



Roj: **STSJ AND 14789/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:14789**

Id Cendoj: **41091340012016102746**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2016**

Nº de Recurso: **2886/2016**

Nº de Resolución: **3140/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 2886/16-L, sent. 3140/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a diecisiete de Noviembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 3140/16

En el recurso de suplicación interpuesto por ENCE ENERGÍA Y CELULOSA S.A., representado por el Sr. Letrado D. Antonio Navarro Serrano, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva en sus autos núm. 1188/14; ha sido Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, la recurrente fue demandado por D. Gregorio , en demanda declarativa de derechos, se celebró el juicio y el 29 de julio de dos mil quince se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión, declarando nula la decisión empresarial de abonar al actor sus retribuciones a partir del día 1 de noviembre de 2014 conforme a las previsiones del Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón (BOE nº 202, de 23 de agosto de 2013; condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, y a reponer al productor en las condiciones que disfrutaba durante la vigencia del Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006-2012.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"El actor, Don Gregorio , mayor de edad y con DNI nº NUM000 , viene prestando servicios para "ENCE Energía y Celulosa S.A.", desde el 18 de julio de 2010, con categoría profesional reconocida de Oficial 2^a-1^a Nivel F.



El demandante se encuentra adscrito al centro de trabajo de la planta de procesamiento de Biomasa Huelva de 50 MW.

La actividad que se desarrolla en la Planta consiste, tras la recepción de madera, en la trituración y tratamiento de esta última para convertirla en biomasa, que va a parar a la planta de 50MW, donde se genera energía eléctrica a partir de la misma.

Segundo.-La norma convencional aplicable a los trabajadores del Complejo Industrial de Huelva era el Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006- 2012 (BOP de 31 de mayo de 2007), con vigencia entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2012, si bien su artículo 4.3 establecía que "El presente Convenio quedará tácitamente prorrogado por años naturales, al finalizar el período de vigencia indicado en el punto 2 de este artículo, si no mediare denuncia expresa de una u otra parte que, en su caso, deberá ejercitarla con una duración mínima de tres meses".

Tercero.-En aplicación de las previsiones del citado Convenio el demandante venía percibiendo las retribuciones que se consignan en las hojas de salario unidas a los folios 96 a 117 de lo actuado, a que hacemos remisión, por los conceptos que en las mismas se detallan.

Cuarto.-Con fecha 20 de marzo de 2013, en el marco de distintas negociaciones que se estaban llevando a cabo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores, incluidos los adscritos al centro de Operaciones de Huelva, se alcanzaron, entre otros, los acuerdos siguientes:

1º.-Dejar sin efecto el procedimiento de despido colectivo iniciado por parte de la Empresa,

2º.-Desconvocar las huelgas convocadas por parte de la representación de los trabajadores.

3º.-Los Convenios Colectivos de los centros de trabajo de la Empresa permanecerían en situación de ultraactividad hasta el 31 de Enero de 2014.

Quinto.-El 26 de junio de 2013 "Ence Energía y Celulosa S.A." y los representantes de los trabajadores del Centro de operaciones de Huelva, suscribieron "Preacuerdo Plan de Viabilidad-Proyecto organizativo centro de Operaciones de Huelva", incorporado a los folios 40 a 47 de las actuaciones, en cuya estipulación séptima, párrafo primero, se establecía: Recolocación PLANTA 50 MW HUELVA

Las recolocaciones en la Planta de 50 MW de Huelva del personal excedente del Centro de Operaciones de Huelva, se realizará manteniendo la vinculación jurídico laboral de estos trabajadores con Ence, Energía y Celulosa del Centro de Operaciones de Huelva, manteniendo las mismas condiciones salariales.

Ence tendrá la potestad de llamar al trabajador para su reubicación en el Centro de Operaciones de Huelva en cualquier momento, siempre que el puesto sea de características similares al del puesto amortizado y dentro del convenio colectivo. Si el trabajador rechazase la reincorporación perderá el derecho a futuro a reincorporarse al Centro de Operaciones de Huelva, y perderá la garantía retributiva.

