



Roj: **STS 4051/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4051**

Id Cendoj: **28079140012018100911**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2018**

Nº de Recurso: **584/2017**

Nº de Resolución: **946/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3592/2016,**
STS 4051/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 584/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 946/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 6 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Axpe Consulting, S.L. (AXPE), representada y defendida por el Letrado Sr. Vázquez Ruiz, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de noviembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 1981/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 6 de abril de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en los autos nº 659/2016, seguidos a instancia de D^a Luisa contra dicha recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrida D^a Luisa, representada y defendida por la Letrada Sra. Olaskoaga Bereziartua.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de abril de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimando la demanda interpuesta por D^a Luisa frente a AXPE CONSULTING SL y FOGASA por Despido en cuanto a su petición subsidiaria declaro el impugnado como



improcedente condenando a la empresa AXPE CONSULTING SL , a que, en el plazo de cinco días , a partir de la notificación de esta resolución, opte entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido o a indemnizarle en cuantía de 6.088,87 euros, ello , así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución en caso de opción readmisoria. En el caso del que el empresario proceda a la readmisión, la trabajadora habrá de reintegrarle la indemnización percibida (2.876,71 euros) . En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización."

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- La actora D^a Luisa mayor de edad con DNI N° NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa AXPE CONSULTING SL siendo su antigüedad la de 27-9-2011 teniendo reconocida por la empresa la categoría de operador y el salario de 1.250 euros mensuales con pp pagas extras a jornada completa. La actora prestaba servicios en el centro de trabajo que la empresa tenía en Erandio. La retribución que le habría correspondido a la demandante de respetarse el salario devengado conforme al Convenio Colectivo provincial de Bizkaia de Oficinas y Despachos (BOB 2009-2001) y posteriores revisiones para la categoría de Operador de segunda ascendería a 1.537,06 euros mensuales con pp pagas extras.

2º.- La relación laboral entre las partes se instrumentalizó en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio determinado en la indicada fecha con objeto "Atención telefónica y soporte en servicios para nuestro cliente Departamento de Interior del Gobierno Vasco.

3º.- La empresa había sido la adjudicataria del contrato denominado de soporte al Centro de Atención a Usuarios (expediente E- 240/2010) por un plazo inicial de 24 meses y que fue prorrogado mediante Orden de Consejería de Seguridad de 15-3-2013.

4º.- Abierto el correspondiente procedimiento de adjudicación el 30-4-2014 mediante Orden de la consejera de Seguridad de 30-1-2015 se adjudicó el servicio de Soporte al Centro de Atención a usuarios a las empresas INFORMÁTICA EL CORTE INGLES SA y SEMICRO SA UTE. En el antecedente de Hecho decimocuarto de la Orden citada se indicaba lo siguiente:"Con fecha 4 de noviembre de 2014 se envió requerimiento a la empresa AXPE CONSULTING SL 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 días siguiente a su recepción. Transcurrido dicho plazo, la empresa AXPE CONSULTING SL no aporta la documentación solicitada. Se consideró por parte del Departamento financiero que la oferta realizada por el gerente del centro de Bilbao Sr. Balbino era inviable económicamente para la empresa.

5º.- La empresa demandada notificó a la actora con fecha 20-2-2015 carta de extinción con el siguiente contenido:

"En Bilbao, a 20 de febrero de 2015

ATT. DOÑA Luisa

Muy señora nuestra:

