



Roj: **STSJ PV 814/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:814**

Id Cendoj: **48020340012016100468**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2016**

Nº de Recurso: **318/2016**

Nº de Resolución: **549/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 814/2016,**  
**STS 3282/2018**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación **318/2016**

**N.I.G. P.V. 48.04.4-15/003385**

**N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0003385**

**SENTENCIA Nº: 549/2016**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 15 de marzo de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Socorro contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 9 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 29 de septiembre de 2015, dictada en proceso sobre despido (DSP), y entablado por **la citada recurrente** frente a **AXPE CONSULTING SL y FOGASA**.

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dña. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO. La actora Doña Socorro, con DNI NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las órdenes de la demandada AXPE CONSULTING, S.L., con categoría profesional reconocida en nómina de operadora, antigüedad desde el 1/08/11 y salario bruto anual de 15.000 euros (1.250 x 12).

SEGUNDO. La relación laboral entre las partes se instrumentó a través de contrato de trabajo de duración determinada, otorgado el 1/08/11, para la prestación de servicios como operador informático, en la realización de la obra o servicio descrito como "atención telefónica y soporte en servicio para nuestro cliente Dpto. Interior Gobierno Vasco", con una duración pactada hasta fin de obra.



TERCERO. La actora prestaba servicios en el centro de trabajo de la empresa en Bizkaia.

CUARTO. Se tiene por expresamente reproducido el bloque documental aportado por la empresa como nº 13 de su ramo, y consistente en acuerdo suscrito el 18/03/11 por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco y la demandada, por el que se adjudica a AXPE CONSULTING, S.L. la ejecución del contrato 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 la Consejera de Seguridad de 15/03/13, obrando los documentos expresados en el citado bloque documental nº 13 de la empresa, que se da por íntegramente reproducido.

QUINTO. Abierto el correspondiente procedimiento de adjudicación el 30/04/14, mediante Orden de la Consejera de Seguridad de 30/01/15 (documento nº 10 de la empresa, que se da por íntegramente reproducido), se adjudicó el servicio de "soporte al Centro de Atención a Usuarios" a las empresas INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. y SERMICRO, S.A. UTE.

El Antecedente de Hecho decimocuarto de la Orden indicada, tiene el siguiente contenido:

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

SEXTO. AXPE CONSULTING, S.L. notificó a la actora comunicación extintiva por causas objetivas fechada el 20/02/15 y con efectos al 8/03/15, con el siguiente contenido:

"Muy señora nuestra:

La dirección de la empresa, de conformidad con lo establecido en los artículos 52.c) 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 08 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-240/2010), al cual usted está adscrito. A continuación, desarrollamos 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 año 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 finalizada dicha prórroga y tras el pertinente 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 1 de agosto 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 su puesto 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 adjudicataria 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, un excedente de plantilla que se concreta en los puestos de trabajo adscritos a dicho servicio, entre los que se encuentra el suyo, cuya amortización deviene en imprescindible para adecuar la estructura de la Empresa a las necesidades productivas actualmente concurrentes.

Como consecuencia de lo anterior, como ya le hemos avanzado, 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 NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO CON VEINTTUN EURO (2.945,21 euros) que se pone a su disposición mediante talón de BANCA MARCH número 0049725-4 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, ponemos en su conocimiento que, a los efectos legales oportunos, se entregará una copia de la presente comunicación a la representación legal de los trabajadores".

SÉPTIMO. La indemnización expresada en la carta fue abonada a la trabajadora. Asimismo, la comunicación de cese fue notificada al comité de empresa del centro de Madrid, constando (dentro del bloque documental nº 4 de AXPE CONSULTING, S.L.) anotación manuscrita fechada el 20/02/15 del encargado del centro de trabajo de Bilbao, Don Rosendo, en la que se hace constar que el comité de empresa del centro de trabajo de Erandio se niega a dar por recibida la comunicación.

OCTAVO. Con la misma fecha de efectos se procedió a extinguir por causas objetivas, además del de la demandante, otros 10 contratos de trabajo.

NOVENO. El centro de trabajo de la demandada en Bizkaia está cerrado, resolviéndose el contrato de arrendamiento con efectos al 1/07/15, teniéndose por íntegramente reproducidos los bloques documentales nº 15 y 16 de la empresa.

DÉCIMO. Se tiene por expresamente reproducida la STSJ PV 26/03/13 (recurso nº 444/13) aportada por la actora como documento nº 7 de su ramo dictada en autos de conflicto colectivo, por la que se declara que el convenio colectivo de aplicación a la empresa demandada es el de Oficinas y Despachos de Bizkaia.

Dicha resolución es firme.

UNDÉCIMO. Se tiene por expresamente reproducida la SJS nº 9 de Bilbao dictada el 25/02/15 en sus autos 446/14, aportada por la actora como documento nº 8 de su ramo dictada en autos de reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas de la aplicación del convenio expresado en el Hecho anterior durante el periodo Marzo 2011 a Diciembre de 2013, por la que se estima la demanda presentada, entre otros trabajadores de la empresa, por la actora y en cuyo Hecho Probado Cuarto se consigna, a los efectos de interés actual, que, en aplicación de las disposiciones del convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, el salario de la trabajadora debería ser de 1.537,06 euros brutos mensuales con inclusión de prorratas.

Las partes no discuten que dicha resolución ha sido recurrida en suplicación por AXPE CONSULTING, S.L. exclusivamente en relación a la excepción de prescripción opuesta por la empresa y desestimada en la instancia.

DUODÉCIMO. Asimismo, consta (documento nº 9 de la trabajadora) que la actora ha interpuesto el 24/02/15, junto a otros trabajadores nueva demanda en reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas de la aplicación del convenio expresado en el Hecho Octavo Enero 2014 a Diciembre de 2014, dando lugar a



los autos 176/15 del JS nº 5 de Bilbao, encontrándose pendientes de la celebración de conciliación y, en su caso, juicio.