Se creará una comisión paritaria mixta, compuesta por 3 miembros pertenecientes al comité de empresa y 3 miembros pertenecientes a la representación de la empresa, para el seguimiento de las reubicaciones y de la formación.

La empresa manifiesta que todas las incorporaciones futuras a la Planta de 50 MW, no recogidas en el presente acuerdo, se realizarán a la empresa Ence, Energía S.A. y con la aplicación del convenio colectivo del sector, entendiéndose que se dan las condiciones objetivas y razonables para ello.

Las 23 salidas del personal excedente se realizarán:

10 recolocaciones Planta 50 MW en 2013

3 recolocaciones Planta 50 MW en 2014

2 Recolocaciones internas por 2 Jubilaciones Parciales en 2013

8 Prejubilaciones mayores de 58 años en 2013

La empresa se compromete a no subcontratar tareas objeto de las amortizaciones de los puestos recogidos en el presente acuerdo.

La empresa se compromete a entregar la descripción, de los puestos de trabajo afectados por la presente reorganización en el plazo de una semana a contar desde la firma del presente acuerdo.

Este preacuerdo con el Centro de Operaciones de Huelva, queda condicionado en su eficacia al acuerdo global con el resto de los centros de operaciones, y a la ratificación por la asamblea de los trabajadores, así como por los órganos de dirección de la compañía".



Sexto.-Con fecha 4 de diciembre de 2013 los representantes de los trabajadores de Huelva y la Dirección de la Empresa rubricaron "Acta de Acuerdo entre la Dirección y el Comité de Empresa relativa a las Modificaciones Aplicables al Convenio Colectivo del centro de Operaciones de Huelva 2006-2012, a partir del 01/01/2013 y hasta el 31/12/2013", publicada en el Boletín Provincial nº 24, de 05/02/2014, en cuya virtud se acordaba mantener el articulado del Convenio Colectivo 2006-2012 durante el año 2013, modificándose varios artículos del mismo, estableciéndose que la ultraactividad del convenio colectivo del centro de operaciones de Huelva se mantendría hasta el 30 de Octubre de 2014, de conformidad con lo acordado por las partes el 4 de Septiembre de 2013.

Séptimo.-El 30 de junio de 2014 "Ence Energía y Celulosa S.A." y los representantes de los trabajadores de los centros de operaciones de Huelva y Pontevedra, oficinas centrales de Madrid y Pontevedra, suscribieron Acuerdo Marco que obra unido a los folios 37 a 42 de las actuaciones, en cuya estipulación séptima, párrafo primero, se establecía que "este acuerdo queda condicionado a su ratificación por parte de las asambleas de los trabajadores y de los órganos de dirección de la compañía"

Octavo.-"Ence Energía y Celulosa S.A." se constituyó en el año 1968 y tiene ubicado su domicilio social en el Paseo de la Castellana, 35 de Madrid.

Su objeto social, de acuerdo a lo establecido en sus estatutos, consiste en:

- a) la fabricación de pastas celulósicas y derivados de éstas, obtención de productos y elementos necesarios para aquéllas y aprovechamiento de los subproductos resultantes de ambas;
- b) la producción por cualquier medio, venta y utilización de energía eléctrica, así como de otras fuentes de energía, y de las materias o energías primarias necesarias para su generación, de acuerdo con las posibilidades previstas en la legislación vigente; y su comercialización, compraventa y suministro, bajo cualquiera de las modalidades permitidas por la ley;
- c) el cultivo, explotación y aprovechamiento de bosques y masas forestales, trabajos de forestación, y realización de trabajos y servicios especializados de tipo forestal. La preparación y transformación de productos forestales. El aprovechamiento y explotación mercantil y comercialización en todos los órdenes de los productos forestales (incluyendo biomasa y cultivos energéticos forestales), sus derivados y subproductos. Estudios y proyectos forestales;
- d) el proyecto, promoción, desarrollo, construcción, operación y mantenimiento, de las instalaciones a que se refiere los apartados a), b) y c) anteriores.

