



Roj: **STS 3670/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3670**

Id Cendoj: **28079140012020100883**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2020**

Nº de Recurso: **125/2019**

Nº de Resolución: **919/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 813/2019,**  
**STS 3670/2020**

CASACION núm.: 125/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 919/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 14 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación formalizado por la representación procesal del Sindicato ELA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 26 de marzo de 2019 [autos 4/19], en actuaciones seguidas por Central Sindical ELA frente a NOVALTIA Sociedad Cooperativa, USO y Comité de Empresa, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada D.<sup>a</sup> Patricia Cintia Vicén Quilis en representación que ostenta de NOVALTIA Sociedad Cooperativa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por D.<sup>a</sup> Arkaitz Herreros Garai, Letrada, en representación de la Central Sindical ELA, se presentó demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: "Incumplido el artículo 11 del convenio que resulta de aplicación. El establecimiento del plus de productividad. El derecho al percibo del plus de productividad a los trabajadores



de NOVALTIA S. COOP. por haber presentado benéficos los años anteriores 2015, 2016, 2017 y 2018, con sus consecuencias inherentes. Que la citada declaración se extienda a los meses proporcionales de los años 2016, 2017 y 2018".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron admitidas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**TERCERO.-** Con fecha 26 de marzo de 2019, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimamos la demanda sobre conflicto colectivo interpuesta por la central sindical ELA/STV a la que se adhiere la central sindical USO, frente a la entidad NOVALTIA SDAD. COOP-, y Comité de empresa de dicha entidad, absolviendo a la demandada de todas las peticiones".

**CUARTO.-** En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El presente Conflicto Colectivo afecta únicamente al personal de la empresarial cooperativa demandada Novaltía, con centros de trabajo en Zarátamo y Vitoria. Se trata de una distribuidora farmacéutica constituida en el año 2013 de la fusión por absorción de Aragofar (Aragón; Zaragoza y Calatayud) y Vascofar, distribuidora del País Vasco. Según la parte demandante, la representación de los trabajadores en la empresarial Novaltía está formada por 5 representantes; 3 ELA, 1 USO y otro puesto actualmente vacante. Cada colectivo de trabajadores al respecto, ya sean de los centros de trabajo del País Vasco o de los de Aragón, cuenta con su respectiva representación legal de trabajadores, según las actas de escrutinios de cada centro. SEGUNDO.- A los trabajadores de la anterior y extinta cooperativa Vascofar les ha sido de aplicación el Convenio colectivo empresarial firmado en abril de 2013 con vigencia de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2017 (BOPV 13-02-2014), cuyo artículo 11 b), en lo referente al plus de productividad, constituirá el debate central de la temática jurídica. Dicho convenio colectivo empresarial se ha venido aplicando posteriormente a la fusión por absorción, en atención al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. TERCERO.- A los trabajadores de la cooperativa Aragofar se les ha venido aplicando el convenio colectivo estatal sectorial para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, cuya última aplicación normativa se contiene en el BOE de 19 de octubre de 2017, Resolución de 6 de octubre de 2017, con vigencia económica de 1 de enero de 2017, hasta al menos el 31 de diciembre de 2018, según su artículo 4. CUARTO.- La empresarial cooperativa NOVALTIA, según las cuentas anuales y los informes de gestión de los años 2015, 2016 y 2017, con previsión del 2018, habrá obtenido beneficios, pero los centros de trabajo correspondientes al País Vasco (Zarátamo y Vitoria), de la extinta Vascofar, fusionada han presentado pérdidas, de conformidad con las documentales contables aportadas por las contrapartes y que damos por reproducidas. QUINTO.- Los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo no han percibido el denominado plus de productividad en sus recibos salariales, más sin perjuicio de que ha existido entrega de retomos cooperativos para los socios cooperativistas. SEXTO.- Constan negociaciones existentes para con el Comité de Empresa de Zarátamo solicitando el plus de productividad a partir de octubre de 2017, con referencia, en el Acta de reunión de 16 de noviembre de 2017, a los motivos por los que no se ha negociado, hasta la fecha, la implantación del plus de productividad. Y nuevamente el Comité de Empresa el 5 de febrero de 2018 denunció el Convenio Colectivo de la empresa Vascofar con propuestas empresariales para el establecimiento de un futuro plus de productividad, que aparentemente han sido rechazadas por la parte laboral con finalización de la negociación colectiva. SEPTIMO.- La cooperativa Novaltía comunicó al Comité de Empresa de Zarátamo el 14 de febrero de 2019, que con efectos de 1 de enero de 2018, resultaba de aplicación el Convenio Colectivo estatal sectorial para el comercio de mayoristas, distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos. OCTAVO.- Existe Acta de encuentro de Conciliación en el CRL fechada el 14 de diciembre de 2017 y con el resultado de Sin Avenencia, aunque inexplicablemente en el hecho último de la demanda se cita el artículo 64.1, olvidándose del artículo 156.1 de la LRJS".

**QUINTO.-** En el recurso de casación formalizado por la representación procesal de la central sindical ELA, se consignaron los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del artículo 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia el error en la apreciación de la prueba interesando la modificación de los apartados segundo y sexto de los Hechos Probados de la Sentencia recurrida. SEGUNDO: Al amparo del artículo 207.e) del mismo cuerpo legal, se denuncia la infracción de los siguientes artículos: Artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en referencia a la aplicación supletoria del concepto de COSA JUZGADA, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, así como el artículo 400 del mismo texto legal.- Artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia que ha venido interpretando el mismo, en relación con el artículo 4 del Convenio colectivo de empresa Vascofar S. Coop, en relación al plus de productividad (ultra-actividad).- Infracción del artículo 11.b) del Convenio colectivo de empresa Vascofar S. Coop, en relación al plus de productividad.



**SEXTO.-** Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se presentó escrito a tal efecto por la Letrada D<sup>a</sup> Patricia Cintia Vicén Quilis en representación que ostenta de NOVALTIA Sociedad Cooperativa, siendo emitido informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SÉPTIMO.-** Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 14 de octubre de 2020, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La Central sindical ELA formula recurso de casación ordinaria frente a la sentencia que desestimó su demanda sobre conflicto colectivo, en solicitud de declaración de incumplimiento del art. 11 del convenio colectivo, del establecimiento del plus de productividad y el derecho al percibo de éste por los trabajadores de NOVALTIA SOCIEDAD COOPERATIVA en los periodos temporales que desglosa.

La sentencia recurrida sustentó dicha desestimación en la existencia de una fusión por absorción de Aragofar y Vascofar, que dio lugar a la empresarial Novaltía, siendo que a los trabajadores de la extinta Vascofar les resultaba de cobertura el convenio colectivo firmado en abril de 2013 y vigente hasta finales de 2017, cuyo art. 11 b) es el que configuró el plus de productividad demandado, mientras que a los de la cooperativa Aragofar se les ha venido aplicando el convenio colectivo estatal sectorial para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, con vigencia económica hasta al menos el 31.12.2018 (incombatido HP 3º). Argumentó la Sala de instancia que la obligación de subrogación no podía impedir una exigencia unificadora de las estructuras negociadas, y en concreto las salariales, pero respetando a los trabajadores subrogados provenientes de la absorbida las condiciones y convenios que regían sus relaciones laborales durante su vigencia o en fase de ultraactividad. De manera que, la pérdida de vigencia y la comunicación y efectos del nuevo convenio colectivo estatal-sectorial, determinaría la inexigibilidad del plus demandado en tanto que no previsto en el mismo. Y en lo que concierne a los periodos precedentes, su desestimación obedece a la inexistencia de la premisa habilitante: obtención de beneficios en los periodos y centros afectados.

**2.** El Ministerio Público ha informado la improcedencia del recurso, tanto en relación a la concurrencia de cosa juzgada, atendido en esencia su carácter novedoso, como respecto de la vulneración del art. 44.4 ET por razón similar. Adiciona la falta de cumplimiento de la condición que motiva en definitiva la denegación del pago del plus de productividad.

La impugnación de la representación de la entidad NOVALTIA lo es no sólo de las revisiones fácticas postuladas de contrario, sino también del fondo deducido, en base a aquella calificación de cuestión nueva del primer punto, y dada la inexistencia de los presupuestos para la obtención de plus demandado.

**SEGUNDO.- 1.** Procede en primer término conformar el capítulo fáctico. El recurrente denuncia error en la apreciación de la prueba con sustento en los documentos que relaciona. Ello afecta a los ordinales 2º y 6º.

- Respecto del primero, se postula su sustitución por el siguiente texto: "A los trabajadores de la anterior y extinta cooperativa Vascofar les ha sido de aplicación el Convenio colectivo empresarial firmado en abril de 2013 con vigencia de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2017 (BOPV 13-02-2014), cuyo artículo 11 b), en lo referente al plus de productividad, constituirá el debate central de la temática jurídica.- Dicho convenio colectivo contiene en su artículo 4 una cláusula de ultraactividad, con el siguiente tenor literal: 'Se acuerda expresamente, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 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'. (página 2 del Documento n.º 1 del ramo de prueba de la parte demandante).- El comité de empresa del centro de trabajo de Zaratamo, denunció el convenio colectivo, a lo que la empresa acusó recibo mediante escrito de 8 de febrero de 2018. (Documento n.º 9 del ramo de prueba de la parte demandante).- Que desde la denuncia del convenio, la representación de las y los trabajadores han venido manteniendo negociaciones para la renovación del convenio de empresa. Concretamente, se han sucedido las siguientes reuniones:

- 15 de febrero de 2018.

- 12 de abril de 2018.

- 2 de mayo de 2018.

- 17 de julio de 2018.

- 26 de octubre de 2018.

~ 14 de febrero de 2019.- Documento n.º 8 del ramo de prueba de la parte demandada, páginas 258 y siguientes).



Que la empresa Novaltia ha venido aplicando el convenio colectivo en fase de ultra-actividad a las y los trabajadores de los ceñiros de trabajo de Zaratamo y Vitoría-Gasteiz hasta el día 14 de febrero de 2019.- Que el día 5 de junio de 2018 se celebró ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de los de Bilbao (autos 1101/2017) vista oral en referencia a la aplicación del artículo 11 del Convenio Colectivo de empresa Vascofar, que tiene que ver con el establecimiento del plus de productividad. La empresa no se refirió a la inaplicación del convenio colectivo de empresa. Dicha sentencia, con número 222/2018, de 29 de junio de 2018, estimó íntegramente las pretensiones del Sindicato ELA, parte demandante en dicho procedimiento. (Documento n.º 12 del ramo de prueba de la parte demandante).- La Sentencia fue recurrida en suplicación, recayendo nuevamente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 16 de octubre de 2018, con número 1975/2018 (recurso de suplicación 1822/2018), que estimaba el recurso interpuesto por la representación empresarial, y en concreto, por resultar incompetente el Juzgado de lo Social, siendo competencia conocer sobre el asunto, en primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia, en este caso, del País Vasco. (Documento n.º 13 del ramo de prueba de la parte demandante).- En ninguno de los procedimientos, ni en primera ni en segunda instancia, se planteó la inaplicación del convenio colectivo de empresa".

Diversas consideraciones abocan al fracaso de la modificación propuesta. Así, no cabe incorporar aquellos pasajes consistentes en el contenido del convenio objeto de publicación oficial. Tampoco el iter procesal precedente al actual, y que fue objeto de corrección por vía de recurso, además de la configuración negativa y de carácter subjetivo de la conclusión que al efecto trata de extraer la parte. Por último, ya la actual resolución contiene la referencia a la existencia de negociaciones sobre el convenio.

Recordemos aquí las exigencias doctrinales en torno a los requisitos para articular la modificación del capítulo fáctico. Los viene reiterando esta Sala IV (entre otras muchas, las reflejamos en STS IV de 28.02.2019, rec 178/2017 o de 3.03.2020, rec 115/2018): "la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" ( STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente ( SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90 , o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar "de manera directa y evidente la equivocación del juzgador" pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha "por otros elementos probatorios unidos al proceso" por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" ( STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas)."

-También estima incorrecta el recurso la dicción del actual HP 6º. La modificación que peticiona es de este tenor (ordinales 6 y 6º bis): "SEXTO.- Constan negociaciones existentes para con el Comité de Empresa de Zaratamo solicitando el plus de productividad a partir de octubre de 2017, con referencia, en el Acta de reunión de 16 de noviembre de 2017, a los motivos por los que no se ha negociado, hasta la fecha, la implantación del plus de productividad.

SEXTO bis.- El Comité de empresa el 5 de febrero de 2018 denunció el Convenio colectivo de la empresa Vascofar.- El 15 de febrero de 2018, se constituyó la comisión negociadora del Convenio Colectivo de Empresa, realizándose las primeras propuestas por la parte sindical, que tratan sobre la vigencia temporal, renuncia de la empresa a la externalización de procesos, limitación de horas de trabajo anual y posibilidades de flexibilidad de Jornada, licencias retribuidas, propuesta salarial, incremento de vacaciones y devengo de pagas y complemento de enfermedad. (Documento n.º 8 del ramo de prueba de la parte demandada, folios 258 en adelante).

El 17 de mayo de 2018 se entregó por la representación de la empresa de una propuesta del texto del convenio colectivo." (Documento n.º. 8 del ramo de prueba de la parte demandada, folios 270 en adelante)".



Se impone respecto de estas revisiones la misma conclusión que la antes alcanzada, al no evidenciarse error en la actual declaración fáctica, extraída de la propia documental y testificales practicadas, sin que los datos nuevos atinentes al desglose de propuestas o del texto convencional resulten relevantes en orden a la adopción del correspondiente fallo.

Mantenemos en consecuencia el relato histórico de la sentencia impugnada.

**TERCERO.-** 1. El segundo motivo del recurso, amparado en el art. 207.e) LRJS, se subdivide en varios apartados.

- La vulneración normativa planteada en primer término alcanza a los arts. 400 y 222 de la LEC, en referencia a la aplicación supletoria del instituto de la cosa juzgada. La línea argumentativa tiene sustento en el dictado de la STSJ PV de 16.10.2018 sobre la que versó una de las revisiones propuestas (y no acogida), en el concreto extremo atinente a la falta de alegación empresarial sobre inaplicación del convenio.

El fracaso del basamento de hechos abocaría ya a la desestimación de este motivo. Se adicionan otras consideraciones que confluyen en idéntica conclusión: los antecedentes de hecho de la resolución impugnada relatan que aquel pronunciamiento lo fue de estimación de oficio de la falta de competencia de la Sala y del Juzgado para resolver el conflicto colectivo, en los términos que se dejan "imprejuzgados", enervando así la entrada en juego de la cosa juzgada, máxime cuando el recurrente pretendía que operase en relación a la ausencia de oposición o alegación empresarial acerca de la inaplicación convencional. El reverso de tal postura se situaría en la carencia de invocación en su propia demanda, lo que ha conllevado a calificar de novedosa, tanto por el Ministerio Fiscal como por la contraparte, la cuestión que se suscita en sede casacional, y ausente en la de instancia. Esa alegación, cuando es ajena al fundamento de la pretensión demandada "no puede ser analizada en este extraordinario recurso tal como reiteradamente viene señalando esta Sala [SSTS de 5 de febrero de 2010, Rcd. 531/2009), de 30 de marzo de 2010 ( Rcd. 1936/2009), 20 de enero de 2011 ( Rcd. 1724/2010 y 29 de junio de 201 (Rcd. 3282/2011), entre otras)" y recordamos en STS IV 11.02.2020, RC 149/2018.

- En el apartado B) de este motivo denuncia la parte recurrente la infracción del art. 44.4 ET y de la jurisprudencia que lo interpreta. También se entienden quebrantadas la jurisprudencia de este TS, respecto a la condición más beneficiosa, y de la doctrina del TC sobre los actos propios, en relación con el art. 41 ET, en el apartado C) del recurso, y por último (letra D) alega el recurrente que se ha infringido el art. 11. b) del Convenio Colectivo de empresa Vascofar S.Coop. sobre el plus de productividad.

2. El análisis de tales denuncias exige regresar al petitum de la demanda de conflicto colectivo y a los hechos y fundamentos que la sustentan. La parte actora postulaba una declaración de incumplimiento de aquel art. 11, el establecimiento del plus de productividad, el derecho a su percibo por los trabajadores de Novaltia por haber presentado beneficios, y que ello se extienda desde 2015 a 2018.

La necesaria sujeción al relato fáctico definitivamente conformado permite, en primer término, perfilar el ámbito de afectación del conflicto, en aras de evitar la confusión que una rápida lectura de aquel suplico provoca; dicho ámbito es "únicamente al personal de la empresarial cooperativa demandada, con centros de trabajo en Zarátamo y Vitoria". Se excluye así un eventual alcance a los trabajadores de la cooperativa Aragofar, respecto de los cuales el ordinal tercero declara probado, y, ya dijimos, no ha sido combatido, se viene aplicando el convenio colectivo estatal sectorial para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, con vigencia económica hasta al menos el 31.12.2018, y no el art. 11 de la normativa convencional ahora invocada.

Sucede así una situación singular: un proceso de fusión por absorción (HP 1º) de las empresas Aragofar y Vascofar que da lugar a la empresarial cooperativa denominada Novaltia en el año 2013, en la que, sin embargo, conviven los dos cuerpos convencionales identificados, que siguen rigiendo durante un largo periodo de tiempo las relaciones laborales de manera diversa para el ámbito territorial de cada una de las empresas objeto de dicha fusión.

En STS rec. 9/2017 recordamos que la fusión por absorción, de conformidad con el art. 23.2 la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y implica la adquisición por la sociedad absorbente de todo el patrimonio de la absorbida- lo que ha de implicar la sucesión en todos sus derechos y obligaciones, entre otros en los contratos de trabajo.

En consecuencia, no nos encontramos como pretenden los recurrentes ante un mero cambio de denominación, pues no puede negarse que nos encontramos ante una auténtica sucesión de empresa producida a través de la fusión por absorción. Ha de rechazarse por ello el argumento esencial del recurso, puesto que se ha producido una fusión por absorción lo que comporta la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida.



Plasmábamos también el criterio recogido en la STS/IV de 3-noviembre-2009 (rco. 134/2008): "debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Civil de este Tribunal Supremo declarativa de que mediante la fusión por absorción se extingue la entidad absorbida "cuyo patrimonio se transmite a la absorbente, la cual adquirió por sucesión universal los derechos y obligaciones de la misma" ( STS/I 9-octubre-2008 -recurso 2625/2001); que "en la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sean causa de extinción de las relaciones contractual, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión, como establece el art. 233, párrafo primero, de la vigente Ley de Sociedades Anónimas" ( SSTS/I 17-mayo-1999 -recurso 2752/1994 y 8-febrero-2007 -recurso 223/2000); distinguiéndolo de los supuestos de mera transformación societaria, señalando que "en los supuestos de transformación de una sociedad, en los que solo hay una modificación esencial de su estructura, un cambio en su organización, pero no un cambio en su personalidad jurídica, que sigue siendo una y la misma" ( STS/I 20-septiembre- 1993 -recurso 775/1997).

Acaece aquí esa extinción y cambio de la personalidad jurídica, pero, sin embargo, la estructura organizativa se mantiene en su anterior configuración y apareja un cuerpo convencional distinto para cada grupo de centros de trabajo que precedentemente conformaban dos empresas diferentes.

**3.** El ahora concernido integra el invocado art. 11, precepto que dispuso en su letra B), intitulado De calidad / cantidad de trabajo, lo que sigue: Plus de productividad: a partir del año 2014, la Dirección de la Empresa se compromete al establecimiento de un Plus de Productividad que será establecido en razón de las competencias -conocimientos, habilidades y actitudes- requeridas por el desarrollo de la actividad con criterios de calidad, eficacia y eficiencia. Este Plus de Productividad solo se devengará si la empresa ha declarado beneficios en el ejercicio económico del año anterior. En todo caso, el Plus de Productividad se devengará sólo los días de asistencia efectiva al trabajo, descontándose por lo tanto, la parte proporcional a los días de ausencia por cualquier causa.

Aquella declaración de hechos probados, sin embargo, no arroja ninguna luz acerca del establecimiento de dicho plus, ni de otro cumplimiento de sus condiciones ajeno al señalado en el ordinal 4º: la existencia de pérdidas en los centros de trabajo correspondientes al País Vasco (Zarátamo y Vitoria) de la extinta Vascofar. Esta premisa impide el reconocimiento peticionado en demanda, pues la dicción de la norma exige acreditar aquella declaración de beneficios en el ejercicio anterior, lo cual se niega en el relato fáctico.

Y la referencia que sí efectúa a la existencia de entregas de retornos cooperativos -excedente neto del ejercicio repartido entre los socios en proporción a las operaciones, actividades o servicios que hubieren realizado, una vez deducidas las dotaciones de fondos obligatorios- de la empresa nacida de la fusión, no cubre dicho requisito, contrariamente a lo sostenido por la recurrente.

El plus se contempla en el texto convencional de la empresa que fue objeto de absorción, cuyo ámbito territorial (art. 3º) abarcaba a los trabajadores de Vascofar en todos los Centros de Trabajo de la Empresa vinculados de acuerdo con lo previsto en el art.2.º, que a su vez dispuso que el convenio afectaría a todos los trabajadores que presten servicio en Vascofar a la entrada en vigor del mismo o que se contraten durante su vigencia, así como el personal eventual o interino.

Queda excluido del ámbito de aplicación del Convenio el personal calificado por la Empresa como de "Área directiva" o pueda ser asimilado temporalmente a la misma por la Dirección, previa notificación a los representantes de los trabajadores con un mínimo de 72 horas de antelación.

Esta concreta delimitación subjetiva y territorial, que operaría durante su periodo de vigencia -art. 4º (Ámbito temporal) 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 artículo 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-, enerva la utilización de un parámetro referencial ajeno al elegido por los propios negociadores. Los actores, que postulan una tesis divergente, sin embargo, luego sostienen el mantenimiento de las condiciones convencionales particulares hasta la negociación de un nuevo convenio. De otro modo: tratan de cohonestar la conservación de los derechos dimanantes de su convenio, precedente a la fusión, con la magnitud de la nueva empresa, ampliando unilateralmente el ámbito inicial del pacto en aras de obtener un beneficio específico y singular.



4. Las precedentes consideraciones permitirían ya cerrar la fundamentación desestimatoria que avanzamos, pues no es otro el sustento de la demanda. Faltando la condición o premisa convencional para el nacimiento del derecho al plus solicitado, no puede entenderse incumplido aquel art. 11 del pacto, ni cabe reconocer el derecho a su percibo por los trabajadores afectados por el conflicto. No obstante, hemos de efectuar alguna precisión adicional a fin de dar completa respuesta a las peticiones articuladas.

El suplico refería in genere la declaración del establecimiento del plus productividad, cuando el tenor literal del precepto lo configuró como un compromiso del empleador si acaecían las condiciones referidas, y, como hemos visto, aquí ausentes. Por otra parte, interesaba la extensión de sus consecuencias, respecto de un lapso (hasta 2018 dice aquél) en el que ya hubiera entrado en juego el análisis de la ultraactividad del convenio de la anterior y extinta cooperativa Vascofar, así como de las previsiones de aplicación más allá del límite legal - al señalar que lo sería hasta la suscripción de otro que lo sustituya-, sobre el que ninguna referencia siquiera sucinta efectúa el escrito de demanda. Defecto este último que determinaría irremediablemente la exclusión de su enjuiciamiento.

No obstante, la Sala de instancia desarrolló parte de su fundamentación en torno al art. 44.4 ET y a la jurisprudencia de esta Sala IV aplicando el principio de continuidad en las relaciones laborales. Refiere así el mantenimiento, tras la subrogación empresarial de aquellos derechos y obligaciones existentes en el momento de la integración, que estén consolidados y adquiridos e incorporados a su acervo patrimonial, pero sin que ello impida una regulación de futuro que busque la integración u homogeneidad. Correlativamente entiende que el convenio de la empresa fusionada se mantuvo, comprendiendo la regulación del art. 11, hasta que se produce la comunicación y efectos de aplicación del nuevo convenio colectivo estatal sectorial. El espacio temporal se refleja en el incombato HP 7º, declarando acreditado que la cooperativa Novaltia comunicó al Comité de Empresa de Zarátamo el 14 de febrero de 2019, que, con efectos de 1 de enero de 2018, resultaba de aplicación el Convenio Colectivo estatal sectorial para el comercio de mayoristas, distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos.

Con independencia de la adecuación doctrinal que pudiere observarse en el fundamento que desarrolla, deviene improcedente enjuiciar en esta Litis la sucesión convencional o los eventuales cambios de unidad negociadora, so pena de incurrir en incongruencia extra petita. La configuración de la demanda proscribese ese examen cuando se ciñe exclusivamente a la cobertura del art. 11 del convenio, por entender cumplida la condición económica para el devengo del plus, aduciendo en sus hechos a los beneficios de los ejercicios 2015 y 2016, pero sin mención alguna a los posteriores. Antes, al contrario, tras relatar en el hecho 9º los resultados de esas anualidades, en el décimo entiende que los trabajadores afectados ostentan el derecho al percibo del denominado plus de productividad así como la extensión de los efectos de la citada declaración con respecto a ejercicios anteriores.

Sorprendentemente, el suplico abarca hasta 2018, pero ni los hechos ni los fundamentos -estos fundamentos son del siguiente tenor literal: "Baso mi pretensión en la Constitución Española, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y demás normas de aplicación al caso." - de dicha demanda lo mencionan, enervando por tanto cualquier pronunciamiento sobre ese lapso en el que ya hubiera tenido cabida otro tipo de examen, análisis y consideraciones jurídicas (entre ellas otorgando la pertinente respuesta a la ahora referida sobre los actos propios), pero que exceden del diseño del litigio elegido por la parte en su demanda.

5. Por último, restaría una breve mención a la invocada condición más beneficiosa que tampoco apareció en ese escrito de demanda y cuyo carácter novedoso, por tanto, veta su análisis en fase casacional, Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial constante de este Tribunal Supremo, y en concreto de esta Sala de lo Social, sobre la inviabilidad en este recurso extraordinario de cuestiones nuevas, que desnaturalizarían su contenido casacional con afectación de los derechos de defensa de la otra u otras partes litigantes ( STS 20.12.2012, rec. 275/2011); se trataría de una inaceptable cuestión nueva, que debe rechazarse "por aplicación del principio de justicia rogada -epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal-, del que es consecuencia, así como por el carácter extraordinario del recurso de casación y por la garantía de defensa de las partes" (entre tantas otras, SSTS 19/02/09 -rcud 2748/07-; 18/06/12 -rco 221/10-; y 06/02/14 -rco 261/11-). (Citadas en STS 2.02.2015, rec. 279/2013).

**CUARTO.-** Conforme lo interesado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación formulado, declarando la firmeza de la sentencia impugnada.

Cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia (ex 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 Desestimar el recurso de casación formalizado por la representación procesal del Sindicato ELA declarando la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 26 de marzo de 2019 [autos 4/19] en materia de conflicto colectivo.

No procede efectuar declaración sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