



Roj: **STS 1665/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1665**

Id Cendoj: **28079140012021100397**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2021**

Nº de Recurso: **169/2019**

Nº de Resolución: **449/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1493/2019,**
STS 1665/2021

CASACION núm.: 169/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 449/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 28 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Novaltia Sociedad Cooperativa, representada y asistida por la letrada D.^a Patricia Vicén Quilis contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el procedimiento 9/2019, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia del Sindicato ELA contra Novaltia Sociedad Cooperativa, Unión Sindical Obrera (USO) y el Comité de empresa de Novaltia, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Sindicato ELA representado y asistido por el letrado D. Arkaitz Herreros Garai.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del Sindicato ELA se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que:



"estimando la demanda se declare: a) La existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por parte de la empresa demandada NOVALTIA S.COOP., declarando que la misma es NULA o subsidiariamente NO AJUSTADA A DERECHO, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración y a reponer a las y los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Gasteiz-Vitoria de la empresa Novaltia a reponerles en sus anteriores condiciones de trabajo, en relación a la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Cooperativa Farmacéutica Vascongada S.C.L. Vascofar. b) Subsidiariamente se declare que se ha procedido a inaplicar por parte de la empresa NOVALTIA S.COOP el convenio colectivo de empresa, declarando tal decisión como NULA o subsidiariamente NO AJUSTADA A DERECHO, condenando a la empresa a reponer las y los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Gasteiz-Vitoria de la empresa Novaltia a reponerles en sus anteriores condiciones de trabajo, en relación a la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Cooperativa Farmacéutica Vascongada S.C.L. Vascofar."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 28 de mayo de 2019 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando la demanda sobre conflicto colectivo interpuesta por la Confederación Sindical ELA frente a la empresa Novaltia Sociedad Cooperativa, el sindicato USO y los representantes de los trabajadores afectados (Comité de Empresa del centro de Zarátamo y la delegada de personal del centro de Vitoria- Gasteiz), declaramos nula la decisión empresarial comunicada 14 de febrero de 2019 por Novaltia S. Coop. a los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz, condenando a la empresa a reponer a los afectados en sus anteriores condiciones de trabajo con aplicación del Convenio Colectivo de Cooperativa Farmacéutica Vascongada SCL (Vascofar)."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores de los centros de trabajo en el País Vasco de la empresa Novaltia S. Coop., sitos en Zarátamo (Bizkaia), en el que la que el Comité de Empresa está formada 5 representantes (3 de ELA, 1 de USO y otro actualmente vacante), y Vitoria-Gasteiz (Araba), con una delegada de personal del sindicato ELA.

SEGUNDO.- Con fecha 16.9.2013 se otorgó escritura notarial por la que se declara la fusión por absorción de Cooperativa Farmacéutica Vascongada S. Coop. (Vascofar) - cooperativa absorbida- por Cooperativa Farmacéutica Aragonesa S. Coop. (Aragofar) -cooperativa absorbente-, cambiándose la denominación social de esta última, que pasa a ser Novaltia S. Coop.

El 11.6.2013 las empresas Vascofar y Aragofar comunicaron a las representaciones legales de sus trabajadores la fusión por absorción a la que se iba a proceder, que fue aprobada por los respectivos Consejos Rectores en reuniones de 15 y 16 de mayo de 2013.

Con fecha 11.2.2014 Novaltia comunicó a los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz que por aplicación del art. 44 del ET las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la fusión seguirían rigiéndose por el convenio colectivo y acuerdos que en el momento de producirse fueran de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, manteniéndose hasta la fecha de expiración del convenio colectivo o acuerdos de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo aplicable a la entidad económica transmitida.