La actividad principal de la Sociedad es la producción de pasta "BEKP" (Bleached Eucalyptus Kraft Pulp) con calidades de blanqueo "ECF" (libre de cloro elemental) y "TCF" (totalmente libre de cloro) a partir de madera de eucalipto es su actividad principal.

Para llevar a cabo esta actividad, la Sociedad disponía, hasta el tercer trimestre de 2014, de 2 fábricas ubicadas en España, en Pontevedra y Huelva. Adicionalmente la Sociedad actúa como comisionista en la venta de pasta de celulosa que se produce en la fábrica ubicada en Navia (Asturias) y que es gestionada por su filial "Celulosa de Asturias S.A.". La capacidad nominal conjunta de las tres fábricas es de, aproximadamente, 1.350.000 toneladas anuales.

Durante el tercer trimestre del ejercicio 2014, a raíz de la publicación del Real Decreto 413/2014 de 6 de junio y de la Orden Ministerial IET/1045/2014 de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, con efectos retroactivos a 12 de julio de 2013, fecha en que entró en vigor el Real Decreto Ley 9/2013 por el que se adoptan medidas urgentes relacionadas con el sistema eléctrico, el Grupo anunció la decisión de especializar el complejo industrial de Huelva en la generación de energía renovable y cesar la actividad de producción de celulosa, así como la de reorganizar la estructura corporativa, para adaptarla al nuevo esquema productivo. A partir de ese momento la Sociedad concentró sus actividades de producción de pasta en la fábrica de Pontevedra, con una capacidad nominal de 400.000 toneladas anuales.

De forma complementaria a la producción de celulosa, la Sociedad utiliza la parte de la madera que no puede transformarse en celulosa, principalmente lignina y biomasa, y otros combustibles en la generación de energía eléctrica. La capacidad nominal instalada de generación en operación, integrada en la fábrica de Pontevedra es de 34 megavatios, aproximadamente.

El informe de auditoría, cuentas anuales e informe de gestión correspondientes al ejercicio 2014 obran unidos a los folios 324 a 371 de las actuaciones, que damos por reproducidos.



Noveno.-Con fecha 19 de septiembre de 2014 se inició período de consultas y se constituyó la comisión negociadora para el procedimiento de despido colectivo, de modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y suspensión temporal de contratos de trabajo en "ENCE Energía y Celulosa S.A." que finalizó con Acuerdo de 19 de octubre de 2014.

El texto del mencionado Acuerdo obra incorporado a los folios 288 a 310 de las actuaciones, que damos por reproducidos en su integridad. En la cláusula 4.c) se establecía que "los trabajadores que con motivo de su recolocación vean disminuido su salario se les abonará una indemnización bruta por la pérdida de poder adquisitivo de 20 de días de salario por año de servicio, con un tope de 9 mensualidades de salario, tomando para dicho cálculo la diferencia salarial entre el salario anterior y el del nuevo puesto".

Décimo.-Con fecha 4 de noviembre de 2014 la entidad demandada notifica al hoy actor lo siguiente: "Estimado Juan José:

Por la presente ponemos en su conocimiento que, con fecha 30 de octubre de 2014, el Convenio Colectivo del Centro de Operaciones de Huelva que regía hasta la fecha la relación laboral con usted, ha perdido vigencia de conformidad con lo establecido en el art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores .

Como consecuencia de lo anterior, a partir del día 31 de octubre de 2014 se le empezarán a aplicar las condiciones Convenio Colectivo Estatal del Sector de Pastas, Papel y Cartón, el cual es de aplicación al centro de trabajo en el que usted presta sus servicios.

Sin otro particular le saluda atentamente".

El hoy actor suscribió el documento transcrito, con la mención de "no conforme".

