



Roj: **STS 3029/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3029**

Id Cendoj: **28079140012018100686**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **523/2017**

Nº de Resolución: **589/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2748/2016,**
STS 3029/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **523/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 589/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Dª. Rosa Maria Viroles Piñol

Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

Dª. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 5 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Axpe Consulting, S.L. representada y asistida por el letrado D. Raúl Vázquez Ruiz contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 1753/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, en autos nº 344/2015, seguidos a instancias de D. Hernan contra Axpe Consulting, S.L., Fogasa y Ministerio Fiscal sobre despido.



Ha comparecido en concepto de recurrido D. Hernan representado y asistido por el letrado D. Josu Simal Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de abril de 2016, el Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- D. Hernan ha venido prestando sus servicios para la empresa AXPE CONSULTING S.L. con una antigüedad de 30-11-2011, categoría profesional de programador ordenador y salario mes con p/p de pagas extras de 1.537,06 euros mensuales, conforme al Convenio Colectivo de oficinas y despachos de Bizkaia.

SEGUNDO.- Las relaciones entre empresa y trabajadores se ha venido rigiendo por el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercados y de la Opinión Publica (BOE 4/04/2009). Por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de fecha 26/03/2013, en procedimiento de Conflicto Colectivo, se declaró la aplicación de Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia. Se da por reproducida la sentencia al obrar en la prueba documental.

En el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia 2009-2012, publicado en el B.O.B.6/06/11 su artículo 3 tiene el siguiente tenor literal:

"Vigencia, Prórroga y Denuncia.

El presente Convenio entrará en vigor en el momento de su firma por las partes legitimadas. El período de vigencia del presente Convenio será de cuatro años comprendidos entre el 1 de enero de 2.009 al 31 de diciembre de 2.012 con la excepción de los desplazamientos, dietas y kilometraje, que no tendrán carácter retroactivo, siendo su vigencia desde la firma del presente convenio. El presente Convenio se considerará denunciado el 15 de diciembre de 2.012 comprometiéndose ambas partes a iniciar las deliberaciones del siguiente Convenio en un plazo de quince días a contar desde la entrega del anteproyecto, bien por la representación de los trabajadores, bien por la representación empresarial".

Se dan por reproducidos ambos Convenios Colectivos, como su prórroga de ultraactividad del Convenio Colectivo de oficinas y Despachos.

TERCERO.- El actor demandante recibió con fecha 20-2-2015 comunicación de carta de extinción, por causas objetivas (productivas y económicas) y efectos al día 8-3-2015, que, por su extensión y por obrar en autos, se da por expresamente reproducida.

La empresa ha abonado a la actora la indemnización tal y como aparece en la carta de extinción, habiéndose calculado en base a las tablas salariales del Convenio de Oficinas y Despachos de Bizkaia, de forma preventiva, según se indica en la carta.

Asimismo, la comunicación de cese NO fue notificada al comité de empresa de Bilbao.

CUARTO.- La empresa AXPE CONSULTING SL tenía dos centros de trabajo en Euskadi, uno en Bilbao y otro en Vitoria.

Parte de los trabajadores que prestaban servicios en el centro de Bizkaia han sido dados de alta en Vitoria, 15 trabajadores fueron dados de baja en Bilbao el 31.7.13 y dados de alta en Vitoria el 1.8.13, otro más el 14.4.14, otro el 23.6.14, otro el 31/05/2015.

El actor fue despedido por carta de fecha 20-2-2015, con efectos del día 8-3-2015, amparándose en causas objetivas/productivas; carta de despido que se da íntegramente por reproducida a estos solos efectos (documento 2 del ramo de prueba de la parte actora).

Han sido despedidos en fechas próximas al actor el resto de trabajadores del centro de trabajo de Bizkaia, que se ha cerrado, resolviéndose el contrato de arrendamiento con efectos al 1/07/15.

QUINTO.- La mercantil AXPE CONSULTING, S.L. tiene su domicilio social en Madrid, se constituye el 26/10/04, siendo su objeto social genérico la realización de actividades informáticas y de tratamiento automático de la informática. Mario es consejero delegado de esta mercantil. Dicha mercantil es consecuente de la escisión de la anterior Axpe Consulting SA.

SEXTO.- Por contrato de 6/06/2014 se adjudica a la UTE AXPE CONSULTING SL y CONSULTING INFORMÁTICO DE CANTABRIA SL la ejecución del servicio unificado de mantenimiento de aplicaciones informáticas de la Administración de la CA de Cantabria. Para la ejecución de ese contrato la empresa AXPE CONSULTING SL



suscribe contrato de arrendamiento de servicios con la empresa AXPE CONSULTING CANTABRIA SL en fecha 1/06/2014 con efectos a 10/06/2014, existiendo facturación del servicio prestado.