TERCERO.- A los trabajadores de los centros de trabajo de Zaragoza y Calatayud, provenientes Aragofar, se les ha venido aplicando el Convenio Colectivo Estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, mientras que a los trabajadores de los centros de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz, provenientes de Vascofar, después de la fusión se les ha seguido aplicando el Convenio Colectivo de la empresa de procedencia, cuya Comisión Negociadora (integrada por el apoderado de Vascofar y los representantes legales de sus trabajadores de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz) se constituyó el 12.2.2013, culminando las negociaciones el 22.4.2013 con firma del Convenio Colectivo y acuerdo de su presentación ante la Autoridad Laboral competente para su registro y publicación (las negociaciones se desarrollaron en el contexto de un ERE, habiendo precedido a la constitución de la comisión negociadora del convenio, en los meses de enero y febrero, reuniones entre las mismas partes con participación de asesores externos).

El Convenio Colectivo de Vascofar, que fue publicado en el BOPV de 13.2.2014, en su art. 4 dispone que " *El presente Convenio tendrá una duración de 5 años, comenzando su vigencia a todos los efectos el día 1 de enero de 2013 y finalizando el 31 de diciembre de 2017. Se acuerda expresamente, a los efectos de lo dispuesto en el art. 86.3 ET, que una vez denunciado y concluida la duración pactada, se mantendrá la vigencia del convenio hasta la suscripción por ambas partes de otro que lo sustituya.*



CUARTO.- El 5.2.2018 el Comité de Empresa de Zarátamo presentó escrito a Novaltia denunciando el Convenio Colectivo de Vascofar, procediendo Novaltia a convocar a los representantes de los trabajadores para la negociación de un nuevo convenio, desarrollándose al efecto varias reuniones que dieron comienzo el 15.2.2018 con constitución de la comisión negociadora y a las que siguieron otras en los meses posteriores con intercambio de diferentes propuestas por ambas partes, dándose por finalizada la negociación por la parte empresarial el 14.2.2019.

QUINTO.- Novaltia el 14.2.2019 comunicó a los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz que con efectos del día 1.1.2018 las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a dichos centros pasaban a regirse por el Convenio Colectivo Estatal para el Comercio de Mayoristas Distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos debido al fin de la vigencia el 31.12.2017 del Convenio Colectivo de Vascofar que se les venía aplicando en virtud del art. 44.4 del ET, procediéndose a adaptar la estructura y los conceptos retributivos provenientes del convenio sectorial a partir de la nómina del mes de febrero de 2019 y con inclusión de un "complemento personal" como condición más beneficiosa a título personal, compensable y absorbible, por las diferencias que en cómputo anual pudieran resultar.

SEXTO.- Con posterioridad a la anterior comunicación a los trabajadores/as de los centros de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz se les aplica el Convenio Colectivo Estatal para el Comercio de Mayoristas Distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos, publicado en el BOE de 12.10.2017 y con vigencia desde el 1.1.2017 hasta el 31.12.2018.

SÉPTIMO.- Por el sindicato ELA se presenta solicitud de conciliación previa ante el PRECO el 14.3.2019."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de Novaltia Sociedad Cooperativa, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte recurrida el Sindicato ELA, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de marzo de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la Confederación Sindical ELA se formula demanda de Conflicto Colectivo frente a la empresa Novaltia Sociedad Cooperativa, y frente a la Unión Sindical Obrera (USO) y el Comité de Empresa, como partes interesadas, en la que se interesa se declare:

<< a) La existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por parte de la empresa demandada NOVALTIA S. COOP., declarando que la misma es nula o subsidiariamente no ajustada a derecho, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración y a reponer a las y los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Gasteiz-Vitoria de la empresa Novaltia a reponerles en sus anteriores condiciones de trabajo en relación a la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Cooperativa Farmacéutica Vascongada S.C.L. Vascofar.

b) Subsidiariamente se declare que se ha procedido a inaplicar por parte de la empresa NOVALTIA S.COOP el convenio colectivo de empresa, declarando tal decisión como Nula o subsidiariamente No ajustada a derecho, condenando a la empresa a reponer las y los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Gasteiz-Vitoria de la empresa Novaltia a reponerles en sus anteriores condiciones de trabajo, en relación a la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Cooperativa Farmacéutica Vascongada S.C.L. VASCOFAR.>>.

