo podían tener la condición de partícipes quienes suscribieran un compromiso, como el de autorizar la deducción en nómina. A ello se une el carácter discrecional del Plan en tanto que, no solo los propios participantes podían cancelar y retirar su opción, en el tiempo y términos fijados en el Plan, sino que los Órganos de Administración del Plan podían modificarlo y cancelarlo en cualquier momento, así como actuar frente a cambios de capitalización con decisiones del Comité que vinculaban a todos los afectados. Además, es significativo que, en el periodo de 2011 a 2015, el porcentaje de trabajadores que accedieron al plan osciló entre el 13% al 28% de la plantilla. En definitiva, aunque este Plan haya sido un ofrecimiento unilateral del empresario no se ha constatado que lo fuera con carácter estable y permanente ni que, en definitiva, sea un derecho adquirido que solo pueda modificarse con la aceptación expresa del trabajador. Su reiteración en el tiempo no es elemento suficiente para sostener la existencia de la condición, como se ha dicho por esta Sala al señalar que la misma "no depende del mero transcurso del tiempo sino de la voluntad de atribución al trabajador de un derecho y no de la concesión de una mera liberalidad del empresario. [SSTs de 22/09/2011, R. 204/2010 , 13/10/2011, R. 54/2011]

En definitiva y siguiendo la sentencia de esta Sala, a la que nos hemos referido anteriormente, "Correspondía a la parte actora -y no lo hizo-, acreditar que la aplicación del plan de adquisición de acciones llevaba consigo la voluntad inequívoca de conceder una ventaja de modo incondicional y permanente"

A lo anterior debemos añadir que todas las manifestaciones que contiene el escrito de recurso para justificar el motivo no alteran la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida porque, realmente, con sus argumentos se está construyendo un relato de hechos probados que no es el que sirve para solventar el motivo ya que nada se indica en él de que los trabajadores eran desconocedores de las condiciones del Plan o que la modificación del Plan en 2013 pudo afectar al apartado relativo a la cancelación a iniciativa de la Administración del Plan ni que, en definitiva, el Plan al que se han ido acogiendo los trabajadores sea otro al que consta en el relato fáctico.

Del mismo modo, el hecho de que el Plan inicial fuera establecido por la Compañía en EE. UU. y no en España no resulta relevante para que, en todo caso y como se ha declarado probado, sea el que rige para los trabajadores en España. Tampoco se vincula la cancelación del plan a la necesidad de que los órganos de administración tengan que justificar la decisión que, en este caso, además, consta en tanto que, según los hechos probados, viene determinada por la salida de la empresa demandada del grupo y de su cotización en Bolsa.

En consecuencia y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, aunque no concurre la caducidad en el ejercicio de la acción, la cuestión debe ser desestimatoria de la demanda, al no existir condición más beneficiosa ni obligación de la empresa de tener que activar ningún procedimiento ni prohibición para adoptar la medida impugnada. Todo ello sin imposición de costas.

FALLO

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

:

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Comité de Empresa de Madrid de EMC Computer Systems Spain, representantes legales del centro de trabajo de Barcelona y representante legal del centro de trabajo de Bilbao contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 20 de diciembre de 2016 en el procedimiento núm. 305/2016, y

1.- Declarar que la acción interpuesta no está caducada, casando en este extremo la sentencia recurrida.

2.- En cuanto al fondo, debemos confirmar la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda formulada por el Comité de Empresa de Madrid de EMC Computer Systems Spain, representantes legales del centro de trabajo de Barcelona y representante legal del centro de trabajo de Bilbao, contra la empresa EMC Computer System Spain, S.A.U., sobre conflicto colectivo.

3.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.