DECIMOTERCERO. Mediante SJS nº 10 de Bilbao dictada el 23/07/14 en sus autos de conflicto colectivo 101/14, se desestimó la demanda formulada por CCOO y UGT frente a CEBEK, ELA y LAB en reclamación de que se declarase vigente el convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia 2009-2012, acogiendo la excepción de inadecuación de procedimiento.

La sentencia de instancia fue confirmada por STSJPV 10/02/15 dictada en recurso 85/15, se confirmó la SJS nº 10, encontrándose actualmente recurrida en casación.

DECIMOCUARTO. Obra en autos como documento nº 11 de la parte actora, Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia 2009-2012, publicado en el B.O.B. 6/06/11 cuyo contenido se tiene por expresa e íntegramente reproducido si bien, a los efectos de interés actual, su artículo 3 tiene el siguiente tenor literal:

"Vigencia, Prórroga y Denuncia.

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

DECIMOQUINTO. Iniciado el 25/11/13 expediente de suspensión temporal de contratos de trabajo, empresa y representación de los trabajadores alcanzaron acuerdo el 19/12/13, consistente en aplicar la medida de suspensión temporal del contrato de trabajo de un máximo de 47 trabajadores (44 del centro de trabajo de Madrid y 3 del centro de trabajo de Bilbao) entre el 1/01/14 y el 31/03/15.

DECIMOSEXTO. Se tiene por expresamente reproducido informe de afiliados remitido por la TGSS con fecha 6/08/15 y unido a las actuaciones.

DECIMOSÉPTIMO. La demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DECIMOCTAVO. El 26/03/15 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto el 17/04/15, con el resultado de terminado sin avenencia."

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda deducida por Socorro contra AXPE CONSULTING SL y FOGASA, debo declarar y declaro la procedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral con efectos al 8/03/15. "

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** Varias son las cuestiones sometidas a la consideración de la Sala en el presente recurso de suplicación, determinantes de la calificación que merece el despido de la trabajadora llevado a cabo por la mercantil Axpe Consulting SL (Axpe) el 22 de febrero de 2015 con efectos del 8 de marzo del mismo año, extinción amparada en el art.52 c) ET .

En primer lugar debemos pronunciarnos sobre la concurrencia de las causas en las que se apoya la medida extintiva (causas organizativas y productivas), también sobre el cumplimiento (o no) del requisito de entrega a la representación legal de los trabajadores de copia de la comunicación extintiva, y sobre la nulidad del acto extintivo por vulneración de derechos fundamentales invocada por la trabajadora. Pero nuestro pronunciamiento se extiende igualmente a qué salario ha de percibir la trabajadora, y si por tanto es correcta o no la retribución que le abona la empresa y conforme a la cual ha calculado la indemnización por la decisión extintiva adoptada, cuestión vinculada a la determinación del convenio colectivo de aplicación a la relación laboral, que decidirá si se ajusta a derecho el monto indemnizatorio puesto a su disposición en el momento de la comunicación extintiva, con la repercusión sobre la calificación del despido de ser inferior, y considerarse que el error es inexcusable.

El Juzgado ha calificado como procedente el despido objetivo tras ratificar el salario regulador de la indemnización adoptado por la empresa, para lo que ha considerado que el convenio colectivo que rige la relaciones laborales es el convenio colectivo estatal de empresas de Consultoría y Estudios de Mercado al



haber sido denunciado automáticamente el 15 de diciembre de 2012 el convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia que regía la relación, y no existir pacto de ultraactividad, de forma que el salario de la actora asciende a 1250 euros mensuales brutos y no a 1537,06 euros mensuales brutos como defiende la trabajadora, rechazando la contractualización de las condiciones del convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, considerando cumplidas las restantes formalidades para la correcta comunicación extintiva pues se notificó al comité de empresa la carta de despido objetivo que nos ocupa.

Finalmente aprecia la concurrencia de las causas productivas y organizativas invocadas para poner fin al contrato, consistentes en el fin de la contrata de Axpe con el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, sin que existan posibilidades de recolocación de la demandante, rechazando la lesión de garantía de indemnidad y por ende, la nulidad del despido.

El recurso ha sido impugnado por la legal representación de la mercantil.

**SEGUNDO.-** Los tres primeros motivos amparados en la letra b) del art.193 LRJS , se destinan a la revisión de hechos probados.

Esta Sala viene exigiendo de forma reiterada para la revisión de la crónica judicial con apoyo en la doctrina de la Sala Cuarta (contenida, entre otras, en sentencias de 18 de febrero de 2014, recurso 108/2013 , 14 mayo de 2013, rec. 285/2011 , y 17 de enero de 2011, rec. 75/2010 ), no solo que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis, también que se cite concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, precisando los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento pues ha de ser trascendente para modificar el fallo de instancia.

En este sentido, el art. 196.3 LRJS dispone que los documentos que pretendan tener efectos revisorios, deben señalarse de "manera suficiente para que sean identificados", citando la concreta documental, y como expone la STS de 22 de marzo de 2002, rec. 1170/2001 , mencionando el punto específico que ponga de relieve el error alegado, lo que no cumple, si "se alude a numerosos documentos, muchos de ellos, de contenido muy similar, sin identificar en concreto cuál de ellos, evidencia el supuesto error del juzgador".

Es decir, de la documental se ha de desprender de forma clara, patente y directa, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, la variación que se pretende, tendente a corregir el error judicial cometido, y trascendente para el fallo, pero además no cabe admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, dado que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada. Cuando se trate de documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juzgador de instancia, que es el soberano para la apreciación de la prueba ( STC 44/1989, 20 de febrero , y 24/1990, de 15 de febrero ).