Undécimo.-El 20 de noviembre la patronal participa por escrito al Sr. Gregorio lo siguiente: "Por medio de la presente, y con motivo de la expiración del Convenio Colectivo del centro de operaciones de Huelva de Ence Energía y Celulosa, S.A. (la Empresa) el pasado 31/10/2014, tras finalizar la prórroga de la ultractividad pactada entre la Empresa y la representación de los trabajadores, le informamos que, a partir de esa fecha, a todos los trabajadores que presten servicios en los centros de trabajo sitios en Huelva, a saber, Planta de 50 MW, Planta CBIO 40MW, Planta de Procesamiento de Biomasa, Ence Servicios, y Oficinas de Huelva, se les aplica el Convenio Colectivo del sector que se encuentre vigente, esto es, el Convenio Estatal de pastas, papel y cartón, siendo la norma actualmente en vigor la publicada en el BOE de 23/8/2013.

Por tanto, y con efectos desde el día 1 de noviembre, sus condiciones laborales se regularán y ajustarán a lo dispuesto en el indicado Convenio Estatal de pastas, papel y cartón que se encuentra vigente. Entre otras cuestiones, la estructura de su salario se verá adaptada a los conceptos e importes que recoge la referida norma colectiva, y a los acuerdos firmados con la Representación legal de los Trabajadores el 26 de junio de 2013. En el supuesto de que existan diferencias cuantitativas entre su actual salario y el establecido para su puesto en el convenio de aplicación, se procederá de la siguiente manera:

(i) Si la retribución contemplada en el Convenio del sector es superior, en cómputo global, al salario que se le abona actualmente, usted percibirá la retribución contemplada en la norma colectiva.

(ii) Si la retribución que contempla el Convenio indicado es inferior, en cómputo global, al salario que se le abona actualmente, su retribución se ajustará a los distintos conceptos y cantidades recogidos en el Convenio. La diferencia que resulte entre su salario actual y el salario según Convenio, se le abonará como complemento personal que tendrá la naturaleza de absorbible y compensable.

Sin perjuicio de lo anterior, la Empresa le ofrece la posibilidad de que sus condiciones laborales se equiparen a las condiciones laborales de los trabajadores afectados por el proceso de reestructuración del centro de operaciones de Huelva. En este sentido, si opta por esta alternativa, le rogamos lo comunique al Departamento de Capital Humano en el plazo de 48 horas con el objeto de realizar los trámites pertinentes, y se le puedan aplicar los términos expresados en el Acuerdo de 19/10/2014 para supuestos de adaptación a nuevo puesto de trabajo (incluida, en su caso, la indemnización acordada en el supuesto en que se produzca una disminución del salario, como compensación por la pérdida de poder adquisitivo).

Sin otro particular, le rogamos que firme el presente documento en señal de su recepción y conformidad con los términos del mismo.

El hoy actor suscribió el mencionado documento, con la mención: "A efectos de recibí, sin que ello implique conformidad con el contenido de la presente notificación".

Duodécimo.-El 19 de noviembre de 2014 la mercantil demandada remite asimismo al actor la siguiente carta: "Estimado Gregorio :



Como vd. ya conoce, el pasado día fecha 30 de octubre de 2014 el Convenio Colectivo del Centro de Operaciones de Huelva, perdió su vigencia de conformidad con lo establecido en el ad 86.3 del Estatuto de los Trabajadores.

A consecuencia de lo anterior, las prestaciones sociales contenidas en los artículos 41 y 43 del extinto convenio del centro de operaciones de Huelva, que regulaban el Economato, y el Transporte del Personal, quedaron también sin efecto alguno.

No obstante lo anteriormente expuesto, y de manera extraordinaria, estos servicios se mantendrán mientras la compañía realiza las pertinentes gestiones para poder resolver los contratos firmados con las empresas proveedoras de los citados servicios.

En el momento en el cual conozcamos con exactitud la cesación de los servicios anteriormente mencionados de economato, y transporte, se lo comunicaremos.

En cuanto al servicio de comedor, y según lo dispuesto en el artículo sexto del acuerdo firmado el pasado 19 de octubre con la representación de los trabajadores, la empresa está estudiando la fórmula más adecuada de prestación de este servicio."

Decimotercero .-A partir del mes de noviembre de 2014, al demandante le han sido abonadas las retribuciones que figuran en las hojas de salario incorporadas a los folios 109 a 115 de las actuaciones, cuyo contenido damos por reproducido.