2.- En fecha 28 de mayo de 2019, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dicta sentencia en procedimiento seguido con el núm. 9/2019, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<<Que estimando la demanda sobre conflicto colectivo interpuesta por la Confederación Sindical ELA frente a la empresa Novaltia Sociedad Cooperativa, el sindicato USO y los representantes de los trabajadores afectados (Comité de Empresa del centro de Zarátamo y la delegada de personal del centro de Vitoria-Gasteiz), declaramos nula la decisión empresarial comunicada 14 de febrero de 2019 por Novaltia S. Coop. a los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz, condenando a la empresa a reponer a los afectados en sus anteriores condiciones de trabajo con aplicación del Convenio Colectivo de Cooperativa Farmacéutica Vascongada SCL (Vascofar).>>.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia, interpone recurso de casación la representación de la empresa NOVALTIA SOCIEDAD COOPERATIVA, articulando dos motivos de recurso.



El primero se formula al amparo del art. 207 d) de la LRJS, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, interesando la adición de un nuevo hecho probado octavo, para el que propone el siguiente redactado:

<<" OCTAVO.- En fecha 26 de marzo de 2019 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia número 628/2019 en conflicto colectivo interpuesto por la Confederación Sindical ELA frente a las mismas partes en el que se reclamaba el derecho al percibo del plus de productividad regulado en el convenio colectivo de Vascofar. La citada sentencia señala que "la pérdida de vigencia de aquel convenio, estrictamente empresarial, con la comunicación y efectos de la exigencia de aplicación del nuevo convenio colectivo estatal-sectorial, que aparentemente no prevé el devengo del plus de productividad, supondría a todos los efectos, una inexigibilidad actual a partir de la vigencia y nueva aplicación de dicho convenio colectivo estatal-sectorial (al menos a partir del año 2018 y 2019 en nuestro supuesto de autos)".>>

En apoyo de tal pretensión, designa el documento núm. 1 de la parte demandada (folios 213 a 232 de los autos), consistente en la sentencia núm. 628/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de marzo de 2019, en procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por la Confederación Sindical ELA frente a NOALTIA, en reclamación del plus de productividad previsto en el convenio colectivo de VASCOFAR.

2.- Es reiterada la doctrina de esta Sala IV/TS, recordada entre otras en las recientes SSTs de 6 de noviembre de 2020 (rco. 7/2019) y 25 de enero de 2021 (rco.125/2020), los requisitos para que prospere la revisión fáctica los establece esta Sala IV/TS señalando:

<< En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015)y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".>>

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones . La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

- Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.
- Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.
- Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
- Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
- Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
- Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.



- Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial, por expreso mandato de la LRJS. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.>>

En el presente caso, aplicada la doctrina señalada, la adición postulada, ajena al presente procedimiento, es intrascendente y ninguna influencia puede tener para el fallo, por lo que ha de rechazarse la pretensión. Ello sin perjuicio de que la referida sentencia, al momento de interponerse el presente recurso no era firme, en tanto que estaba recurrida en casación por ELA, cuestionando exclusivamente la procedencia del plus de productividad a la situación allí planteada, recurso que fue desestimado por sentencia de esta Sala IV/TS de 14 de octubre de 2020 (rco. 125/2019).

TERCERO.- 1.- El segundo motivo se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, denunciando la infracción de lo dispuesto en el art. 44.4 ET, y jurisprudencia aplicable.

Para la resolución del caso debe partirse de los propios hechos declarados probados, de los que cabe resaltar:

- << SEGUNDO.- Con fecha 16.9.2013 se otorgó escritura notarial por la que se declara la fusión por absorción de Cooperativa Farmacéutica Vascongada S. Coop. (Vascofar) - cooperativa absorbida- por Cooperativa Farmacéutica Aragonesa S. Coop. (Aragofar) -cooperativa absorbente-, cambiándose la denominación social de esta última, que pasa a ser Novaltia S. Coop.

- El 11.6.2013 las empresas Vascofar y Aragofar comunicaron a las representaciones legales de sus trabajadores la fusión por absorción a la que se iba a proceder, que fue aprobada por los respectivos Consejos Rectores en reuniones de 15 y 16 de mayo de 2013.

- Con fecha 11.2.2014 Novaltia comunicó a los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz que por aplicación del *art. 44 del ET* las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la fusión seguirían rigiéndose por el convenio colectivo y acuerdos que en el momento de producirse fueran de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, manteniéndose hasta la fecha de expiración del convenio colectivo o acuerdos de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo aplicable a la entidad económica transmitida.

- TERCERO.- A los trabajadores de los centros de trabajo de Zaragoza y Calatayud, provenientes Aragofar, se les ha venido aplicando el Convenio Colectivo Estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, mientras que a los trabajadores de los centros de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz, provenientes de Vascofar, después de la fusión se les ha seguido aplicando el Convenio Colectivo de la empresa de procedencia, cuya Comisión Negociadora (integrada por el apoderado de Vascofar y los representantes legales de sus trabajadores de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz) se constituyó el 12.2.2013, culminando las negociaciones el 22.4.2013 con firma del Convenio Colectivo y acuerdo de su presentación ante la Autoridad Laboral competente para su registro y publicación (las negociaciones se desarrollaron en el contexto de un ERE, habiendo precedido a la constitución de la comisión negociadora del convenio, en los meses de enero y febrero, reuniones entre las mismas partes con participación de asesores externos).

- El *Convenio Colectivo de Vascofar*, que fue publicado en el BOPV de 13.2.2014, en su art. 4 dispone que " *El presente Convenio tendrá una duración de 5 años, comenzando su vigencia a todos los efectos el día 1 de enero de 2013 y finalizando el 31 de diciembre de 2017. Se acuerda expresamente, a los efectos de lo dispuesto en el art. 86.3 ET, que una vez denunciado y concluida la duración pactada, se mantendrá la vigencia del convenio hasta la suscripción por ambas partes de otro que lo sustituya.*"

- CUARTO.- El 5.2.2018 el Comité de Empresa de Zarátamo presentó escrito a Novaltia denunciando el Convenio Colectivo de Vascofar, procediendo Novaltia a convocar a los representantes de los trabajadores



para la negociación de un nuevo convenio, desarrollándose al efecto varias reuniones que dieron comienzo el 15.2.2018 con constitución de la comisión negociadora y a las que siguieron otras en los meses posteriores con intercambio de diferentes propuestas por ambas partes, dándose por finalizada la negociación por la parte empresarial el 14.2.2019.

- QUINTO.- Novaltia el 14.2.2019 comunicó a los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz que con efectos del día 1.1.2018 las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a dichos centros pasaban a regirse por el Convenio Colectivo Estatal para el Comercio de Mayoristas Distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos debido al fin de la vigencia el 31.12.2017 del Convenio Colectivo de Vascofar que se les venía aplicando en virtud del *art. 44.4 del ET*, procediéndose a adaptar la estructura y los conceptos retributivos provenientes del convenio sectorial a partir de la nómina del mes de febrero de 2019 y con inclusión de un "complemento personal" como condición más beneficiosa a título personal, compensable y absorbible, por las diferencias que en cómputo anual pudieran resultar.

- SEXTO.- Con posterioridad a la anterior comunicación a los trabajadores/as de los centros de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz se les aplica el Convenio Colectivo Estatal para el Comercio de Mayoristas Distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos, publicado en el BOE de 12.10.2017 y con vigencia desde el 1.1.2017 hasta el 31.12.2018.>>

2.- Así pues, en el caso, consta acreditado que en fecha 16/09/2013 se produjo la fusión por absorción de la sociedad cooperativa Vascofar por Aragofar, pasando a tener la nueva denominación social de Novaltia S. Coop., y que la nueva sociedad derivada de la fusión comunicó a los representantes de los trabajadores que, por aplicación del *art. 44 del ET*, los trabajadores de los centros de trabajo de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz seguirían rigiéndose por el convenio colectivo y acuerdos que en el momento de producirse fueran de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, manteniéndose hasta la fecha de expiración del convenio colectivo o acuerdos de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo aplicable a la entidad económica transmitida, siéndoles aplicado por ello el Convenio Colectivo de la empresa Vascofar de la que provenían y que fue suscrito por las partes negociadoras (por el apoderado de Vascofar y los representantes legales de sus trabajadores de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz) ese mismo año, antes de que la fusión fuera efectiva.

Siendo que, conforme al *art. 44.4 pfo. 1 del ET* " *salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida* ", la aplicación a los trabajadores de los centros de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz del Convenio Colectivo de Vascofar con posterioridad a la fusión resultó ajustada a la anterior previsión legal, y ello no se cuestiona por las partes. La discrepancia viene cuando, estableciéndose en el segundo párrafo del mismo precepto que " *esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida* ", la empresa Novaltia el 14.2.2019 comunica que las relaciones laborales de los trabajadores de dichos centros de trabajo, con efectos desde el día 1.1.2018, pasarían a regirse por el Convenio Colectivo Estatal para el Comercio de Mayoristas Distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos debido al fin de la vigencia el 31.12.2017 del Convenio Colectivo de Vascofar.

El *art. 4 del Convenio Colectivo de Vascofar* señala que " *El presente Convenio tendrá una duración de 5 años, comenzando su vigencia a todos los efectos el día 1 de enero de 2013 y finalizando el 31 de diciembre de 2017* ", ahora bien, seguidamente señala que " *Se acuerda expresamente, a los efectos de lo dispuesto en el *art. 86.3 ET*, que una vez denunciado y concluida la duración pactada, se mantendrá la vigencia del convenio hasta la suscripción por ambas partes de otro que lo sustituya* ".

El 05/02/2018 se denunció el Convenio Colectivo de Vascofar, procediendo Novaltia a convocar a los representantes de los trabajadores para la negociación de un nuevo convenio, lo que tuvo lugar a partir del 15/02/2018 en que se constituyó la comisión negociadora, siguiendo reuniones en los meses posteriores, hasta el 14/02/2019, fecha en que la empresa da por finalizada la negociación transcurrido un año desde su inicio sin que se haya acordado un nuevo convenio.

CUARTO.- 1.- La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala IV/ TS, entre otras, en la sentencia de 14 de mayo de 2020 (rco. 218/2019), que reiterando doctrina precedente señala:

<< 1.- El artículo 44.4 ET tiene el siguiente tenor literal:

"Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados



por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida".

En lo que interesa al presente caso, el precepto legal obliga, así, a seguir aplicando tras la sucesión de empresa el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuera de aplicación entidad económica transferida, debiéndose mantener esta aplicación hasta la fecha de expiración de este convenio colectivo o hasta que entre en vigor otro convenio colectivo "nuevo" que resulte de aplicación a la entidad económica transferida.

Nuestra jurisprudencia ya ha establecido, de un lado, que, a estos efectos, un convenio prorrogado o ultraactivo es un convenio colectivo vigente. Y, de otro, que el convenio colectivo que resulte de aplicación a la entidad económica transmitida tiene que ser, en efecto, un "nuevo" convenio colectivo suscrito y publicado con posterioridad a la fecha de efectos de la transmisión de empresa, por lo que no es válido aplicar un convenio colectivo que estuviera en vigor en el momento de la sucesión.

Remitimos a nuestras sentencias de 22 de marzo de 2002 (rec. 1170/2001), 11 de octubre de 2002 (rec. 920/2002), 30 de septiembre de 2003 (rec. 88/2002), 24 de noviembre de 2005 (rec. 169/2004), 18 de septiembre de 2006 (rec. 91/2005), 12 de abril de 2011 (rec. 132/2010), 6 de octubre de 2015 (rec. 268/2014), 29 de marzo de 2017 (rec. 46/2016), 30 de enero de 2018 (rec. 9/2017), 27 junio 2018 (rec. 111/2017) y 24 de septiembre de 2018 (rec. 173/2017). A los efectos del presente recurso, particular interés tienen las SSTs 22 de marzo de 2002, 11 de octubre de 2002, 30 de septiembre de 2003, 12 de abril de 2011, 6 de octubre de 2015 y 30 de enero de 2018.

2.- En el presente supuesto se produjo una sucesión de empresa del artículo 44 ET con efectos de 1 de octubre de 2013. A los trabajadores que provenían de la empresa Siemens, S.A. y que se integraron en la nueva empresa SPPAL se le siguió aplicando el Convenio Colectivo de Siemens, primero el VIII y luego el IX, expirando la vigencia inicial de este último el 31 de diciembre de 2014, manteniéndose a partir de entonces en situación de prórroga (artículo 86.2 ET) o de ultraactividad (artículo 86.3 ET).

Pero, una vez que en enero de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el nuevo convenio colectivo provincial del metal, SPPAL comunicó a los trabajadores de Madrid que este sería el convenio colectivo de aplicación, en los términos que ya se han descrito.

A los trabajadores de los demás centros de trabajo distintos al de Madrid, se les comunicó, también en enero de 2016, que el convenio que se les aplicaría sería "el Convenio colectivo del Metal de la provincia correspondiente, siempre que este haya sido firmado y publicado con posterioridad a la fecha de efectos de su traspaso a SPPAL".

3.- Lo sucedido y la secuencia de los hechos hace ver que, en el presente caso, se han cumplido las previsiones del artículo 44.4 ET.

En efecto, tras la fecha de efectos de la sucesión de empresa (1 de octubre de 2013), las relaciones laborales de los trabajadores afectados siguieron rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión era aplicable a la entidad económica transmitida (el VIII Convenio Colectivo de Siemens, S.A., y luego, como consecuencia de sus retroactivos efectos a 1 de enero de 2013, por el IX Convenio Colectivo de Siemens, S.A.). Se cumplió, así, la previsión del primer párrafo del artículo 44.4 ET.

El IX Convenio Colectivo de Siemens, S.A. se prorrogó (artículo 86.2 ET) o pasó a situación de ultraactividad (artículo 86.3 ET), una vez expirada su vigencia inicial el 31 de diciembre de 2014. Por lo tanto, y conforme a nuestra jurisprudencia, el IX Convenio era en enero de 2016 un convenio colectivo vigente a los efectos del párrafo segundo del artículo 44 ET. No se había producido, así, el supuesto de hecho de la primera previsión del segundo párrafo del artículo 44.4 ET ("expiración del convenio colectivo de origen").

Lo que ocurre es que, tras publicarse en enero de 2016 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el nuevo convenio colectivo provincial del metal, SPPAL comunicó a los trabajadores de Madrid que este sería el convenio colectivo de aplicación. Y a los trabajadores de los demás centros de trabajo que no son el de Madrid, se les comunicó, también en enero de 2016, que el convenio que se les aplicaría sería el convenio colectivo del metal de la provincia correspondiente, siempre que este hubiera sido firmado y publicado con posterioridad a la fecha de efectos de su traspaso a SPPAL. En el centro de trabajo de Madrid en enero de 2016 o en las fechas correspondientes en los demás centros de trabajo, sí tuvo lugar, en consecuencia, el supuesto de hecho de la segunda previsión del segundo párrafo del artículo 44.4 ET ("entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte de aplicación a la entidad económica transmitida").



El recurso de casación afirma que no hay un nuevo convenio colectivo posterior a la sucesión aplicable a la entidad económica transmitida o a la totalidad de la empresa, añadiendo el recurso que ese convenio tiene que ser necesariamente un convenio colectivo de empresa sin que pueda tratarse de un convenio sectorial.

Pero resulta que sí existen nuevos convenios colectivos posteriores a la sucesión aplicables a la entidad económica transmitida (los convenios colectivos provinciales del metal), sin que sea exigible que ese convenio colectivo haya de ser necesariamente de empresa. El artículo 44.4 ET simplemente establece que se trate de "otro" convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

El recurso de casación alega la vigente prevalencia del convenio colectivo de empresa sobre el convenio colectivo sectorial. Pero la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio colectivo sectorial está actualmente establecida para el supuesto y para las materias contempladas en el artículo 84.2 ET, sin que pueda proyectarse sobre el artículo 44.4 ET que tiene una regulación propia, que se limita, como se acaba de decir, a referirse a "otro" convenio colectivo nuevo, sin especificar ni exigir que se trate de un convenio colectivo de empresa.

Tampoco exige el segundo párrafo del artículo 44.4 ET, como parece entender el recurso de AST, el acuerdo de la empresa con los representantes de los trabajadores para que ese otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida pase efectivamente a aplicarse a dicha entidad.

4.- Como lo sucedido y enjuiciado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional no ha sido sino la aplicación al supuesto de la segunda previsión del segundo párrafo del artículo 44.4 ET, no se ha tratado de una modificación sustancial de condiciones de trabajo realizada sin sujeción al artículo 41 ET, como alega el recurso de casación, y tampoco se ha producido actuación empresarial fraudulenta alguna, lo que no puede ocurrir cuando se actúa conforme a las previsiones legales vigentes. >>

Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, por cuanto además de concurrir las circunstancias precedentemente señaladas, deviene también aplicable la previsión prevista en el párrafo segundo del art. 44.4 ET, que establece una alternativa: "*Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida*":

El convenio colectivo de origen no ha expirado, puesto que se mantiene vigente en ultraactividad, pero sí concurre la segunda alternativa, al constar que con posterioridad a la fusión, ha entrado en vigor un nuevo convenio colectivo aplicable, cual es el Convenio Colectivo Estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, publicado en el BOE el 19 de octubre de 2017, con vigencia del 1 de enero de 2017 a 31 de diciembre de 2018, convenio que se viene aplicando a los trabajadores de la empresa absorbente (ARAGOFAR) de los centros de trabajo de Zaragoza y Calatayud.

La empresa comunicó a los representantes de los trabajadores procedentes de la empresa VASCOFAR, de los centros de Zarátamo y Vitoria-Gasteiz), que dichos centros pasaban a regirse por el referido convenio colectivo estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, con efectos del 1º de enero de 2018, es decir, a partir del fin de la vigencia del convenio de origen (31/12/2017) con lo cual se da cumplimiento a lo previsto en el art. 44.4 ET, sin que se aprecie en consecuencia, la infracción denunciada.

QUINTO.- Por cuanto antecede, ha de estimarse el recurso formulado por la empresa NOVALTIA SOCIEDAD COOPERATIVA, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, y en su consecuencia, procede casar y anular la sentencia de instancia, desestimando la demanda formulada.

Estando en el seno de un conflicto colectivo, la norma determina que cada parte se haga cargo de las costas causadas a su instancia (art. 235 LRJS).

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación formalizado por la Letrada Dña. Patricia Vicén Quilis, en nombre y representación de NOVALTIA SOCIEDAD COOPERATIVA.

2º.- Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 28 de mayo de 2019 [autos 9/2019] y desestimar la demanda formulada por la representación del Sindicato ELA, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.



3º.- Cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