Con apoyo en los hechos probados décimo y undécimo de la sentencia, consistentes en la sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2013 (rec. 444/2013 ), que goza de firmeza, dictada en autos de conflicto colectivo, que declaró que el convenio colectivo de aplicación en Axpe era el de Oficinas y Despachos de Bizkaia, y la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de 25 de febrero de 2015 , autos 446/2014, que determinó en un procedimiento de reclamación de cantidad que el salario de la actora ascendía a 1537,06 euros conforme a dicho convenio colectivo, pretende variar el *hecho probado primero* de la sentencia a fin de que conste como salario de la demandante este último.

Novación que no prospera de manera fundamental porque la determinación del salario regulador del despido, en un supuesto en el que además se discute qué convenio colectivo resulta de aplicación a la relación, es una cuestión jurídica y no fáctica, por lo que se examinará al abordar las revisiones jurídicas al derecho aplicado en sentencia, tomando en consideración, desde luego, los referidos hechos probados con las resoluciones judiciales firmes que contienen.

A continuación pretende *añadir un ordinal, sexto bis* , a fin de que conste que "En el acto de conciliación del presente despido celebrado el 17.4.15 ante la sección de conciliación, compareció Don Rosendo , DNI NUM001 , interviniendo en nombre y representación de Axpe, en virtud de apoderamiento otorgado en Madrid el 4 de septiembre de 2009".

De esta forma, y con sustento en el acta de conciliación, al consignar ese dato pretende desvirtuar la conclusión judicial plasmada en el hecho probado séptimo de la sentencia y razonada en su fundamento jurídico tercero "in fine", referida a la comunicación al Comité de empresa de la carta de despido, y la negativa del mismo a aceptarla, circunstancia que refleja la sentencia se ratificó en el acto de juicio por el testigo Sr. Basilio .



Revisión que no prospera de manera fundamental porque el Sr. Basilio depuso como testigo en el acto de juicio sin oposición ni objeción alguna por la parte actora, testimonio que ahora pretende dejar sin efecto por circunstancias que entonces no evidenció, cuando el Magistrado en uso de las facultades legalmente conferidas ha asumido su testimonio, que no cabe eludir con apoyo en el acta de conciliación en la que figura que compareció como apoderado de la empresa, condición que no es óbice a su papel de tercero (y por tanto testigo), considerando por lo demás el Juzgador su condición de encargado del centro de trabajo, la cual no le ha impedido aceptar su testimonio.

Por iguales razones rechazamos la revisión del *hecho probado séptimo* que pretende hacer constar la condición de representante legal de la empresa de Don Rosendo , pero es que además ni siquiera se indica la concreta documental que le sirve de apoyo.

**TERCERO.-** Los motivos impugnatorios cuarto a séptimo (por error se denomina el último octavo pero son siete los planteados), amparados en la letra c) del art.193 LRJS , contienen la censura jurídica.

**A)** Comenzaremos examinando el motivo quinto a fin de descartar la infracción jurídica que denuncia ( arts.53.1 , 53.4 y 63 ET ), motivo sustentado en la falta de entrega de copia de la comunicación a la representación legal de los trabajadores, dado que enlaza con la respuesta que hemos dado al intento de variar la crónica judicial en los motivos del recurso segundo y tercero.

Como hemos anticipado, la empresa intentó la entrega de esa comunicación al comité de empresa, que se negó a recepcionarla tal como refleja el hecho probado séptimo de la sentencia con apoyo en la anotación manuscrita fechada el 20 de febrero de 2015 (documental nº 4 de la demandada), y testimonio del Sr. Basilio , por lo que decae esta causa de impugnación sustentada en el incumplimiento formal de ese requisito.

**B)** A través del motivo impugnatorio sexto se denuncia la vulneración de los arts.51 y 52 c) del ET , manteniendo que no concurren las causas objetivas invocadas, citando dos sentencias de otras Salas de lo Social relativas a la recolocación de trabajadores.

Al efecto razona que Axpe "de facto" renunció a la adjudicación del servicio que venía prestando al Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco consistente en el "soporte al centro de atención a usuarios", al no presentar la documentación requerida.

La sentencia, hechos probados cuarto y quinto, recoge que se adjudicó a Axpe la ejecución del contrato de "soporte al centro de Atención a Usuarios" el 18 de marzo de 2011 por un plazo inicial de 24 meses, y que se prorrogó mediante Orden de la Consejera de Seguridad de 15 de marzo de 2013, abriéndose el 30 de abril de 2014 un procedimiento de adjudicación, asignándose al Departamento de informática del Corte Inglés y SERMICRO SA UTE, reflejando que Axpe no presentó la documentación solicitada. En sede jurídica con evidente valor fáctico, refleja que Axpe obró de ese modo porque "no estaba en condiciones de ajustarse finalmente al precio ofertado (16.980 euros), cerca de un 30% inferior al ofertado por la adjudicataria final, lo que da idea de su compleja concreción practica", extremo que el Magistrado construye con soporte en la testifical, que le lleva a apreciar que para la empresa no era viable la adjudicación, añadiendo que así se concretó desde la central de Madrid al dispararse los costes salariales, y concluye que no se trata de una renuncia voluntaria a la contrata, y sí de una lógica actuación empresarial conforme a pautas elementales de mercado.

No tenemos razones para apartarnos de la valoración del Magistrado en este punto dada la falta de aportación por la trabajadora de elementos de convicción que lleven a apreciar la falta de lógica de la línea empresarial seguida (más allá de las alusiones a la voluntad empresarial de no aplicar el convenio colectivo, que no admitimos constituyan la causa real y determinante de apartarse del proceso de adjudicación) de forma que en la tesitura descrita en sentencia (única que nos consta), la actuación empresarial no se equipara a la renuncia a la contrata, estando directamente motivada la medida extintiva al fin de esa contrata, máxime cuando fue contratada la trabajadora y ha prestado servicios en dicha contrata.