Decimocuarto.-En el BOE nº 202, de 23 de agosto de 2013, se publicó resolución de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón, cuyo artículo 1.1 define así su "Ámbito Funcional": "El presente Convenio Colectivo obliga a todas las empresas y trabajadores pertenecientes al sector de fabricación de Pastas, Papel y Cartón, así como a aquéllas que actualmente se rijan por el presente Convenio Colectivo y las que por acuerdo entre el Comité de Empresa o Delegados de Personal y Dirección de Empresa se adhieran al mismo". Respecto al ámbito territorial, establece el artículo 1.2 que "Este Convenio Colectivo sectorial es de aplicación en todo el territorio del Estado español", añadiendo el artículo 1.3, a propósito del "Ámbito personal", que

"El presente Convenio Colectivo obliga a todos los trabajadores que prestan sus servicios en las empresas que cumplen la condición establecida en el artículo 1.1, con la excepción del personal perteneciente a explotaciones forestales por estar encuadrado en otro sector económico. Quedan excluidos de la aplicación de las condiciones retributivas (artículo 11.1) los trabajadores de los grupos profesionales 11 al 14, ambos inclusive. No obstante se establecen como condiciones salariales mínimas en cómputo anual para todos los trabajadores, las establecidas en las tablas del presente Convenio Colectivo estatal, salvo pacto, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 del ET y salvo lo previsto en los artículos 84 y 41 del ET".

Decimoquinto.-En diciembre de 2014 la central sindical CC.OO interpuso contra "Ence Energía y Celulosa S.A." demanda de conflicto colectivo sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (folios 321 a 323, por reproducidos) que, turnada, correspondió al Juzgado de lo Social nº Dos de Huelva, donde dio lugar a los autos tramitados bajo el número 1195/14, en los que, con fecha 11 de diciembre de 2014 se dictó Decreto de admisión de la demanda, señalándose el juicio para el día 3 de noviembre de 2015.

Decimosexto.- A fecha 19 de septiembre de 2014 "Ence Energía y celulosa S.A." contaba con una plantilla total de 722 trabajadores, distribuidos en los siguientes puestos de trabajo:

-Asturias oficinas: 13 empleados

-Huelva, centro de operaciones: 250 empleados

-Huelva oficinas: 60 empleados

-Pontevedra, complejo industrial: 220 empleados

-Madrid oficinas: 77 empleados

-Huelva, planta de procesamiento de 50MW, ubicada en las instalaciones del complejo industrial: 13 empleados

Decimoséptimo.-La demanda origen de la litis fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta capital el día 2 de diciembre de 2014."

TERCERO.- El demandado recurrió en suplicación contra tal sentencia, no siendo impugnado.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión declarativa de nulidad de la decisión empresarial de aplicar el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón, condenando a la empresa recurrente a reponer al actor en las condiciones anteriores, se alza la demandada por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, los 1º, 9º, y 15º; como la infracción de los arts. 82.1, 82.3, 83.1 y 86.3 ET con el argumento de que el Convenio Colectivo aplicable es el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón (BOE nº 202, de 23 de agosto de 2013) por ser la actividad principal de ENCE la fabricación de celulosa y ello tras finalizar el periodo de ultraactividad del Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006-2012 (BOP de 31 de mayo de 2007) luego, concluye, que perdida la vigencia de este último Convenio se aplica el Convenio Colectivo de ámbito superior, el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón.

SEGUNDO.- El recurrente pretende la revisión del HP 1º para que se elimine la expresión "con categoría profesional reconocida de oficial 2ª-1ª Nivel F.", a lo que no se accede en tanto nada afecta al sentido del fallo ni lo predetermina pues esa es la categoría que ostentó en tanto se le aplicó el Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006-2012. Es cierto que el hecho para ser exacto debió incluir el que desde que se le aplica el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón está encuadrado en el grupo profesional K como se infiere de los doc de los f. 109 a 115. En todo caso la revisión debió pretenderse mediante la adición de lo anterior y, por supuesto en modo alguno es causa de nulidad de la sentencia, como en algún momento aduce el recurrente, pues no se ve en que consiste su indefensión.