SÉPTIMO.- Por resolución de 10/04/2013 se le adjudica a la empresa AXPE CONSULTING SL el contrato de SPRI para el servicio de atención al público y validación administrativa. Por contrato de 5/06/2015 se adjudica este servicio a la empresa WISIDW TELECOM SL

Por contrato de julio de 2010 se adjudica a la empresa AXPE CONSULTING SL el proyecto KZ GUNEA de Álava, adjudicación que finaliza el 14/05/2014, por adjudicación a otra mercantil.

OCTAVO.- Por acuerdo suscrito el 18/03/11 por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco y la demandada, se adjudica a AXPE CONSULTING, S.L. la ejecución del contrato de "soporte al Centro de Atención a Usuarios" (expediente NUM000) por un plazo inicial de 24 meses, y que fue prorrogado mediante Orden de la Consejera de Seguridad de 15/03/13, obrando los documentos expresados en el bloque documental de la empresa, que se da por íntegramente reproducido.

Abierto el correspondiente procedimiento de adjudicación el 30/04/14, mediante Orden de la Consejera de Seguridad de 30/01/15 (documento 10 del ramo de prueba de la empresa, que se da por íntegramente reproducido), se adjudicó el servicio de "soporte al Centro de Atención a Usuarios" a las empresas INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. y SERMICRO, S.A. UTE.

El Antecedente de Hecho decimocuarto de la Orden indicada, tiene el siguiente contenido: "Con fecha 4 de noviembre de 2014, se envió requerimiento a la empresa AXPE CONSULTING S.L. a efectos de completar la documentación que dispone el artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que debía ser atendido en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el día siguiente a su recepción. Transcurrido dicho plazo, la empresa AXPE CONSULTING S.L. no aporta la documentación solicitada".

Por la empresa no se presenta la documentación por ser invariable la oferta económica presentada en la licitación.

NOVENO- En la página de info-job existen anuncios de puestos en la empresa AXPE CONSULTING SL para diferentes centros de trabajo de AXPE que no son el de Bilbao, anuncios del año 2015 y para programadores de JAVA.

El 25.8.15 se publica en prensa que AXPE pretende duplicar su plantilla con una nueva plataforma en Cantabria.

DÉCIMO.- Por la demandante y otros trabajadores se ha procedido a interponer demandas en reclamación de cantidades derivadas de la aplicación del Convenio colectivo provincial de oficinas y despachos de Bizkaia.

UNDÉCIMO.- Con fecha 25/11/13 se llevó a cabo expediente de suspensión temporal de contratos de trabajo, empresa y representación de los trabajadores alcanzando acuerdo el 19/12/13, consistente en aplicar la medida de suspensión temporal del contrato de trabajo de un máximo de 47 trabajadores (44 del centro de trabajo de Madrid y 3 del centro de trabajo de Bilbao) entre el 1/01/14 y el 31/03/15.

DUODÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

DÉCIMO TERCERO.- De la carta de despido del actor no se dio traslado al Comité de Empresa de Bilbao (prueba testifical practicada en el acto del juicio oral en las personas de D. Valeriano, miembro del comité de empresa y D. Jose Carlos).

DÉCIMO CUARTO.- Con fecha 17-4-2015, se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia.

DÉCIMO QUINTO.- Se practicaron diligencias finales».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda presentada por D. Hernan frente a AXPE CONSULTING, SL., en proceso de despido, autos 344/2015, declaro la improcedencia del despido llevado a cabo por la empresa con efectos del día 8-3-2015, y habiendo optado la empresa por la indemnización en el acto del juicio oral, en virtud de lo establecido en el artículo 110.1 a) de la LJS, se tiene por efectuada la opción de AXPE CONSULTING SL por la indemnización, y procede condenar a AXPE CONSULTING SL a que abone al trabajador el importe de la indemnización de 5.710,28 euros en concepto de indemnización por despido improcedente; cantidad de la que podrá detraer la empresa la indemnización abonada al trabajador de 2.729,17 euros. Quedando obligado el FOGASA a estar y pasar por esta declaración».



SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Axpe Consulting, S.L. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 27 de septiembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por AXPE CONSULTING, S.L., frente a la Sentencia de 22 de abril de 2016 del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao , en autos 344/2015 seguidos a instancia de D. Hernan , confirmando la sentencia recurrida.