Tampoco se acepta que existieran posibilidades de recolocación de la trabajadora en la empresa al no demostrarse la existencia de vacantes o puestos de trabajo susceptibles de ser ocupados por la trabajadora, apreciación la del Juzgado que compartimos y que se muestra acorde con la situación empresarial que se extrae de las medidas que ha aplicado de suspensión temporal de contratos de trabajo afectante a 47 trabajadores (tres de ellos eran del centro de Bilbao), entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de marzo de 2015, y ello sin necesidad de entrar a valorar la repercusión en este aspecto concreto de la suscripción por la trabajadora de un contrato de trabajo que se vinculaba a la duración de la contrata (y por tanto sin obligación empresarial de buscarle acomodo una vez finalizada la misma).

**C)** El motivo impugnatorio último, en realidad el séptimo aunque el recurso lo refleje como octavo, sostiene la nulidad del despido por infracción del art.24.1 CE , esto es, por lesión de la garantía de indemnidad dado que responde a una represalia empresarial frente a la trabajadora por las reiteradas reclamaciones salariales



que ha actuado contra la empresa, en concreto menciona las que obran en los hechos probados undécimo y duodécimo de la sentencia, que ha ejercitado junto con otros trabajadores frente a Axpe, concluyendo la primera de ellas con sentencia de 25 de febrero de 2015 -que condenó a abonarle la cantidad solicitada en concepto de diferencias salariales devengadas a su favor entre marzo de 2011 y diciembre de 2013-, diferencias nacidas de la aplicación del convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, y la segunda -planteada el 24 de febrero de 2015- se halla pendiente de celebración del juicio ante el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, por diferencias salariales derivadas de la aplicación del referido convenio colectivo correspondientes al periodo comprendido entre enero y diciembre de 2014.

Pero también alude a que la práctica empresarial seguida pretende evitar los efectos de la sentencia de conflicto colectivo, de forma que ese mismo interés ha determinado que la mercantil no licitara finalmente para la adjudicación de la contrata que tenía con el Gobierno Vasco, renunciando voluntariamente a la contrata con la finalidad de no aplicar el convenio colectivo a que venía obligada, de manera que los trabajadores son despedidos por haber llevado ante los Tribunales con éxito el convenio colectivo que ha de aplicarse en la empresa.

Como indicios de esa lesión apunta las reclamaciones judiciales seguidas frente a Axpe; así una primera referida a las diferencias salariales desde marzo de 2011 hasta diciembre 2013, nacidas de la obligada aplicación por la empresa del convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, planteada tras la sentencia de conflicto colectivo dictada por esta Sala el 26 de marzo de 2013 que determinó que dicho convenio colectivo regía las relaciones laborales en la empresa, y una segunda reclamación referida a las diferencias salariales devengadas en 2014 por esa misma causa, si bien la misma se presentó después de notificado el despido, luego nunca podría examinarse desde la óptica de lesión de la garantía de indemnidad, como detonante o causa del mismo.

Cabe apreciar un panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales, fruto de la reclamación salarial de la actora (y de otros trabajadores), operada en el marco de un conflicto existente en la empresa sobre el convenio colectivo de aplicación, también judicializado. Ahora bien, entendemos que ha sido destruido desde el momento en que la medida extintiva se ha adoptado en un contexto en el que aparece justificada la extinción contractual, máxime cuando la contratación de la actora está vinculada a una contrata que Axpe ya no tiene (remitiéndonos en este sentido a lo expuesto al examinar el motivo impugnatorio sexto), y cuando la extinción de contratos ha afectado a otros diez trabajadores, algunos de los cuales han reclamado judicial y previamente contra Axpe y otros no (seis no presentaron reclamación a Axpe), pero todos ellos tienen en común que prestaban servicios en la contrata en cuestión.

**D)** Hemos dejado para el final el examen del motivo cuarto, que contiene a nuestro parecer, la denuncia jurídica de mayor enjundia ¿ materializada en la vulneración de los arts.53.1 , 53.4 y art.82.1 ET , además de los arts.207 y 222 LEC , 7 y 1256 del Código Civil y arts.9.1 , 37 y 117 CE y art.5.1 LOPJ - , motivo que exige que nos pronunciemos sobre el salario regulador del despido objetivo, una vez afirmada la pertinencia de las causas invocadas para adoptar la medida extintiva, en una tesitura en la que existe una sentencia firme de esta Sala que determinó el convenio colectivo regulaba la relación entre las partes ¿el convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia-, otra sentencia también firme que fijó el salario que debía percibir la actora (al menos hasta diciembre de 2013), acorde a dicho convenio colectivo, 1.537,06 euros brutos mensuales, mientras que la empresa desde enero de 2014 y sin mediar comunicación escrita en tal sentido a los trabajadores, aplica el convenio colectivo estatal de empresas de Consultorías al menos en materia retributiva, abonando desde entonces a la actora 1.250 euros brutos mensuales con inclusión de prorrata de extras.

La sentencia ha considerado correcto este salario porque el convenio colectivo provincial establecía su denuncia automática y perdió vigencia, conforme a sus propias disposiciones el 15 de diciembre de 2012, sin contener cláusula de ultraactividad, por lo que se aplica el superior vigente, que es al que acude la empresa -convenio colectivo estatal de empresas de Consultoría y Estudios de Mercado-, sin que se contractualicen las condiciones laborales del convenio colectivo decaído, considerando que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao que otorgó a la actora diferencias económicas hasta diciembre de 2013 conforme a dicho convenio colectivo sectorial provincial, no apoya la pretensión puesto que entonces se partía de la aplicabilidad de dicho convenio colectivo provincial cuya vigencia entonces no fue discutida.