El recurrente pretende la revisión del HP 9º para que se adicionen dos párrafos en que se deje constancia del contenido del acuerdo de 19-10-14 alcanzado en el procedimiento de despido colectivo a lo que no se accede al ser contradictorio con lo que con valor de hecho obra en el FDº 4º "que se deduce de los términos del Acuerdo suscrito entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores de 19 de octubre de 2014, que puso fin al procedimiento de despido colectivo, modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y suspensión temporal de contratos de trabajo en "ENCE Energía y Celulosa S.A.", en el que ciertamente no figuraba incluido el hoy actor".

El recurrente pretende la revisión del HP 15º para que se adicionen hechos referentes a la demanda de conflicto colectivo formulada por CC.OO. A lo que no se accede por ser contradictorio con lo que con valor de hecho se relata en el FDº 4º "apuntando también a la hipótesis contraria (es decir la no ratificación del Acuerdo Marco de 30 de junio de 2014) la demanda de conflicto colectivo planteada por el Sindicato Comisiones Obreras contra "Ence" en el mes de diciembre de 2014".

En fin, hay que atenerse a lo que se relata en la sentencia con valor de hecho se nos relata, en el FDº 3º "en tanto el centro de trabajo de Huelva no se dedica a la actividad de fabricación de celulosa, sino única y exclusivamente a la producción energética", en el FDº 5º que "a partir del tercer trimestre del ejercicio 2014, "Ence" adoptó la decisión de especializar el complejo industrial de Huelva en la generación de energía renovable y cesar por completo la actividad de producción de celulosa" y en el FDº 4º "*Ninguna prueba se ha practicado, sin embargo, acreditativa de que, con anterioridad al día 30 de octubre de 2014, se hubiese procedido a la necesaria ratificación del referido acuerdo en el centro de trabajo de Huelva, siendo precisamente lo contrario lo que se deduce de los términos del Acuerdo suscrito entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores de 19 de octubre de 2014, que puso fin al procedimiento de despido colectivo, modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y suspensión temporal de contratos de trabajo en "ENCE Energía y Celulosa S.A.", en el que ciertamente no figuraba incluido el hoy actor*".

TERCERO.- El recurrente denuncia la infracción de los arts. 82.1, 82.3, 83.1 y 86.3 ET con el argumento de que el Convenio Colectivo aplicable es el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón (BOE nº 202, de 23 de agosto de 2013) por ser la actividad principal de ENCE la fabricación de celulosa y ello tras finalizar el periodo de ultraactividad del Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006-2012 (BOP de 31 de mayo de 2007) luego, concluye, que perdida la vigencia de este último Convenio se aplica el Convenio Colectivo de ámbito superior, el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón.

Inalterado el relato histórico son relevantes a esta causa los siguientes hechos:

1. El actor presta sus servicios en la planta HU50MW con base en el acuerdo de recolocación alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores de 26-6-13 (HP5º).
2. Tras ser recolocado el actor en la planta HU50MW suscribe con la recurrente un acuerdo de novación contractual el 6-3-14 (HP 5º) conforme al cual según se pacta en el apartado segundo al actor se le garantizan las mismas condiciones salariales que venía disfrutando hasta la fecha, así como todos los derechos y obligaciones derivados de la aplicación del convenio colectivo vigente del centro de operaciones de Huelva.



3. Los precedentes acuerdos son distintos a los relacionados en el HP 9º referidos a un posterior proceso de despido colectivo, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica y suspensión temporal de contratos de trabajo iniciados por la recurrente en el mes de septiembre de 2014 "en el que ciertamente no figuraba incluido el hoy actor" (FDº 4º).

4. El 4-12-13 se acordó entre los representantes de los trabajadores y la Dirección de la empresa que la ultraactividad del convenio del centro de operaciones de Huelva se mantendría hasta el 30-10-14 de conformidad con lo acordado por las partes el 4-9-13 considerándose el mismo denunciado de manera automática con efectos del 31-12-13: el 31-10-14 el citado convenio perdió su vigencia al finalizar el periodo de ultraactividad pactado por las partes.