La dirección de la empresa, de conformidad con lo establecido en los artículos 52.c) y 53 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, le comunica la decisión de extinguir su contrato de trabajo con efectos del día 08 de marzo de 2015 por causas objetivas, fundamentándose esta decisión en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas productivas y organizativas. En concreto, dichas causas se justifican en la finalización, con efectos del OS de marzo de 2015, del contrato suscrito con el Gobierno Vasco - Departamento de Interior-para la prestación del servicio "Soporte al centro de atención de usuarios" (referencia E-24012010), al cual usted está adscrito. A continuación, desarrollarnos en detalle las circunstancias que rodean dicha finalización. Como usted conoce, AXPE CONSULTING, S.L., es una empresa que, con carácter general, orienta su actividad al campo de la consultoría, integración de sistemas y externalización de servicios, que pone su conocimiento, experiencia y dedicación continua al servicio de las nuevas organizaciones, de modo que concurre a los diferentes Concursos públicos y privados para su posible adjudicación. El Gobierno Vasco procedió en el ario 2010 a la publicación de la oportuna licitación para el contrato "Soporte al centro de atención de usuarios" en las condiciones que se recogen en el Pliego de Bases Técnicas de fecha 30 de mayo de 2010 para el procedimiento de licitación de referencia (E-240/2010). De dicho procedimiento de licitación resultó adjudicataria nuestra Empresa AXPE CONSULTING, S.L., mediante resolución del Gobierno Vasco - Departamento de Interior- de fecha 18 de febrero de 2011 suscribiéndose el oportuno contrato el 18 de marzo de 2011, con una duración de 24 meses, prorrogable. A consecuencia de dicha adjudicación se procedió, por parte de la Empresa, a la contratación del personal necesario para la realización del Proyecto, motivo por el cual usted fue contratado. Tal y como estaba previsto en el Contrato de fecha 18 de marzo de 2011 se dictó



Resolución por parte del Departamento de Interior del Gobierno Vasco en cuya virtud se procedía a la prórroga del referido contrato desde el 18 de marzo de 2013 hasta el 18 de marzo de 2014, fecha en la que se prorrogó, nuevamente el contrato, de forma tácita hasta el 8 de marzo del año 2015, una vez final el concurso público, el Departamento de Interior del Gobierno Vasco ha comunicado la adjudicación del servicio a una tercera mercantil. Asimismo, mediante comunicación fechada el 9 de febrero de 2015 y recibida por esta empresa el 12 del mismo mes y año, se ha comunicado a esta Empresa la finalización del último contrato de prestación de servicios suscrito al amparo de dicha licitación con efectos al próximo 8 de marzo de 2015. Usted, por su parte, fue contratado el pasado 27 de septiembre del 2011 en virtud del contrato vinculado al servicio de dinamización ya mencionado. Desde el inicio de su relación laboral, usted ha venido prestando servicios como Operador. En este contexto, la finalización del contrato entre AXPE CONSULTING, S.L. y el Gobierno Vasco, fijada para el próximo 8 de marzo de 2015 hará que supuesto de trabajo, al igual que el resto de trabajadores suscritos a este servicio, quede sin contenido, ni ocupación efectiva. Dicha situación no podrá ser subsanada mediante la reubicación o recolocación en ningún otro proyecto de la compañía toda vez que desde el año 2013 se ha ido produciendo un notable descenso en el número de proyectos y una reducción muy significativa de los servicios encargados por el Gobierno Vasco, y, de hecho, desde el año 2013 AXPE CONSULTING, S.L. no ha resultado adjudicatario de ningún otro proyecto en Álava o el País Vasco en su conjunto. Todo lo expuesto evidencia que la finalización del servicio provocará un desajuste sobrevenido entre la carga de trabajo de la Empresa y su plantilla, el exceso de plantilla que se concreta en los puestos de trabajo adscritos a dicho servicio, entre los que se encuentra el suyo, cuya amortización deviene imprescindible para adecuar la estructura de la Empresa a las necesidades productivas actualmente concurrentes. Como consecuencia de lo anterior, como ya le hemosavenado, la Empresa lamenta tener que comunicarle la extinción de su contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, con efectos al 8 de marzo de 2015, coincidiendo con la finalización del contrato al que usted estaba adscrito. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, se le hace saber que la indemnización legal que le corresponde percibir de 20 días de salario por año de servicio asciende a, salvo error u omisión, DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS CON SETENTA Y UN EURO (2.876,71 €) que se pone a su disposición mediante talón de BANCA MARCH número 0049726.5 bancario de manera conjunta con la presente carta. De la misma forma, le participamos que tendrá a su disposición la liquidación de haberes que le pudiere corresponder a la fecha del cese de 08 de marzo de 2015. Finalmente, ponernos en su conocimiento que, a los efectos legales oportunos, se entregará una copia de la presente comunicación a la representación legal de los trabajadores".

6º.- La citada indemnización fue abonada a la trabajadora. Asimismo la comunicación de cese fue notificada al Comité de empresa del centro de Madrid, anotándose por el Sr D. José Balbino, entonces gerente de la empresa de manera manuscrita que por el Comité de empresa de Erandio se negó la recepción de la carta de extinción.

7º.- Con la misma fecha se extinguieron por causas objetivas otros 10 contratos de trabajo.

9º.- Con posterioridad el centro de trabajo de Erandio ha sido cerrado resolviéndose el contrato de arrendamiento con efectos del 1-7-2015.

10º.- En marzo de 2012 se inició por parte del Sindicato ELA un procedimiento de Conflicto Colectivo en el que se propugnaba el reconocimiento de la aplicabilidad a los trabajadores del centro de Bizkaia el Convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia en lugar del Convenio estatal de Consultoría, Estudios de Mercado y de la Opinión Pública (BOE de 4-4-2009). Se dictó con fecha 26-3-2013 Sentencia (que devino firme) por el TSJ del País Vasco en la que se declaraba que el convenio de aplicación era el de oficinas y Despachos de Bizkaia.

11º.- Por la actora y otros empleados formularon el 24 de febrero de 2015 demanda en reclamación de diferencias retributivas por aplicación del citado convenio provincial en el periodo de enero a diciembre de 2014. No consta que se le abonara la retribución conforme al salario del Convenio provincial en el periodo anterior. Se han seguido otros procedimientos en reclamaciones salariales derivadas de la no aplicación por la empresa del CCo provincial de oficinas y despachos de Bizkaia (social nº 9) instada en fecha 6-5-2015 con sentencia estimatoria de 25-2-2015.

12º.- Iniciado el 25-11-2013 expediente de suspensión temporal de contratos de trabajo, empresa y representación de los trabajadores alcanzaron un acuerdo el 19-12-2013 consistente en aplicar la medida de suspensión temporal del contrato de trabajo de un máximo de 47 trabajadores 3 en el centro de Bilbao de entre el 1-1-2014 al 31-3-2015 sin que conste que la demandante estuviera afectada.

13º.- Con fecha 26-3-2015 se interpuso por la actora papeleta de conciliación previa celebrándose acto de conciliación previa sin avenencia el 17-4-2015".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 2 de noviembre de 2016, en la que consta



la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación formulado en nombre de Axpe Consulting, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbao en los autos 343/2015 seguidos ante el mismo y en los que también es parte doña Luisa y el Fondo de Garantía Salarial. En su consecuencia, confirmamos la misma. Condenamos a las costas del recurso a la parte recurrente, que deberá abonar quinientos euros en concepto de honorarios de la letrada de la parte impugnante de su recurso, abogada señora doña Naiara Olaskoaga Bereziartua. Acordamos la pérdida y destino legal del depósito necesario para recurrir y la pérdida y mantenimiento de la afección al cumplimiento del fallo recurrido de la consignación realizada en relación a la cantidad fijada en el fallo recurrido".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Vázquez Ruiz, en representación de la mercantil Axpe Consulting, S.L. (AXPE), mediante escrito de 5 de enero de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 1 de junio de 2015 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) de 18 de diciembre de 2014. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 53.1.b) y 86.3 ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de mayo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 24 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate.

Al hilo de la calificación que merezca un despido objetivo se discute sobre las consecuencias de que un convenio colectivo pierda su vigencia y no haya otro de ámbito superior que pueda aplicarse. Se discute si opera la previsión del artículo 86.3 ET ("Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación"), o si, por el contrario, se prescinde de tal previsión y se sigue aplicando el convenio anterior.

