



Roj: **STS 2741/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2741**

Id Cendoj: **28079140012018100642**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **427/2017**

Nº de Resolución: **588/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3786/2016,**
STS 2741/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 427/2017

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. 588/2018

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 María Virolés 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 los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por las respectivas representaciones letradas de la empresa Axpe Consulting, S.L. y de D. Pablo Jesús contra la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 2054/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao , en autos nº 327/15, seguidos a instancias de D. Pablo Jesús contra Axpe Consulting, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial sobre **despido**.



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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2016, el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao, dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El demandante Pablo Jesús ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa demandada AXPE CONSULTING S.L., con una antigüedad desde el día 21-2-2011, categoría profesional de operador 2º, y salario de 1.537,06 euros mensuales, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, 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 Pública (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, que es firme, 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, así como la prórroga de ultraactividad del Convenio Colectivo de oficinas y Despachos.

TERCERO.- El actor prestaba servicios en el centro de trabajo de la empresa en Bizkaia.

CUARTO.- El demandante, con fecha 20-2-2015, recibió comunicación de carta de extinción, por causas objetivas (productivas y organizativas) 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 al actor la indemnización de 3.375 euros, tal y como aparece en la carta de extinción, calculada conforme al XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercados y de la Opinión Pública. Asimismo, la comunicación de cese fue notificada al comité de empresa del centro de Madrid, constando (dentro del bloque documental nº 5 de Axpe Consulting, S.L.) anotación manuscrita fechada el 20-2-2015 del encargado del centro de trabajo de Bilbao, Dionisio, en la que se hace constar que el comité de empresa del centro de trabajo de Erandio se niega a dar por recibida la comunicación.

En el momento del **despido**, el demandante se encontraba en excedencia para cuidado de hijo menor. Se tiene por reproducido el documento nº 4 de su ramo de prueba, relativo a solicitud de excedencia de un año del trabajador, con efectos desde el 17-11-2014 hasta el 13-11-2015.

QUINTO.- 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 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 inviable la oferta económica presentada en la licitación.

SEXTO.- Con la misma fecha de efectos se procedió a extinguir por causas objetivas, además del contrato del demandante, otros 10 contratos de trabajo en el mismo centro de trabajo de la demandada en Bizkaia, que está cerrado, resolviéndose el contrato de arrendamiento con efectos al 1/07/15.

SÉPTIMO.- Por el demandante y otros trabajadores se ha procedido a interponer demandas en reclamación de cantidades derivadas de la aplicación del Convenio colectivo provincial. Se tiene por expresamente reproducida la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de fecha 25-2-2015, sobre reclamación de cantidad, autos nº 446/14, en la que se estima la demanda interpuesta por el actor, entre otros trabajadores, en concepto de diferencias salariales correspondientes al periodo marzo 2011 a diciembre 2013, en la que se fijó el salario del actor en 1.573,06 euros mensuales, conforme al convenio colectivo provincial de oficinas y despachos (documento nº 6 del ramo de prueba del actor).

OCTAVO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, dictada el 23/07/14 en autos de conflicto colectivo 101/14, se desestimó la demanda formulada por CCOO y UGT frente a CEBEK, ELA y LAB en reclamación de que se declarase vigente el convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia 2009-2012, acogiendo la excepción de inadecuación de procedimiento. Dicha fue confirmada por sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 10/02/15 dictada en recurso 85/15, encontrándose actualmente recurrida en casación.

NOVENO.- 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.

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

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

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«ESTIMO la demanda presentada por el demandante Pablo Jesús frente a AXPE CONSULTING, S.L., declaro la NULIDAD del **despido** producido, y, en consecuencia, condeno a la empresa demandada a que proceda a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del **despido** (8-3-2015), a razón de un salario diario de 50,53 euros. Se absuelve al FOGASA, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que, en su caso, proceda en ejecución de sentencia».

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 2 de noviembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo:

«Que estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación formulado por Axpe Consulting SA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Cuatro de los de Bilbao, de 14 de abril de 2016, dictada en el procedimiento 327/2015; la cual debemos también revocar parcialmente y declaramos que los salarios de tramitación a los que tiene derecho D. Pablo Jesús, derivados de la declaración de nulidad del **despido**, empezarán a computarse a partir del 13 de noviembre de 2015; ratificando, por el contrario, la resolución de instancia en sus restantes términos. Sin costas».

TERCERO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ambas partes demandante y demandado interpusieron recurso de casación para la unificación de doctrina.

El recurso formulado por Axpe Consulting, S.L. se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 1 de junio de 2015, rec. suplicación 821/2015; y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 18 de diciembre de 2014, rec. suplicación 2795/13.

El recurso formulado por D. Pablo Jesús se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 5 de diciembre de 2012, rec. suplicación 810/2012.

CUARTO.- Se admitieron a trámite los dos recursos. Por la letrada D^a. Iratxe Ordorica González en nombre y representación de D. Pablo Jesús se presentó escrito impugnando el recurso presentado por Axpe Consulting, S.L., y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de estimar improcedentes ambos recursos. 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 María Virolés 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 cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación unificadora 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.

2.- La sentencia recurrida es la dictada en el rec. 2054/2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de noviembre de 2016 en la que con estimación parcial del recurso deducido por la demandada se confirma la declarada nulidad del **despido**, si bien se rectifica la fecha de cómputo de los salarios de tramitación. A tales efectos, resultan circunstancias relevantes de la sentencia recurrida las siguientes: 1) AC venía aplicando el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercados y de la Opinión Pública hasta que, por sentencia, de conflicto colectivo 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. 2) 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, sin que haya existido pacto de ultra actividad. 3) Planteado conflicto colectivo para que se declarase que subsistía su vigencia, por sentencia del juzgado de lo social de 23/7/2014 se estimó que no se podía juzgar la cuestión por inadecuación de procedimiento, confirmada por STSJ del País Vasco de 10/2/2015. 4) El demandante con fecha 20/02/2015, recibió comunicación de carta de extinción, por causas objetivas (productivas y económicas). 4) En el momento del **despido**, se encontraba en excedencia para cuidado de hijo menor. 5) La empresa ha abonado a la trabajadora la indemnización calculado de acuerdo con el Convenio provincial de Oficinas y despachos de forma preventiva, según se indica en la carta, ante la controversia existente en cuanto al convenio de aplicación. 6) 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. 7) 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, entendiendo que el mismo es el superior. La sala considera que no es aplicable el criterio de 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 se trata de un error inexcusable el cálculo de la indemnización sin tener en cuenta el citado convenio, tras los pronunciamientos existentes sobre el convenio colectivo aplicable, 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 la calificación del **despido** sería la de improcedencia, que por aplicación del artículo 53.4 b) ET, al estar el trabajador en situación de excedencia por cuidado de hijos, se convierten en nulidad.

SEGUNDO.- 1.- AXPE CONSULTING, SL se alza ahora en casación para la unificación de doctrina a través de dos motivos para lo que aporta sendas sentencias de contraste.

El primer motivo se refiere a si las condiciones laborales recogidas en un Convenio Colectivo son aplicables a los trabajadores sujetos a su ámbito de aplicación, una vez superado el plazo máximo de ultraactividad



pactada y existiendo un Convenio Colectivo de ámbito superior, en virtud del art. 86.3 ET , proponiendo como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de junio de 2015, Rec. 821/15 , en demanda de conflicto colectivo. Los hechos de la citada sentencia dan cuenta de las siguientes circunstancias: 1) la finalización de la vigencia del convenio colectivo de comercio del metal de Guipúzkoa el 31 de diciembre de 2008. 2) El 5 de julio de 2013 la empresa comunica a los trabajadores, por escrito, que el 1 de agosto pasarán a regirse por el Convenio colectivo del comercio en General de Guipúzkoa. 3) El 30 de diciembre del mismo año la empresa comunica a los trabajadores que con efectos 1 de enero de 2014 se aplicaría el convenio citado, que se realizaría una jornada anual de 1762 horas y que el exceso de horas realizadas entre agosto y diciembre de 2013 se regularizaría en el año 2014. 4) la aplicación del citado convenio ha supuesto una modificación en la estructura salarial, pero no en la cuantía. 5) Presentada demanda por modificación sustancial colectiva, ésta se declaró nula.

La sala de suplicación entiende, por el contrario, que perdida la vigencia del convenio del comercio metal y publicado un convenio colectivo que se entiende "superior", aun siendo de la misma provincia, no existe contractualización de las condiciones del anterior, y tampoco su aplicación implica modificación sustancial, por lo que revoca la sentencia de instancia y estima el recurso de la empresa.

2.- A pesar de las diferencias fácticas existentes, siguiendo el criterio de recursos previos iguales al actual en cuanto a la cuestión suscitada debatidos por la Sala en la misma fecha con la misma sentencia de contraste y empresa demandada, la contradicción ha de considerarse existente puesto que las diferencias no inciden en el debate jurídico de fondo que consiste en decidir si, decaído en su vigencia un convenio colectivo y existente uno superior, procede aplicar la discutida contractualización de condiciones de trabajo a que se refiere la sentencia de la presente Sala IV de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014 o, por el contrario, debe aplicarse el artículo 86.3 ET y considerar vigente el convenio de ámbito superior. En este sentido, no habrían de considerarse relevantes a efectos de contradicción el hecho de que la sentencia recurrida resuelva un conflicto individual y la de contraste uno colectivo; que en la recurrida la empresa sea renuente a aplicar el convenio de oficinas y despachos de Bizkaia -pues lo que se debate es que en el momento de iniciarse el conflicto que da lugar al pronunciamiento de suplicación éste no estaba vigente-; ni que en la de contraste se considere superior un convenio colectivo de la misma provincia. Igualmente, a ello no obsta que la sentencia recurrida aluda a la aplicación del artículo 8 del citado convenio sobre conservación de condiciones para mejoras adquiridas, pues el argumento se utiliza ex abundantia y por sí solo no constituye la ratio decidendi de la sentencia.

Lo relevante es que en ambos casos el convenio que resultaba de aplicación inicialmente había perdido su vigencia y que en ambos casos existía un convenio colectivo superior. Ante tales incontrovertidas circunstancias, las sentencias resuelven la cuestión discutida de manera diferente, pues mientras la referencial considera que debe aplicarse el convenio superior, la recurrida determina que deben continuar aplicándose las condiciones del convenio cuya vigencia ha decaído.

TERCERO.- 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.

Por otro lado, la referencia al artículo 8 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública resulta superflua. Por un lado, porque su contenido no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que procedan del Convenio Colectivo aplicable anteriormente, sino a las que disfrutase cada trabajador ad personam como mejora de las condiciones legales o convencionales; y, por otro, porque en modo alguno de su tenor puede deducirse que el convenio sectorial trate de mantener parcialmente vigente el convenio ya desaparecido.

2.- Consecuentemente, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, por lo que, oído el Ministerio Fiscal, se impone la estimación del motivo y, en consecuencia, al estar correctamente puesta a disposición la cantidad indemnizatoria, cumplida la exigencia del artículo 52.1.b ET, no hay improcedencia del **despido**, lo que determina que no resulte aplicable la nulidad ex artículo 53.4.b ET. Esta decisión comporta que resulte innecesario el examen del segundo motivo planteado por el recurso de la empresa que se refiere a que el error en la puesta a disposición sería excusable, al no existir error alguno, según ha quedado acreditado en el examen del motivo anterior.

QUINTO.- 1.- Se alza también en casación unificadora el trabajador cifrando el núcleo de la contradicción en la determinación del cálculo de los salarios de tramitación en **despido** nulo de trabajador en situación de excedencia para el cuidado de hijo menor, aportando como soporte de su recurso la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 5 de diciembre de 2012 (rec. 810/12), resolutoria del recurso de suplicación interpuesto contra el Auto dictado en ejecución de sentencia de 24-7-2012 que estimó el recurso de reposición interpuesto por la demandada frente al auto de fecha 25-5-2012. En dicha resolución se absuelve a la empresa de la obligación de los salarios de trámite, por cuanto considera que los mismos se devengan en relación al salario real, que el trabajador viniera percibiendo al tiempo de ser despedido. Sin embargo, tal parecer no es compartido por la sentencia referencial, en la que, con estimación del recurso deducido por la parte actora, se condena a la empresa al abono de los correspondientes salarios de trámite fijados en el previo auto de 25-5-2012. Como antecedentes necesarios para el entendimiento del asunto cabe destacar los siguientes: la trabajadora ha disfrutado de una excedencia por cuidado de un hijo menor desde el 11-2-2011 hasta el 30-9-2011, fecha en la que solicitó su reincorporación, que le fue denegada el 1-10-2011. Previamente, se encontraba en situación de reducción de jornada (50%). Por lo tanto, declarada la nulidad del **despido**, la cuestión suscitada pivota exclusivamente sobre el importe de los salarios de tramitación. La sentencia tras una minuciosa labor argumental, con cita y parcial reproducción de STS 11-12-2011 señala que la DA 18ª ET establece para los supuestos de reducción de jornada previstos en el art. 37, puntos 4 bis, 5 y 7, que "el salario que hay que tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en este Ley será el que corresponda al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada", debiendo entenderse dentro del concepto "indemnizaciones", la complementaria referida a los salarios de tramitación. En consecuencia, condena a la empresa al abono de los correspondientes salarios de trámite fijados en el previo auto de 25-5-2012.

2.- Pese a existir algunos elementos de conexión entre las sentencias enfrentadas dentro del recurso, la contradicción en sentido legal ha de declararse inexistente, al tratarse de supuestos de hecho que presentan diferencias irreconciliables con la necesaria apreciación de una divergencia doctrinal que necesite ser unificada. Así, en la sentencia de contraste, se trata de una trabajadora que es despedida tras solicitar la reincorporación una vez disfrutada la excedencia por cuidado de hijo menor, a la que había precedido una reducción de jornada, y en ejecución de la sentencia firme que calificó la decisión extintiva como **despido** nulo, se suscita si los salarios de tramitación se devengan con arreglo al salario real, es decir, aquél que se percibía en el momento del **despido** con arreglo a la situación de reducción de jornada, o, por el contrario, se devengan en cuantía correspondiente a jornada completa. Por el contrario, en la recurrida, aun contemplándose la cuestión relativa a los salarios de tramitación en **despido** declarado nulo, no se discute tanto la cuantía de los salarios, como el alcance temporal de los mismos al hallarse el trabajador disfrutando de una excedencia por cuidado de menor cuando es despedido objetivamente, lo que determina a juicio de la Sala sentenciadora que los salarios se devenguen a la finalización de la excedencia y no en la fecha del **despido**.

En consecuencia, concurre una causa de inadmisión, que es este trámite procesal comporta la desestimación del recurso.

SEXTO.- Por cuanto antecede procede únicamente la estimación del recurso formulado por la empresa lo que implica la revocación de la sentencia recurrida, declarando la desestimación de la demanda y la absolución de la empresa demandada con devolución de depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir. Sin costas



FALLO

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

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Axpe Consulting, SL (AXPE), representado y asistido por la letrada D^a. Celia Ansorena González.
- 2.-Desestimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Pablo Jesús .
- 3.- Casar y anular la sentencia recurrida dictada el 2 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 2054/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao , en autos nº 327/15, seguidos a instancias de D. Pablo Jesús contra Axpe Consulting, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial sobre **despido**.
- 4.- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y, en consecuencia, desestimar la demanda rectora de estas actuaciones absolviendo a la mercantil Axpe Consulting, S.L. de los pedimentos deducidos en su contra.
- 5.- Ordenar la devolución de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir. No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excma. Sra. Doña ROSA MARÍA VIROLÉS 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 427/2017 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 del presente recuso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 2 de noviembre de 2016 , en la que con estimación parcial del recurso deducido por la demandada, se confirma la declarada nulidad del **despido**, si bien se rectifica que los salarios de tramitación comenzaran a computarse a partir del 13-11-2015. El actor que venía prestando servicios para AXPE CONSULTING, SL con una antigüedad de 21-2-2011 y categoría de operador 2^a, recibió comunicación de carta de extinción por causas objetivas [productivas y organizativas] el 20-2-2015. En el momento del **despido**, se encontraba en excedencia para cuidado de hijo menor. Consta que 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, 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, entendiendo 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 AXPE CONSULTING, SL con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado se alza ahora en casación para la unificación de doctrina, planteando un inicial motivo a propósito de resolver si las condiciones laborales recogidas en un Convenio Colectivo son aplicables a los trabajadores sujetos a su ámbito de aplicación, una vez superado el plazo máximo de ultraactividad pactada y existiendo un Convenio Colectivo de ámbito superior, en virtud del art. 86.3 ET, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por el 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 por la empresa 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

Dicha 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 inexigencia 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 no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS .

Existen entre ambas sentencias evidentes 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.

Existe, sin embargo, un dato de trascendencia capital que impide apreciar la existencia de contradicción. 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.

En el Convenio de ámbito superior aplicable en la sentencia recurrida no existe precepto similar al anteriormente transcrito, por lo que la sentencia entiende que no ha existido contractualización de las condiciones de trabajo fijadas en el anterior convenio ya que resulta de aplicación el Convenio de ámbito superior y las condiciones de trabajo establecidas en el mismo.

A la vista de la diferente regulación que contienen los respectivos Convenios Colectivos de ámbito superior, aunque las sentencias comparadas han llegado a resultados diferentes, no son contradictorias, lo que supone la desestimación de este motivo del recurso.

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

TERCERA.- Muestro mi conformidad con la apreciación de inexistencia de contradicción en relación con el motivo de recurso planteado por el trabajador, en los términos que se expresan, que en este trámite procesal comporta la desestimación del recurso.

CUARTA.- Superado no obstante ello, el requisito de la contradicción, y en cuanto al fondo del asunto, señala la sentencia en su voto mayoritario:

"**TERCERO.-** 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, dicho sea una vez más con los debidos respetos al voto mayoritario, está 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. Por ello, debió desestimarse el recurso formulado por la empresa, lo cual implica la confirmación de la sentencia recurrida.

Es en este sentido que formulo mi voto particular.

En Madrid, a 5 de junio de 2018.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