5. Aunque son hechos posteriores a los aquí enjuiciados sirven de muestra de lo posteriormente argumentado y así al actor, como a 13 trabajadores más, se les notificó la comunicación de la empresa de fecha 27-4-16 por las que se les informaba que por parte del Grupo ENCE se ha procedido al traspaso de todos los activos de la unidad de negocio de energía ubicados en Huelva desde la mercantil ENCE ENERGIA Y CELULOSA S.A a la empresa ENCE ENERGIA S.L con fecha de efectos del 1 de mayo de 2016, quedando esta nueva empresa subrogada en todas sus obligaciones laborales y de seguridad social con respecto a los trabajadores.

Producida la pérdida de vigencia del convenio tras el agotamiento de la ultraactividad para evitar el vacío de regulación el legislador ha previsto expresamente la posibilidad de aplicar una solución que evita la existencia de un vacío normativo, a través de la aplicación del convenio colectivo superior, cuestión harto problemática como en el caso de autos en que el Convenio que se pretende sea aplicado es de distinto ámbito funcional y así el Convenio Colectivo Estatal de Pastas, Papel y Cartón fija en el art. 1.1 su "Ámbito Funcional": "El presente Convenio Colectivo obliga a todas las empresas y trabajadores pertenecientes al sector de fabricación de Pastas, Papel y Cartón.../..." con lo que en principio sostenemos que no puede ser aplicado a la unidad afectada ya que la planta HU50MW es un "centro de trabajo de la Planta de Procesamiento de Biomasa Huelva de 50 MW. La actividad que se desarrolla en la referida Planta consiste, tras la recepción de madera, en la trituración y tratamiento de esta última para convertirla en biomasa, que va a parar a la planta de 50MW, donde se genera energía eléctrica a partir de la misma." (vid HP 1º) y puesto que la norma habla de "ámbito superior" y entendemos que se refiere tanto al ámbito territorial como funcional es exigible una equivalencia o semejanza del ámbito funcional del convenio que es llamado a sustituir al decaído.

Seguimos jurisprudencia en la que se dijo que para fijar el convenio colectivo de ámbito superior aplicable hay que exigir una homogeneidad plena o absoluta en el plano funcional (STS 3-5-06, Rec. 104/04) pues la necesidad normativa contextual de dar la máxima efectividad posible a la finalidad legal de evitar vacíos de regulación de naturaleza normativa convencional no se puede alcanzar a un precio de la mano de obra reducido, en la mayor parte de los casos, al previsto en el convenio que se hace legalmente decaer.

Se arguye por la recurrente que el Convenio aplicable es el Convenio Estatal de pastas, papel y cartón por ser esa la principal actividad de la recurrente.

Sostenemos, como ya hicimos en STSJA Sevilla nº 3275/12 de 15 de noviembre, rec 2524/12, que el principio de unidad de empresa en la determinación del convenio aplicable, quiebra cuando se constata que el centro de trabajo en cuestión, con una organización productiva independiente de los restantes centros de la empresa, se dedica a actividades concretas y distintas del principal. En estas circunstancias -empresas con distintos centros de trabajo y actividades- debe aplicarse un principio de especificidad, en cuanto se segregó un centro, la planta HU50MW, con una actividad con un objeto propio diferenciado desde el punto de vista de la explotación, con lo que debe aplicarse el convenio que se corresponda con esa actividad de ese centro de trabajo que en modo alguno es accesoria respecto de la actividad principal de la demandada.