El asunto es similar a los resueltos por las SSTs 587/2018 de 5 junio (rec. 364/2017); 588/2018 de 5 junio (rec. 427/2017); 603/2018 de 7 junio (rec. 663/2017); 657/2018 de 21 junio (rec. 2602/2016); 703/2018 de 3 julio (rec. 1300/2017); 724/2018 de 10 julio (rec. 2730/2016) y 809/2018 de 5 julio (rec. 664/2017). Por elementales razones de aplicación igual de la ley y de seguridad jurídica, con las lógicas adaptaciones al caso, vamos a reiterar cuanto allí se dice.

1. Datos relevantes del litigio suscitado.

A) La trabajadora demandante pertenece a la plantilla de AXPE CONSULTING S.L. y ha sido despedida por causas objetivas, junto con otras diez personas. Ha percibido la indemnización calculada por la empresa (2.876,71 euros) a tenor de las retribuciones contempladas en el Convenio Colectivo Estatal de Consultoría, Estudios de Mercado y de la Opinión Pública.

B) Axpe venía aplicando el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercados y de la Opinión Pública hasta que la STSJ País Vasco de 26 de marzo de 2013 (rec. 444/13; conflicto colectivo) declaró que el convenio colectivo de aplicación era el de Oficinas y Despachos de Bizkaia. Éste contenía una referencia en su artículo 3 sobre vigencia, prórroga y denuncia en la que contemplaba se entendería denunciado el 15 de diciembre de 2012, sin que haya existido pacto de ultra actividad.

Planteado conflicto colectivo para que se declarase que subsistía su vigencia, por sentencia del Juzgado de lo Social de 23 de julio de 2014 se estimó que no se podía juzgar la cuestión por inadecuación de procedimiento, decisión confirmada por STSJ del País Vasco de 10/2/2015.

C) Con fecha 6 de abril de 2016 la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao considera que las condiciones retributivas aplicables para calcular la indemnización son las contempladas en el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Vizcaya. Al no haberlo hecho así la empresa incurre en error inexcusable, causa de la referida calificación de improcedencia. Califica el despido de la trabajadora como improcedente y condena a la empresa a readmitirla o pagarle la indemnización correspondiente (6.088,87 euros).



D) Disconforme con la sentencia del Juzgado, la empresa interpone recurso de suplicación. Considera que se infringe el régimen de ultraactividad previsto en el artículo 86.3 ET. Asimismo denuncia que la sentencia ignora la doctrina sobre el error excusable en el cálculo de la indemnización por despido.

2. Sentencia recurrida.

La STSJ País Vasco de 2 noviembre 2016 (rec. 1981/2016) desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa.

Señala que, con arreglo a otras sentencias anteriores de la propia Sala que cita y, en particular, la reseñada sentencia firme de conflicto colectivo de 26 de marzo de 2013 (rec. 444/2013) la empresa debió calcular el salario regulador del despido con arreglo al fijado en el convenio de Vizcaya y no con arreglo al establecido en el estatal.

Por tanto, el salario inferior tenido en cuenta por la empresa para fijar la indemnización por despido no se debe a la dificultad jurídica de determinar el convenio aplicable, sino a la voluntad de abonar un salario inferior al que correspondía a la actora pese a los pronunciamientos judiciales recaídos, y por esa razón, el error es inexcusable y el despido improcedente.

3. Recurso de casación.

Con fecha 5 de enero de 2017 la Abogada y representante de la empresa recurre en casación para la unificación de doctrina alegando dos puntos de contradicción, acompañados de sendas sentencias de contraste.

El primer motivo denuncia la ultraactividad aplicada a efectos retributivos del Convenio colectivo de Vizcaya, ya denunciado y derogado, en lugar del convenio de ámbito superior vigente.

Con carácter subsidiario desarrolla un segundo motivo, ordenado a defender el carácter excusable del error cometido al calcular la indemnización por despido.

4. Impugnación al recurso e Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 23 de marzo de 2017 la Abogada y representante de la trabajadora presenta escrito de impugnación al recurso.

Examina las sentencias de contraste en los dos motivos del recurso, poniendo de relieve lo que considera diferencias que rompen la contradicción e impiden examinar el fondo del asunto. Además, expone diversos argumentos por los que considera acertada la solución acogida por la sentencia recurrida.

B) Con fecha 13 de julio de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe previsto por el artículo 226.3 LRJS.

Considera que no concurre la contradicción. Además, a la vista de la doctrina sobre contractualización de las condiciones laborales acuñada en la STS 22 diciembre 2014 (rec. 264/2014) considera que el recurso debe fracasar.

5. Estructura de nuestra sentencia.

Puesto que el segundo de los motivos de recurso aparece formulado con carácter subsidiario y no refiere directamente a la vulneración de derechos fundamentales, vamos a examinar el primero de los motivos. Si prospera es evidente que el segundo queda sin objeto, mientras que en caso contrario procederemos a su estudio.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción (Primer motivo).

La contradicción entre sentencias constituye un presupuesto procesal de orden público, cuya concurrencia debemos controlar incluso de oficio por así quererlo el artículo 219 y concordantes e la LRJS. Adicionalmente, en el presente caso ha sido cuestionada por la impugnación al recurso y el Informe del Ministerio Fiscal, de modo que su análisis resulta prioritario.

En este punto vamos a seguir también el criterio acogido por las sentencias anteriores que se han ocupado de recursos análogos.

1. Exigencia legal y jurisprudencial.

El artículo 219 LRJS 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".

Como venimos reiterando indefectiblemente, 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.

2. Sentencia de contraste.

A efectos referenciales, el primer motivo de recurso identifica la STSJ País Vasco de 1 de junio de 2015 (rec. 821/2015).

La sentencia estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Tximela SA y desestimó el interpuesto por D. Lorenzo, 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 D. Lorenzo, en representación del Sindicato LAB, frente a Tximela SA, revocando la resolución de instancia y desestimando la demanda.

Los hechos de la citada sentencia son como siguen: 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", aún 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.

3. Consideraciones específicas.

A pesar de las diferencias fácticas existentes, y siguiendo el criterio de recursos previos iguales al actual en cuanto a la cuestión suscitada, sentencia de contraste y empresa demandada, consideramos que concurre el presupuesto exigido legalmente. Debemos reiterar ahora lo expuesto en las sentencias citadas al principio de esta Fundamentación; la primera de ellas argumenta así:

"A pesar de las diferencias fácticas existentes, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal y siguiendo el criterio de recursos previos iguales al actual en cuanto a la cuestión suscitada, 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, habida cuenta de que la cuestión ni se planteó en la instancia, ni se alegó en el recurso de suplicación".

"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.- Consecuencias del fin de la ultra actividad.



La cuestión suscitada por el primer motivo del recurso requiere determinar si las condiciones laborales de un Convenio Colectivo fenecido, habiendo transcurrido el plazo de un año desde su denuncia, sin que se haya acordado un nuevo Convenio, continúan rigiendo las relaciones laborales de los incluidos en su ámbito de aplicación cuando existe un Convenio de ámbito superior aplicable.

1. Precedentes indirectos.

Antes de que las SSTS 587/2018 de 5 junio (rec. 364/2017); 588/2018 de 5 junio (rec. 427/2017); 603/2018 de 7 junio (rec. 663/2017); 657/2018 de 21 junio (rec. 2602/2016); 703/2018 de 3 julio (rec. 1300/2017); 724/2018 de 10 julio (rec. 2730/2016) y 809/2018 de 5 julio (rec. 664/2017) abordaran frontalmente la cuestión, en algunos supuestos ya había aparecido de manera tangencial.

A) La STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014; *Atese*), cuando establece la contractualización de las condiciones establecidas en el convenio que perdía su vigencia, lo hace, precisamente en un supuesto en el que no existía convenio colectivo de ámbito superior que resultase de aplicación. En todo caso, al abrazar la tesis "conservacionistas" se realizan unas manifestaciones que han podido dar pie a interpretaciones como la sostenida por el Ministerio Fiscal. Recordemos el pasaje argumental de referencia, en su Fundamento Tercero, subrayando ahora un par de expresiones:

"Es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente".

"[...] Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aún habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello' no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito del colectivo, como establece el art. 89.1 ET".

Por tanto: la propia sentencia que está en la génesis de la doctrina sobre contractualización acogida por la sentencia recurrida advierte que las condiciones incorporadas al contrato de trabajo experimentan "la evolución correspondiente" y que la transformación de lo que establece el convenio en contenido contractual opera "si no hay otro de ámbito superior".

Bien puede decirse que, de manera implícita la sentencia admite que la referida contractualización solo despliega su virtualidad cuando el convenio cuya vigencia expira no contiene pacto sobre el particular y tampoco hay otro de ámbito superior que resulte aplicable.

B) 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.

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.

C) 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.

D) Nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014, se enfrentó, claramente, a un supuesto -similar al presente- en el que lo que se pretendía 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 proclamó, 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 aplicó tal doctrina porque entendió que el convenio cuya aplicación se pretendía no era "un convenio de ámbito superior que resulte de aplicación", porque lo que se pretendía en el caso es considerar como tal a un convenio colectivo que nada tenía que ver con la actividad que cubría el convenio que perdió la vigencia.

2. Doctrina sentada por las sentencias de Pleno en mayo de 2018.

Como venimos reiterando, una cuestión idéntica a la presente (con igual empresa afectada ha sido ya resuelta por las sentencias de junio y julio de 2018 mencionadas al principio de nuestra Fundamentación. Reproduzcamos el Fundamento de Derecho Cuarto de la primera de ellas:

"La regla de la ultraactividad está 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".

CUARTO.- Resolución.

Consecuentemente, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, por lo que se impone la estimación del recurso formulado por la representación de AXPE CONSULTING SL y la revocación de la sentencia recurrida en el extremo sobre el que se proyecta tal doctrina, atinente a la cobertura convencional que incide en la indemnización que debió percibir la trabajadora.

Cuanto se deja razonado conduce a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Axpe Consulting SL. Debemos casar y anular la sentencia impugnada para dictar otra, en su lugar, en la que resolviendo el debate de suplicación estimamos el recurso de tal clase formulado por la empresa demandada en lo que respecta al salario regulador de la indemnización por despido fijando como tal el establecido para la categoría profesional de la actora en el Convenio Colectivo estatal de Consultorías, Estudios de Mercado y de la Opinión Pública por el que era retribuida en el momento de su cese, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos.

Puesto que la empresa ha calculado la indemnización por despido objetivo con arreglo al convenio colectivo aplicable en el momento de la extinción contractual y la ha abonado, no existiendo otros motivos de censura pendientes de revisión, la consecuencia obligada es la declaración del despido como procedente y consiguiente desestimación de la demanda, con absolución a la mercantil frente a la que se presentó.

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), representada y defendida por el Letrado Sr. Vázquez Ruiz.
- 2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de noviembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 1981/2016.
- 3) Resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase formulado por la empresa demandada.
- 4) Revocar la sentencia de 6 de abril de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en los autos nº 659/2016, en autos seguidos a instancia de D^a Luisa contra dicha recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido y declarar que el salario regulador del despido ha de ser el de aplicación conforme al Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría, estudios de mercado y de la opinión pública.
- 5) Desestimar la demanda de despido interpuesta por la trabajadora, absolviendo a la demandada de las peticiones formuladas en su contra.
- 6) No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.
- 7) Ordenar la devolución del depósito y de las consignaciones efectuadas para recurrir

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

Así se acuerda y firma.