Procede la imposición de las costas a la empresa recurrente incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto».

TERCERO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la representación letrada de la empresa Axpe Consulting, S.L. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de fecha 1 de junio de 2015 , rec. suplicación 821/15 para el primer motivo del recurso; con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía de fecha 18 de diciembre de 2014 , rec. suplicación 2795/13 para el segundo motivo; y con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de fecha 15 de enero de 2014 , rec. suplicación 1591/13 para el tercer motivo del recurso.

CUARTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no siendo impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 4 de abril de 2018, actos que fueron suspendidos y estimando la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, trasladándose el señalamiento al día 30 de mayo de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 4 de abril de 2018, actos que fueron suspendidos y estimando la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, trasladándose el señalamiento al día 30 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excm. Sra. D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La representación legal de la mercantil Axpe Consulting, SL (AXPE) recurre en casación para la unificación de la doctrina la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de septiembre de 2016, dictada en el recurso de suplicación nº 1753/2016 que confirmó la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao que había declarado la improcedencia del despido.

Se trataba de un despido por causas objetivas productivas y económicas que fue impugnado por el actor, D. Hernan y que, como se ha dicho fue declarado improcedente por dos razones: una porque la Sala, confirmando al Juzgado, entendió que la cantidad indemnizatoria puesta a disposición no fue correcta, considerando el error como inexcusable. La otra razón descansó en el hecho de que en el proceso quedó acreditado que la empresa no había entregado copia de la decisión extintiva a los representantes legales de los trabajadores, incumpliendo con ello la exigencia prevista en el artículo 53.1.c in fine ET .

2.- El recurso empresarial se articula en tres motivos distintos: en el primero combate la decisión relativa a la bondad o no de la puesta a disposición de la indemnización; en el segundo, formulado con carácter subsidiario al anterior, se combate que el error fuera inexcusable; y, en el tercero, la cuestión que se impugna es la de la falta de comunicación al Comité de empresa de la decisión extintiva. Para cada uno de los motivos, el recurso aporta una sentencia de contraste.

SEGUNDO.- 1.- Antes de examinar el recurso la Sala quiere poner de relieve que el presente recurso aparentemente plantea cuestiones idénticas a las que ha resuelto la Sala en asuntos de la misma empresa, con el mismo despido y con las mismas sentencias de contrate para los dos primeros motivos, deliberados en la misma fecha (Rcuds. Núms. 2730/2016 , 2602/2016 , 427/2017 , 364/2017 y 663/2017). En todos ellos, tras convenir en la existencia de contradicción en el primero de los motivos, la Sala ha llegado a la conclusión de que la puesta a disposición de la cantidad por parte de la empresa ha sido correcta. En efecto, característica común de todos los asuntos es que la controversia estaba unida a la aplicación del convenio adecuado y en



ese sentido, la cuestión consiste en determinar qué ocurre cuando un convenio colectivo pierde su vigencia y no hay pacto colectivo que prevea solución alguna. En concreto, si se aplica la previsión contenida en el artículo 86.3 ET según la que "transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación"; o, por el contrario, se prescinde de tal previsión y se sigue aplicando el convenio anterior. En todas ellas se ha llegado a la conclusión de que resultaba de aplicación el convenio de ámbito superior, concretamente, el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría de Mercado, por lo que al haber aplicado la empresa el salario allí previsto el despido no adolecía de defecto alguno y, por tanto, había de considerarse procedente.

2.- En el presente caso concurre una circunstancia peculiar y específica. Mientras en el resto de asuntos las sentencias recurridas habían llegado a la conclusión, incorporada a los hechos probados, de que los despidos habían sido notificados a la representación legal de los trabajadores; en el asunto que ahora examinamos la sentencia de instancia, en hecho probado expresamente ratificado por la de suplicación, ha llegado a la conclusión contraria: esto es, que ese concreto despido no había sido notificado a la representación legal.

Esta Sala ya ha señalado reiteradamente que el requisito es esencial y que su omisión conduce a la improcedencia del despido por cuanto que "la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo. Sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo económico y, por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos a efectos de mantener en el proceso la causa de nulidad del apartado d) del número 2 del artículo 122 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores : la utilización indebida del despido objetivo por sobrepasar los límites cuantitativos mencionados en el último precepto citado ". (18/04/2007, recurso 4781/2005, 07/03/2011, recurso 2965/2010 y 08/11/2011, recurso 364/2011).

Por ello, de no prosperar el motivo que se refiere a la discutida comunicación a los representantes, el despido debería ser necesariamente declarado improcedente y la sentencia recurrida confirmada, lo que conllevaría la inutilidad del examen de los dos primeros motivos del recurso. En consecuencia, se analizará el tercer motivo con preferencia a los otros dos.

TERCERO.- 1.- El aludido tercer motivo considera infringido el artículo 53. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores, sobre la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, e invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de enero de 2014, R. 1591/13 . En este caso que contempla la sentencia referencial, los trabajadores despedidos por causas objetivas de carácter económico, recurrieron en suplicación por entender que la falta de notificación de su despido al comité de empresa de Madrid implicaba que el mismo habría debido declararse improcedente. Consta en los hechos que la copia de la carta no se entregó al comité de empresa de Madrid, pero sí al de Castellón, donde tiene el domicilio la empresa. La sala concluye que la carta de despido ha de ser entregada a la representación de los trabajadores global, que es el Comité de empresa de Castellón, donde tiene el domicilio la empresa, porque la misma es más amplia que la de Madrid y posibilita un mayor conocimiento de que se esté utilizando correctamente el cauce de despido objetivo en relación con la superación de los umbrales del despido colectivo.

2.- Tal como informa el Ministerio Fiscal, la contradicción resulta inexistente en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS porque los hechos en los que se basan los respectivos pronunciamientos comparados son distintos. En efecto, en la sentencia de contraste queda patente la entrega de la copia a los representantes de los trabajadores, en particular al comité de Castellón, lo que es considerado suficiente y adecuado por la sentencia aquí traída como referencial. Por el contrario, en la recurrida lo que se constata es que no se entregó la copia al comité de empresa de Bilbao sin que haya referencia en los hechos a la entrega de la misma a otro comité que resultara competente. Consecuentemente no se puede apreciar diferencia doctrinal alguna que requiera ser unificada.

La falta de contradicción comporta la desestimación del motivo y, directamente, la confirmación de la improcedencia del despido que no puede quedar modificada por la suerte que, eventualmente, pudieran correr los otros dos motivos, lo que hace completamente innecesario su examen.

CUATRO.- En virtud de lo expuesto, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso con imposición de las costas a la parte recurrida y la pérdida de depósitos y consignaciones.



FALLO

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

- 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Axpe Consulting, S.L. representada y asistida por el letrado D. Raúl Vázquez Ruiz.
- 2.- Confirmar la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 1753/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao , en autos nº 344/2015, seguidos a instancias de D. Hernan contra Axpe Consulting, S.L., Fogasa y Ministerio Fiscal sobre despido.
- 3.- Imponer las costas a la recurrente y decretar la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la LEC , respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina **523/2017** para sostener la posición mantenida en la deliberación acogéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en primer lugar en cuanto a la apreciación de la existencia de contradicción, así como respecto al fondo del asunto, una vez considerado superada la misma.

Baso mi discrepancia en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- Es objeto de presente recurso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de septiembre de 2016 (Rec. 1759/16), que desestimó el recurso de suplicación formulado por la empresa demandada y confirmó la sentencia de instancia sobre improcedencia del despido. Por sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de marzo de 2013, Rec. 444/13 , se declaró que el convenio colectivo de aplicación era el de Oficinas y Despachos de Bizkaia. Dicho Convenio contenía una referencia en su artículo 3 sobre vigencia, prórroga y denuncia en la que contemplaba que el convenio se entendería denunciado el 15 de diciembre de 2012. Los hechos dan cuenta de la carta que la empresa entrega al trabajador, fechada el 20 de febrero de 2015, comunicándole la extinción por causas objetivas, con efectos 8 de marzo, con motivo de la finalización de la adjudicación del servicio de atención telefónica y soporte para el Departamento de interior del Gobierno vasco. La empresa ha abonado al trabajador la indemnización tal como aparece en la carta de extinción y se ha calculado de acuerdo con el Convenio de Oficinas y despachos de forma preventiva, según se indica en la carta. La comunicación de cese no fue notificada al comité de empresa de Bilbao. En la fecha del despido se procedió a extinguir por la misma causa al resto de trabajadores del centro de Bizkaia, que se ha cerrado. Por el demandante y otros trabajadores se ha procedido a interponer demandas en reclamación de cantidad derivadas de la aplicación del citado Convenio.

Por lo que interesa a efectos casacionales, la Sala de suplicación, siguiendo su sentencia de 15 de marzo de 2016, R. 318/16, indica en primer término, que en lo que respecta a la infracción del artículo 86. 3 del Estatuto de los Trabajadores , no procede la aplicación del Convenio estatal de empresas de consultoría por pérdida de vigencia del Convenio de oficinas y despachos de Vizcaya, entendiéndose que el mismo es el superior. La Sala considera que no es aplicable el criterio sostenido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de junio de 2015, Rec. 821/15 , pues en ella se debatía la aplicación del convenio colectivo superior pero con mantenimiento del salario que venían percibiendo los trabajadores. Concluye que la categoría y salario que debía percibir el trabajador en el momento del despido es el recogido en las tablas salariales del Convenio colectivo de oficinas y despachos de Vizcaya. En segundo término, entiende que un error inexcusable, tras los pronunciamientos existentes sobre el convenio colectivo aplicable, el cálculo de la indemnización sin tener en cuenta el citado convenio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores , pues antes del despido fue igualmente renuente a aplicar el Convenio de oficinas y despachos, como los muestran las reclamaciones de diferencias salariales de los trabajadores por lo que califica el despido de improcedente. Finalmente, en tercer término, indica que se ha vulnerado



también el artículo 53. 1 c) del Estatuto de los Trabajadores por no haberse entregado la carta de despido a los representantes de los trabajadores.

SEGUNDA.- 1.- Disconforme con la sentencia referida, interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina la empresa AXPE Consulting SL, articulando tres motivos de recurso, para los que designa sendas sentencias de contraste.

El primero de ellos, sobre infracción del artículo 86. 3 del Estatuto de los Trabajadores, invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de junio de 2015, Rec. 821/15, en demanda de conflicto colectivo.

La sentencia referencial designada, estimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Tximela SA y desestimó el interpuesto por Garkoitz Rekondo Etxeberría, en representación del Sindicato LAB frente a la sentencia de fecha 26 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Donostia, en autos número 104/2014, seguidos a instancia de Garkoitz Rekondo Etxeberría, en representación del Sindicato LAB, frente a Tximela SA, revocando la resolución de instancia y desestimando la demanda.

Consta en dicha sentencia que la empresa demandada tiene su domicilio en Donostia y se le venía aplicando el Convenio Colectivo del metal de Gipuzkoa para los años 2005-2008, habiendo finalizado su vigencia el 31 de diciembre de 2008. Se han realizado numerosas reuniones entre los representantes de los empresarios y los de los trabajadores sin llegar a ningún acuerdo para un nuevo convenio. El 5 de julio de 2013 la dirección de la empresa Tximela SA entregó una carta a los trabajadores en la que les comunicaba que a partir del 1 de agosto de 2013, se aplicaría en la empresa el Convenio del Comercio en general de Gipuzkoa para los años 2010-2014. El sindicato LAB interpuso demanda de conflicto colectivo recayendo sentencia el 23 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Social número 5 de Gipuzkoa, en la que se declaró la nulidad de la modificación de las condiciones de trabajo comunicada por la empresa a sus trabajadores el 5 de julio de 2013, condenando a la empresa a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones. La citada sentencia es firme. El 30 de diciembre de 2013 la dirección de la empresa comunicó a los trabajadores que a partir de 1 de enero de 2014 se aplicaría en la empresa el Convenio Colectivo del Comercio en general de Gipuzkoa, para los años 2010-2014, se realizaría una jornada laboral de 1762 horas anuales y el exceso de horas realizadas entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre de 2013, se regularizaría en 2014. A partir de esta fecha la empresa ha variado la estructura salarial de las nóminas, disminuyendo el importe del concepto salario y desdoblado el concepto complemento voluntario en cuatro, sin que haya variado la cuantía del salario.

La sentencia razona: «Luego en nuestro supuesto de autos, y siendo que aunque aparentemente las condiciones laborales que pretende establecer el empresario en virtud de la querencia aplicativa de un nuevo Convenio Colectivo superior, parecen empeorar, al menos en lo que se refiere a la jornada (más difícil el cambio en la estructura salarial por mantener aparentemente la cuantía) en relación al anterior convenio de aplicación, la inexistencia de la aplicación procedimental del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores que llevaría aparejada la consiguiente constatación de la existencia del Convenio Colectivo Superior, haría inexistente la modificación sustancial de pronunciamiento de instancia, por lo que no habría incurrido la comunicación en vulneración normativa alguna, debiéndose revocar con ello el pronunciamiento del Juzgado de lo Social, reconociendo la existencia de este Convenio Colectivo Superior.». Continúa razonando «en resumen, como bien articula la empresarial recurrente, una vez perdida la vigencia del Convenio Colectivo del Comercio del Metal, y publicado un nuevo Convenio Colectivo que se entiende "superior", el del Comercio en General, aún ser de la misma provincia, no existe contractualización de las condiciones del anterior, y tampoco llevaría aparejada la existencia de una modificación sustancial de las condiciones por la comunicación efectuada por la empresarial a finales del año 2013, con lo que procedería la revocación de la resolución de instancia y la desestimación íntegra de la demanda.»