Resuelta en la instancia de esta forma la cuestión, advertimos en primer término que la sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2013, rec.444/2013 , que determinó que era aplicable en la empresa el convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, afirmó que los convenios colectivos no se hallaban en ultraactividad ("*aun cuando el estatal se encuentra en prórroga de vigencia pero sin constancia de denuncia expresa del mismo*" , según reflejaba en su fundamento jurídico segundo), en tanto que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao que aplicó el convenio colectivo provincial de Oficinas y despachos, partía de la asunción pacífica



por las partes de que regía el mismo la relación laboral en el periodo al que se circunscribía la reclamación (hasta el 31 de diciembre de 2013), de forma que sobra cualquier decisión sobre una cuestión aceptada.

Entonces se fijó el salario de la actora en 1.537,06 euros mensuales brutos, y es la cifra que cobró hasta diciembre de 2013, siendo en enero de 2014, cuando sin comunicación expresa de la empresa ni a la representación de los trabajadores (nada consta en tal sentido), ni tampoco a cada trabajador de modo individual, la empresa pasa a abonar a la demandante el salario de 1250 euros mensuales brutos, acorde al salario del convenio colectivo estatal de Consultorías y Estudios de Mercado, cuya aplicación apoya en los apartados 3 y 4 del art.86 ET , por pérdida de vigencia del convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia.

Llegados a este punto, se trata de determinar si tiene sustento esa actuación empresarial en el precepto del ET al que acude.

Subrayamos en primer lugar que la STS de 22 de diciembre de 2014, rec.264/2014 , que cita la recurrente, no contemplaba exactamente este supuesto dado que no existía convenio colectivo superior, lo cual no significa que coincidamos con la decisión del Magistrado de instancia, como también rechazamos que resulte trasladable el criterio que sostuvimos en la sentencia de 1 de junio de 2015, rec.821/2015 (que invoca la empresa en el escrito de impugnación), pues en la misma, tanto la decisión mayoritaria como el voto particular discrepante, hicieron constar, que la empresa aplicó el convenio colectivo superior pero respetó la retribución salarial que los trabajadores venían percibiendo en virtud del convenio colectivo ya fenecido.

En este supuesto, Axpe acude al convenio colectivo superior con amparo en el art.86.3 ET , y lo hace en el aspecto retributivo (no nos consta su aplicación a otros aspectos de la relación laboral), y al hacerlo obvia parte del articulado de ese convenio colectivo como el art. 7 (compensación y absorción), o el art. 8 (respeto a las mejoras adquiridas, de aquellas situaciones que computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo).

Entendemos que esta actuación empresarial no tiene amparo en el art.86.3 ET . La contraprestación económica a la que tiene derecho el trabajador por los servicios laborales prestados constituye la esencia misma de un contrato sinalagmático y bilateral como es el contrato laboral, que como tal genera obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes de forma que, realizando la trabajadora demandante la misma prestación de servicios, su remuneración va a ser notablemente inferior (prácticamente un 20% menos), por decisión unilateral del empresario que acude al convenio colectivo superior sin considerar siquiera si ese mismo convenio colectivo superior exige respetar como mejora adquirida la retribución que venía percibiendo la trabajadora, que de esta forma ve alterada la esencia misma de su contrato de trabajo, pero además en un marco en el que desde el comienzo de su relación laboral tenía que percibir la retribución del convenio colectivo provincial de Oficinas y Despachos que esta Sala determinó en sentencia firme que era el aplicable y por ende, le correspondía la retribución económica establecida en el mismo, como en otra sentencia igualmente firme se ha establecido.

Esta perspectiva es la que nos lleva a apreciar que si bien se halla justificada la medida extintiva adoptada por la empresarial ante la presencia de las causas productivas y organizativas invocadas, en todo caso la empresa debió abonar a la trabajadora la indemnización que le correspondía conforme a su retribución salarial, 1537,06 euros brutos, considerando que las circunstancias concurrentes en el supuesto permiten concluir que la puesta a disposición de una indemnización inferior a la que le correspondía a la trabajadora responde a un error inexcusable.

Conclusión que alcanzamos con apoyo en la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2014, rec.1021/2014 , y la concepción y calificación del error que maneja. Se dictó por esta Sala en marzo de 2013 en conflicto colectivo, una sentencia que es firme, determinante del convenio colectivo que regía la relación laboral y por ende la retribución salarial, sentencia que la empresa no acató como lo demuestra que debieran reclamar los trabajadores judicialmente (entre ellos la actora), el cumplimiento de lo dispuesto en la misma, y por ende del salario establecido en el convenio colectivo de aplicación desde marzo de 2011 hasta diciembre de 2013, evidenciando una voluntad empresarial reacia (más bien rebelde) a la aplicación del convenio colectivo establecido judicialmente, y al abono del salario correspondiente a sus trabajadores.

De la conducta seguida por Axpe se infiere que el salario inferior abonado a la trabajadora ahora demandante, no responde a la dificultad jurídica de determinar el convenio colectivo aplicable desde el momento en que en periodos previos en los que judicialmente se había establecido el convenio que regía las relaciones laborales en la empresa, y por ende el salario de la trabajadora, tampoco ha abonado el salario que le correspondía. Ha sido su voluntad de no aplicar el salario que corresponde a la trabajadora conforme al convenio colectivo establecido judicialmente, la que ha propiciado el pago de una retribución inferior, que a la postre es la que ha servido para calcular la indemnización por la extinción contractual que nos ocupa, mostrándose





claramente renuente al abono del salario correspondiente pese a los pronunciamientos judiciales recaídos, error inexcusable que determina la improcedencia del despido con los efectos subsiguientes ( arts. 53 y 56 ET ).