En fin, como el centro de trabajo de Huelva cesó en su actividad de pasta celulósica para dedicarse, única y exclusivamente, a la actividad de producción de energía y que al tratarse de actividades diferentes económicamente, con marcos regulatorios radicalmente distintos, producción de masa de papel uno, generación de energía otro, se conforman con principios productivos distintos e intereses productivos diferentes, y se añade que no hay movilidad entre las plantillas, razón de más para aplicar distintos convenios sin que sea inconveniente que el que entendamos aplicable no esté vigente al ser de aplicación la jurisprudencia (STS 22-12-14 EDJ 237224) que fija que finalizado el periodo de ultraactividad del convenio de empresa sin que exista un convenio colectivo de ámbito superior aplicable procede conservar los derechos y obligaciones de las partes existentes al momento en que finaliza la ultraactividad de un convenio pues estos no desaparecen cuando este pierde su vigencia, sino que deben mantenerse por formar parte del contenido esencial de la relación contractual sostenida entre las partes.



Es mas, la contractualización es efectiva desde el primer instante, lo que es interesante respecto a los efectos aquí pretendidos pues ENCE, tras finalizar el periodo de ultraactividad del Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006-2012, debió inmediatamente entender que los derechos y obligaciones de las partes eran los existentes al momento en que finaliza esa ultraactividad, como nos reitera la STS 18-10-16, rec 205/15, "la doctrina denominada 'conservacionista', según la cual las condiciones laborales del convenio colectivo que haya perdida su vigencia se mantienen, resulta de aplicación cuando no existe un superior aplicable".

En suma, con apoyo en esa jurisprudencia sostenemos que la doctrina de la contractualización ab origine debe extenderse a estos supuestos de segregación de una unidad productiva sin que quepa postergar la contractualización a una incierta eventualidad pues carece de sentido el que se haya de esperar a ver si se cumple una condición -no existencia de convenio colectivo superior aplicable- incertus an dejando en estado latente la contractualización del convenio colectivo. El argumento contrario debilita al convenio estatutario ya que entendemos que una característica intrínseca a todo convenio estatutario es que no precisa el cumplimiento de una condición incierta para precipitar la contractualización.

Concluyendo, una vez finalizado el periodo de vigencia del convenio de empresa, no cabe la aplicación del convenio de un sector cuyo ámbito funcional se encuentra absolutamente desligado de la actividad de la planta HU50MW razón por la que fracasa el motivo del recurso.

CUARTO.- Añadimos, para desestimar el motivo del recurso, que en último extremo hay una garantía reconocida en el acuerdo de 26 de Junio de 2013 (vid HP 5º) de mantenimiento de las condiciones salariales y que despliega los mismos efectos de protección del "pacto en contrario" al que se refiere el art. 86.3 ET .

Nada podemos decir sobre "la pretensión subsidiaria" que formula la recurrente sobre la aplicación del Convenio Estatal del sector de la Madera (BOE 27- 11-12) al ser una alegación nueva nunca antes formulada, como se infiere de la sentencia: "se opuso la empleadora por razones de fondo, negando que nos encontremos ante un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y excepcionando falta de acción (que resulta inescindible de la cuestión misma de fondo), amén de inadecuación de procedimiento y falta de legitimación activa..../... estimando por el contrario "Ence" que nos hallamos simplemente ante un supuesto de pérdida de vigencia del Convenio Colectivo de aplicación en el Complejo Industrial de Huelva, que era el Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006-2012 (BOP de 31 de mayo de 2007), finalizada la cual, deviene preceptiva la aplicación del Convenio Colectivo de ámbito superior, que es el Convenio Colectivo Estatal de pastas, papel y cartón .../... Así planteado el debate .../..." luego lo ahora alegado es una cuestión nueva que no puede ser objeto de un recurso de suplicación por lo que conforme a la STS de 26-09-01 , RJ 323 esta prohibido en sede de recurso extraordinario, la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Así, no habiendo fundado la oposición a la demanda en la aplicación del Convenio estatal del sector de la Madera, no puede ahora modificar sus peticiones alegando que es de aplicación, en todo caso, ese Convenio.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por ENCE ENERGÍA Y CELULOSA S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva en sus autos núm. 1188/14, en los que el recurrente fue demandado por D. Gregorio , en demanda declarativa de derechos, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos,



fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35- 2886-16, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En Sevilla a dieciocho de Noviembre de dos mil dieciséis.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