2.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).



Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTs 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

3.- Discrepando, con los debidos respetos del criterio mayoritario de la Sala, estimo que entre la sentencia recurrida y la de contraste designada para el primer motivo de recurso, concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS .

Existen entre ambas sentencias evidentes y suficientes similitudes ya que en los dos supuestos se examina si, una vez fenecido el Convenio Colectivo que regía las relaciones laborales de la empresa, las condiciones de trabajo reguladas en el mismo siguen subsistente, en el supuesto de que exista un Convenio Colectivo de ámbito superior aplicable. La sentencia recurrida ha resuelto que se aplica el Convenio de ámbito superior, pero como su artículo 8 establece que se han de respetar como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones existentes a la fecha de la firma del Convenio, que fueren superiores, aplica el salario regulador establecido en el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia. La sentencia de contraste entiende que el Convenio de ámbito superior es el aplicable.

En efecto, la sentencia recurrida razona que no es aplicable el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, no es aplicable el Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública -convenio de ámbito superior- para fijar las retribuciones que se han de abonar a los trabajadores ya que dicho Convenio exige respetar como mejora adquirida la retribución que venía percibiendo el trabajador, tal y como resulta del artículo 8 del Convenio. El citado precepto dispone que "Se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma del Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo". La sentencia concluye que, por dicho motivo, no procede aplicar el Convenio Colectivo de ámbito superior para fijar las retribuciones de los trabajadores.

4.- Se plantea por la empresa AXPE Consulting SL, un segundo motivo ordenado a defender el carácter excusable del error cometido al calcular la indemnización por despido, e invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 18 de diciembre de 2014, Rec. 2795/13 .

En la referida sentencia referencial se declara procedente el despido por causas objetivas del trabajador en unas circunstancias de pérdida de vigencia del convenio aplicable. En particular el trabajador fue despedido el 6 de marzo de 2012 por causas económicas, con efectos ese mismo día. La relación laboral se regía por el XXIII Convenio colectivo marco para Oficinas de farmacia con vigencia hasta 31 de diciembre de 2010. Dicho convenio establece en su artículo 4 lo siguiente: "4.1 El Convenio quedará automáticamente denunciado por las partes que forman la Comisión Negociadora del mismo el día 31 de diciembre del año 2010, debiendo constituirse la nueva Mesa Negociadora, con el objeto de iniciar las negociaciones para el Convenio siguiente, antes del 31 de enero del año 2011.

4.2 Denunciado el Convenio, en tanto no se llegue a un acuerdo expreso sobre el nuevo, se entenderá que su contenido normativo se prorroga automáticamente, incrementándose anualmente, en el mes de enero, los conceptos retributivos incluidos en las tablas salariales, en la misma cuantía que el Índice de Precios al Consumo (IPC) real del año anterior, a tenor de lo previsto en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores ."

La cuestión, a juicio de la Sala de suplicación es determinar si el pacto en contrario que menciona el artículo 86. 3 del Estatuto de los Trabajadores es el artículo 4 del Convenio, que regula la ultraactividad o es preciso que el pacto en contra sea posterior a la nueva redacción del artículo 86. 3 por la Ley 3/2012 . Y, dado el grado de complicación de la controversia, el error es excusable.

Respecto de este motivo no concurren las identidades necesarias para apreciar contradicción, principalmente porque los fundamentos de las sentencias son distintos. En la sentencia recurrida no concurre la proximidad en el tiempo de la reforma laboral que es palpable en la de contraste, que se dicta cuando todavía no habían tenido lugar los pronunciamientos de la Sala IV sobre esta cuestión [Entre otras SSTs de 22 de diciembre de 2014 -Pleno- (rec. 264/2014), 17 de marzo de 2015 (rec. 233/2013), 2 de julio de 2015 (rec. 1699/2014), 7 julio 2015 (rec. 193/2014), 13 noviembre 2015 (rec. 193/2014), 26 de abril de 2016 (rec 2102/2014) y 6 de julio de 2016, (rec. 155/2015)]. En consecuencia, el argumento sobre el carácter excusable del error está jurídicamente fundado en una razón de peso que no concurre en la recurrida. Si bien la razón fundamental es que el conflicto de fondo es distinto por cuanto en la sentencia recurrida hay un convenio provincial que decae en su vigencia y uno estatal que es el que quiere aplicar la empresa, de modo que el debate reside en si es aplicable dicho convenio o la contractualización del anteriormente vigente; mientras que en la sentencia



de contraste el convenio que decae es de ámbito estatal y el conflicto reside en determinar si la cláusula de prórroga del mismo se entiende aplicable.

Estimo que, al no apreciarse la existencia de contradicción, por no concurrir las exigencias del art. 219 LRJS, el motivo de recurso debió desestimarse.

TERCERA .- 1.- La sentencia en su voto mayoritario, examina en primer lugar el motivo tercero del recurso, y al desestimarlos por apreciar causa de inadmisión por falta de contradicción entre las sentencias comparadas; y que al concurrir "una circunstancia peculiar y específica" de falta de notificación de los despidos a la representación legal de los trabajadores, su omisión conduce a la improcedencia del despido por cuanto que "la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo", estimando que no existe contradicción, pues no se puede apreciar diferencia doctrinal alguna que requiera ser unificada".

Partiendo de ello se entiende en la sentencia que es innecesario el examen de los motivos primero y segundo del recurso, y que procede la desestimación del recurso confirmando en consecuencia, la improcedencia del despido.

Muestro mi conformidad con la inexistencia de contradicción apreciada por la sentencia en su voto mayoritario respecto a este motivo tercero.

Ahora bien, estimo, -dicho sea con los debidos respetos- que partiendo de lo dicho respecto al motivo primero, debió apreciarse la existencia de contradicción, y examinar el fondo del asunto en el mismo referido.

2.- Y en esta labor, no puede obviarse lo señalado por esta Sala IV/ TS resolviendo supuesto similar en relación al fondo del asunto (entre otros, rcud. 427/2017, referido en el párrafo primero del FD segundo de la sentencia) al señalar que:

"1.- La cuestión debatida no ha sido resuelta directamente por la Sala, aunque nos hayamos referido indirectamente a ella. De entrada, la citada sentencia de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, cuando estableció la contractualización de las condiciones establecidas en el convenio que perdía su vigencia, lo hizo, precisamente en un supuesto en el que no existía convenio colectivo de ámbito superior que resultase de aplicación; es más, de manera implícita -la redacción de la sentencia- y de forma explícita -los votos particulares- coincidían en que la referida contractualización se aplicaba en el supuesto final en el que, ni hubiera pacto en contrario, ni existiese convenio de ámbito superior que resultase aplicable.

Nuestras SSTs de 17 de marzo de 2015 (rec. 233/2013) de 2 de julio de 2015 (rcud. 1699/2014) y de 7 de julio de 2015 (rec. 193/2014) no hicieron ninguna referencia al problema que aquí se suscita. En efecto, lo que se planteó en aquellas resoluciones se refería a la validez y aplicabilidad de los "pactos en contrario" suscritos en el propio convenio colectivo que perdía la vigencia y que había sido suscrito antes de la reforma del artículo 86.3 ET operada por el RDL 3/2012; concluyendo la Sala en su plena validez. Tal doctrina en nada afecta a la decisión que haya de tomarse en este caso.

2.- Nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014 si se refirió a la aplicabilidad del convenio fenecido por finalización de su vigencia existiendo un convenio de ámbito superior aplicable; pero lo hizo en un supuesto que contenía una particularidad importante consistente en el hecho de que el convenio superior regulaba materias como "la estructura y concurrencia de convenios, la subrogación del personal, el régimen disciplinario, la clasificación profesional y la formación para el empleo, las modalidades de contratación, el periodo de prueba, la igualdad de trato y de oportunidades, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales (art. 10.2), pero no contempla los aspectos más típicamente "normativos" y relevantes del vínculo laboral individual, tales como retribuciones, excedencias, licencias, jornadas, permisos, vacaciones, horas extraordinarias, etc. (arts. 6 a 21, entre otros, del convenio provincial), y sin duda fueron éstos los que nuestra sentencia de 22-12-2014 pretendía "conservar" (tesis "conservacionista", se decía), la solución ha de ser la misma, sin perjuicio, obviamente, no sólo de lo establecido legalmente en materia de concurrencia de convenios (art. 84 ET) sino también de la incidencia que pudiera tener la tradicional doctrina jurisprudencial en torno a la rechazable técnica del "espiguelo normativo" (por todas STS de 15 de septiembre de 2014, rcud. 2900/12, y las que en ella se citan), cuestiones ambas no suscitadas en absoluto en este proceso".