En consecuencia, estimamos de forma parcial el recurso declarando improcedente el despido sufrido por Doña Socorro , condenando a Axpe a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que ostentaba antes del despido, o a su elección al abono de una indemnización de 6316,47 euros (s.e.u.o), opción que deberá ejercitar en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia (opción que habrá de efectuarse ante esta Sala mediante escrito presentado en plazo o comparecencia ante el Sr. Secretario), extendiéndose esta condena, de optarse por la primera de esas alternativas, al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al del despido y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 50,53 euros diarios (1537,06 x12:365).

**CUARTO.-** No ha lugar a la condena en costas dado el acogimiento del recurso de suplicación ( art.235 LRJS ).

## FALLAMOS

Se **estima en parte** el recurso de suplicación formulado por D<sup>a</sup> Socorro contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao dictada el 29-9-15 , en los autos nº 342/15, seguidos por la citada recurrente contra AXPE CONSULTING S.L. y FOGASA. Se declara improcedente el despido objetivo sufrido por Doña Socorro el 8 de marzo de 2015, condenando a Axpe Consulting SL a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que ostentaba antes del despido, o a su elección al abono de una indemnización de 6316,47 euros (s.e.u.o) , opción que deberá ejercitar en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia (opción que habrá de efectuarse ante esta Sala mediante escrito presentado en plazo o comparecencia ante el Sr. Secretario dentro del mismo plazo), extendiéndose esta condena, de optarse por la primera de esas alternativas, al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al del despido y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 50,53 euros diarios. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

## VOTO PARTICULAR

que emite el ISM. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA en la sentencia que dicta esta Sala en el rec. **318/2016**, en uso de las facultades que establece la legislación vigente ( art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al art. 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes) que trae causa de las siguientes fundamentaciones jurídicas

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El actual voto particular, que se realiza como no podía de ser de otra forma con profundo respeto a la argumentación mayoritaria, parte de un específico desacuerdo que atiende única y exclusivamente a la consideración legal de la posibilidad de aplicación de un convenio colectivo de ámbito superior (en este caso el estatal de consultoría y estudios de mercado) una vez que ha fenecido el convenio colectivo provincial de oficinas y despachos, aunque esta Sala lo considerase aplicable en un proceso de conflicto colectivo previo, y finalmente la repercusión que tiene la aplicación salarial de este nuevo convenio colectivo superior respecto de la extinción objetiva en la que coincidimos que existe la causalidad especificada, y el cumplimiento del resto de requisitos.

Y es que la resolución judicial de instancia ha entendido que estamos ante un despido objetivo por causas productivas y organizativas (fin de contrata con el Gobierno Vasco) que tiene causalidad suficiente, y al que será de aplicación el convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado, con su salario que regula la indemnización, y por ello es correcto, y niega igualmente que se hubiese incumplido la entrega al comité de empresa de la comunicación de despido.

Por lo tanto no necesito pronunciarme sobre las revisiones fácticas que se deniegan, ni sobre las causalidades que venimos a coincidir (fundamento jurídico tercero letras a,b y c), porque estamos conformes que no existe infracción jurídica por falta de entrega de la copia de la comunicación a la representación legal de los



trabajadores; que existe soporte causal objetivo, productivo y organizativo, para apreciar la lógica empresarial y no entrar a la nueva contrata; y finalmente en lo que respecta a la posible nulidad del despido por lesión de garantía de indemnidad, y aun a la vista de posibles indicios (reclamaciones por diferencias y otros) se conforma una realidad objetiva de causalidad que es prueba suficiente que desvirtúa objetivamente cualquier posible conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Llegamos por tanto a la verdadera discusión y apartamiento del criterio doctrinal de la mayoría que se corresponde no solo con la consideración legal de la posibilidad de aplicación del convenio colectivo de ámbito superior estatal de consultorías y estudios de mercado, que la posición mayoritaria podría aceptar, una vez entendido que el convenio provincial de oficinas y despachos no sería de aplicación en el momento de la extinción contractual, a pesar de nuestras consideraciones y aplicaciones en procesos de conflictos colectivos previos con su reseña judicial, sino también de la resultancia última sobre la posibilidad de reducción del salario que la demandante podría tener conforme a uno u otro convenio, y la consideración que hace la posición mayoritaria de las cláusulas de absorción o condiciones más beneficiosas que recoge el nuevo y superior convenio colectivo estatal.

Si no cuestionamos que el convenio colectivo de oficinas y despachos, finalizada su vigencia, y a pesar de nuestras resoluciones judiciales en conflicto colectivo que declaran su aplicación temporal (y no estableciendo al caso un específico pacto de ultractividad, ni habiéndose llegado a ningún tipo de acuerdo a nivel empresa o superior, la aplicación del art. 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 3/12) se permite la aplicación del denominado convenio colectivo superior que aquí queda aceptado desde la vertiente práctica y jurídica de no discusión y proposición mayoritaria. Pues la determinación empresarial de la aplicación o no de tal convenio y sus condiciones laborales, cree la posición mayoritaria que se encardina en una especie de comunicación de facto, no expresa ni consentida, y que provoca que a partir de enero de 2014 la empresarial pasase a abonar un salario de 1.250 euros mensuales brutos diferente al que venía aplicando con anterioridad, y que es objeto de impugnación plurindividual, pero entendiendo que lo es acorde con el nuevo salario del convenio colectivo superior que es el estatal de consultorías y estudios de mercado, en un apoyo directo o indirecto de la aplicación de los apartados 3 y 4 del art. 86 del Estatuto de los Trabajadores, por pérdida de vigencia del convenio colectivo de oficinas y despachos de Bizkaia.