En definitiva, la *ratio decidendi* de tal sentencia por la que excluyó la aplicabilidad del convenio superior no fue negar la autoridad de la redacción del artículo 86.3 ET, ni siquiera establecer que una supuesta contractualización de las condiciones impediría la aplicación del precepto estatutario en cuestión, fue que el convenio de ámbito superior no era un verdadero convenio en el que se establecen condiciones de trabajo sino que se trataba de un convenio cuyo objetivo declarado consiste en "regular materias de ordenación común para todo el Sector y distribuir competencias normativas reguladoras entre los distintos niveles negociables" (art.



2º.2) que, pese a ello, como hemos visto, no contempla en absoluto derechos y obligaciones relevantes que regulaba el convenio de ámbito provincial (retribuciones, jornada, permisos, vacaciones, etc.). Nada que ver, por tanto, con el presente supuesto en el que el convenio de ámbito superior regula las mismas materias que el convenio fenecido, tratándose ambos de convenios ordinarios que, típicamente, regulan condiciones de trabajo.

3.- Nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014, se enfrenta, claramente, a un supuesto -similar al presente- en el que lo que se pretende es la aplicación del convenio de ámbito superior en un asunto en el que el convenio aplicable hasta entonces había perdido su vigencia y no existía pacto alguno respecto de la ampliación de la ultraactividad del convenio fenecido, ni respecto al convenio aplicable en el futuro. En esas circunstancias, nuestra sentencia proclama, sin ambages, la aplicabilidad del artículo 86.3 ET y, en consecuencia, que, en aquellas circunstancias, el convenio de ámbito superior pasaría a resultar de aplicación. Sin embargo, en aquél caso no aplica tal doctrina porque entiende que el convenio cuya aplicación se pretende no es "un convenio de ámbito superior que resulte de aplicación", porque lo que se pretende en el caso es considerar como tal a un convenio colectivo que nada tiene que ver con la actividad que cubría el convenio que perdió la vigencia.

CUARTO.- 1.- La regla de la ultraactividad esté concebida, como norma disponible para la autonomía colectiva, para conservar provisionalmente las cláusulas del convenio anterior mientras continúe la negociación del convenio siguiente, durante un determinado tiempo que la ley considera razonable, pero no para cubrir vacíos normativos surgidos como consecuencia de la conclusión del convenio cuya vigencia ha terminado, ni para perpetuarse eternamente.

El legislador al objeto de evitar el vacío normativo que se produciría con la pérdida de vigencia del convenio, establece la aplicación del convenio de ámbito superior que resulte de aplicación. En este caso, no existe una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa. No existe, pues, contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado sino su total desaparición del ordenamiento jurídico por decaimiento de su vigencia y completa sustitución por el de sector.

La regulación del régimen de ultraactividad legal implica, como impone el artículo 86.3 ET, que transcurrido un año desde la denuncia del convenio "se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación". La claridad de la voluntad del legislador resulta palmaria de la propia construcción normativa y de las exposiciones de motivos de las normas reformadoras. Éstas, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, introducen modificaciones respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una "petrificación" de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año. Parece evidente que a tal finalidad y, especialmente, a la de evitar vacíos normativos responde el mandato legal de aplicación, si lo hubiere, del convenio superior que resultase de aplicación. La solución legal implica tener que establecer si existe o no existe un convenio de ámbito superior y, de existir varios, delimitar cual es, precisamente, el aplicable.

En el presente supuesto ni hay duda sobre la existencia de convenio de ámbito superior, ni de que el existente resulta aplicable, por lo tanto, se impone el cumplimiento de la norma legal en su plenitud, sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales".

Partiendo de cuanto antecede, mi discrepancia se sitúa en la conclusión a la que llega en la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior que ha de hacerse con todas sus consecuencias, habiéndolo como lo hay indudablemente en el presente caso, sin que pueda estimarse supérflua la referencia al artículo 8 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, que para fijar las retribuciones que se han de abonar a los trabajadores, exige respetar como mejora adquirida la retribución que venía percibiendo el trabajador, tal y como resulta del mismo al disponer que: "Se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma del Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo". El mayor salario postulado, no resulta del mantenimiento de condiciones normativas que procedan del convenio



colectivo aplicable anteriormente ya desaparecido, sino justamente de la aplicación del Convenio Colectivo de ámbito superior. Estimo por ello, que debió matizarse sobre dicho extremo.

Es en este sentido que formulo mi voto particular.

En Madrid, a 5 de junio de 2018.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