Es bien cierto que las referencias que hacen las partes a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/14, y sus discusiones sobre contractualización, son resueltas por el juzgador de instancia con la postura que defiende este voto particular de existencia de posibilidad de declarar y enmarcar la vigencia de este convenio colectivo superior, sin dificultad de entendimiento hacia una modificación sustancial de condiciones de trabajo que sea nula o injustificada, por cuanto la vigencia de un convenio colectivo estatutario superior, como en el supuesto de autos, resulta de aplicación a las partes no solo por la fuerza vinculante del propio convenio, al quedar sujeto a su ámbito de aplicación (art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores) y ser el resto de la materia no disponible por las partes en un contrato, de tal modo que estas partes no pueden concertar válidamente que dicho convenio no les sea de aplicación; lo cual no significa que las partes de un contrato de trabajo no puedan convenir la aplicación, total o parcial de un convenio colectivo que en principio no les sea de aplicación a esa relación laboral por su ámbito de aplicación, pero ello exige siempre una superposición al propio, cuya eficacia dependerá que no se perjudiquen normas establecidas en el propio convenio que resultan indiscutibles, en cuanto expresión de mínimos no sujetos a la voluntad de las partes en un contrato de trabajo, que deviene según lo dispuesto en el art. 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores.

Por eso, y aun en los supuestos individuales precisos y detallados en los que alguno de los trabajadores afectados por un conflicto colectivo, respondiendo a la aplicación del convenio colectivo, dispongan de un pacto individual por el que les sea aplicable el convenio decaído, dicho estudio requiere una individualización que no es el caso, por cuanto se trata de analizar si las condiciones laborales del convenio decaído, y en concreto las salariales, quedan incorporadas al contrato de trabajo, aunque haya un nuevo convenio de aplicación que se entiende "superior", que disponga incluso condiciones económicas peores o regresivas.

Fácilmente se comprende que nuestro ordenamiento jurídico descarte que las condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo no sean aplicables a los trabajadores sujetos a su ámbito de aplicación a partir del momento en que dicho convenio les deja de ser de aplicación, entrando en juego otro, ya que esto último sería tanto como hacer inaplicable el nuevo convenio en dicha relación, conduciendo a resultados que se ofrecen como contraproducentes para todas las partes, ya que llevaría: 1) a que el convenio de aplicación en una relación laboral sería únicamente el vigente al inicio de la misma, ya que no podría quedar afectado ni por nuevos convenios de la misma unidad de negociación ni por cambios de unidad de negociación, quedando sus condiciones lastradas por su obsolescencia; 2) a que en cada empresa o centro, el convenio de aplicación variase para los trabajadores en función del que rigiera en el momento de su entrada en vigor, con el



consiguiente caos organizativo que ello generaría; 3) a un mínimo interés por negociar un nuevo convenio, ya que quedaría muy reducido su ámbito aplicativo (para el personal que ingrese en la empresa bajo su vigencia).

Nuestro ordenamiento lo rechaza de manera explícita en el art. 82.3 ET, en su párrafo primero, cuando dispone que *"los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia"*. Norma claramente expresiva de que el convenio, en cuanto tal, no obliga más allá de su vigencia y ámbito de aplicación.

Los propios trabajadores han sostenido, en ocasiones, esa tesis, pero intentado quitarla de su rasgo negativo para ellos, a cuyo fin alegaban que esas condiciones laborales del convenio decaído, cuando el nuevo implantaba alguna más regresiva para ellos, habían pasado a constituir una condición más beneficiosa que debía respetarse, lo que venía a suponer, lisa y llanamente, la tesis de la contractualización de esas condiciones laborales fijadas en el convenio de obligada aplicación.

Pues bien, era uniforme la doctrina aplicativa sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considerando que las condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo de aplicación a una relación laboral por razón de su propia fuerza vinculante ( art. 82.3 ET ), no quedan incorporadas al contrato de trabajo. Dan fe de ello, entre otras muchas, las sentencias que se citan y hemos indicado anteriormente, pero quizás sea más ilustrativo reproducir la parte relevante del fundamento de derecho tercero de su sentencia de 26 de febrero de 1996 (RC 2116/1995): *"Mas cabe añadir a lo argumentado que pretender que se sigan aplicando los incrementos de los convenios derogados equivale a petrificar los convenios colectivos, en contra del principio de modernidad del convenio y de la facultad que tiene el convenio posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente. Como dijo la Sentencia de esta Sala de 16 diciembre 1994 , «no rige ya el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución, que quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo que se instauró, entre otras normas, por el artículo 37 de la misma; y caben, como consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa. La fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores modificado por Ley 11/1994, tampoco aplicable como tal norma en nuestro caso, pero es que en definitiva encaja en él, como se ha dicho». Y en la misma línea la Sentencia de la Sala de 10 febrero 1995 ha declarado que no cabe «aceptar la conservación de condiciones más beneficiosas de origen normativo, sino que la condición más beneficiosa no tiene su origen en una norma jurídica, concretamente en convenio colectivo, pues incluso caben convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa»."*

La razón de ser de esto último es que esas condiciones laborales no son fruto del pacto entre el empresario y el trabajador, sino del convenio colectivo, que es el que las impone. En consecuencia, salvo que se revele que existe una voluntad de las partes de un contrato para que sus condiciones laborales sean las que indica ese convenio, aunque éste ya no se aplique por haber sido sustituido por otro, aquéllas se pierden.

Así lo indicábamos ya en nuestras sentencias de 19 y 26 de noviembre de 2013 ( autos 36/2013 y 43/2013 ). Ciertamente es que en ambas acabamos indicando que subsistía la aplicación de las condiciones laborales del convenio decaído, pero así lo hicimos en razón a la concurrencia de dos concretas circunstancias, ninguna de las cuales se da en el presente caso: a) lo indicábamos así sólo para las materias carentes de regulación en el nuevo convenio (y no para las que sí tenían ordenación propia, como aquí sucede); b) se mantenía viva la negociación para renovar el convenio decaído (aquí sí hay constancia mínima de haberse mantenido cierta negociación).

Por tanto, desde esta vertiente del análisis, la parte demandante no tiene razón, es por ello que en supuesto de autos, y con independencia de la duda que se plantea la posición mayoritaria de si existió algún tipo de comunicación, la realidad de aplicación tácita y efectiva de un devengo salarial inferior, debe imperar en la imagen de una contraprestación que supone en la comunicación de las nóminas y su devengo se efectúe una evidente realidad de remuneración notablemente inferior, que aunque lo sea por esa decisión empresarial de acudir y aplicar el nuevo convenio colectivo superior , no puede ser desbaratado en atención a las exigencias de respeto de cualesquiera otros derechos adquiridos, compensación o convenios previos, aun cuando lo fueran por aplicación judicial de nuestras sentencias determinadoras del convenio colectivo aplicable pero en periodos previos.

En resumidas cuentas, del relato fáctico y jurídico, no debemos presumir que la empresarial tan solo ha aplicado el denominado convenio colectivo superior para aspectos única y exclusivamente de la retribución, y no solo ellos. Y por contra resulta evidente que si es lícito y entendible que las nuevas condiciones laborales que pretende establecer la empresarial lo sean, en virtud de la querencia aplicativa de un nuevo convenio colectivo superior, aunque parezcan empeorar genéricamente, al menos la retribución. Ya hemos mencionado, en otros momentos, la inexigencia de la aplicación procedimental del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores



que llevaría aparejada la consiguiente constatación de la existencia de un convenio colectivo superior, y haría inexistente la modificación sustancial del pronunciamiento de instancia. Por lo que incluso en el supuesto de haber existido algún tipo de comunicación empresarial, expresa o tácita, esta no habría incurrido en ninguna vulneración normativa, porque se reconoce la existencia de ese convenio colectivo superior.

Entre otras, las sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1 de junio del 2015, rec. 821/15 y las que en ella se citan, abordan este tema.

Por todo lo manifestado y en la disyuntiva de aplicación de la existencia de un convenio colectivo superior, en ámbito y susceptibilidad de aplicación en la unidad de negociación, imagen y situación de ultratractividad predicada y los defectos de confirmación en la previsión convencional hacia otra extensión pactada o prevista ( Real Decreto 718/05 de 20 de junio, artículo 2 ), una vez comprobadas las identidades funcionales y territoriales, en exigencias de homogeneidad que pueden ser absolutas o relativas, y que incluso podrían haber sido delimitadas o pactadas por las partes de alguna manera, suponen que la circunstancia y vigencia a la aplicación negociadora de este convenio colectivo superior hace que decaiga el anterior en sus aspectos normativos y reguladores, y nos lleven a un pronunciamiento en la efectividad de la nueva aplicación regulatoria, sin perjuicio de integración de algunos vacíos en normativas convencionales, en una coherencia o armonía de aplicación que debe conducir a la exigencia de aplicación y vigencia del nuevo convenio colectivo superior, y por ello de su determinación salarial, sin que las alusiones que hace la posición mayoritaria a cualesquiera clausulados que se corresponden con el art. 7 (compensación y absorción) u 8 (respecto a las mejoras adquiridas), puedan ser de aplicación, por cuanto se trata de preceptos que regula el nuevo convenio colectivo superior, y que lo son en función de situaciones de compensación, absorción y mejoras que se corresponden con dicho convenio superior y no en relación a otros convenios colectivo previos.

No en vano debe mencionar que en la concurrencia conflictiva ni se permite la aplicación simultanea de convenios concurrentes ni podemos decir que el convenio colectivo superior posterior deja de ser aplicable en aquello que resulte irregresivo o reductor de las condiciones previas, porque debemos recordar que el nuevo y superior convenio colectivo lo es con vigencia y actividad, con independencia de lo recogido en el convenio colectivo anterior al que supera, para bien o para mal, en condiciones y aplicación, máxime cuando hay una doctrina judicial imperante que no contraría el principio de irregresibilidad de las condiciones colectivas. Con ello se recuerda que si bien un convenio colectivo durante su vigencia no puede ser afecto por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, sí permite la preferencia de paso del convenio anterior sobre el nuevo convenio posterior y superior en el tiempo, como principio de modernidad en la consecución de los convenios, donde el posterior deroga el anterior de manera íntegra o total, salvo en aquellas materias expresamente declaradas vigentes por el nuevo convenio colectivo, sin perjuicio de otras repercusiones respecto de concurrencias o prioridades aplicativas de convenios de empresa, que no son el supuesto de autos.

Por todo lo mencionado cabe advertir, en este voto discrepante, que si es de aplicación el convenio colectivo superior cifrado, y su determinación retributiva, las circunstancias al supuesto de autos permiten concluir con que la puesta a disposición de la indemnización fue la correcta y no cabe discutir la existencia de un error excusable o inexcusable, lo que en resumidas cuentas provoca que el recurso debió ser desestimado, confirmando la resolución judicial de instancia.

**SEGUNDO.**- Como quiera que el trabajador recurrente goza del beneficio de justicia gratuita en atención al art. 235.1 de la LRJS no debería haber condena en costas.

#### **FALLO**

Que desestimo el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Socorro contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de fecha 29 de septiembre de 2015, confirmando la resolución de instancia. Sin costas.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, junto con el Voto Particular del Ilmo. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

#### **ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir



el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-0318-16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0318-16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL