



Roj: **STSJ PV 3400/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:3400**

Id Cendoj: **48020340012016102030**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2016**

Nº de Recurso: **1888/2016**

Nº de Resolución: **2096/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1888/2016

N.I.G. P.V. 20.05.4-13/003150

N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2013/0003150

SENTENCIA Nº: **2096/2016**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 25 de octubre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE Y D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Magistrados ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por LA CONFEDERACION SINDICAL ELA, CC.OO Y STEE/EILAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 22 de febrero de 2016 , dictada en proceso sobre CIC, y entablado por **CCOO -COMISIONES OBRERAS-, CONFEDERACION SINDICAL ELA y STEE-EILAS** frente a **CEBANC S.A.** .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, 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.- El Sindicato ELA interpone demanda de conflicto colectivo frente a la empresa CEBANC, SA a la que se adhieren los Sindicatos CCOO y STEE- EILAS, solicitando se dicte Sentencia por la que estimando la demanda se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva realizada, reconociendo el derecho de los trabajadores/as a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo (esto es, las condiciones vigentes hasta el 7 de julio de 2013) y en consecuencia, se les continúe aplicando a los trabajadores afectados, el Convenio Colectivo de Cebanc, SA condenando a la empresa CEBANC, SA a estar y pasar por cualquiera de ambas declaraciones y a reintegrar a los/las trabajadores/as en sus anteriores condiciones de trabajo.

SEGUNDO.- El presente conflicto afecta a todos los trabajadores del centro educativo de la empresa CEBANC, SA a los que se les ha venido aplicando el Convenio de CEBANC.



TERCERO.- En el Convenio de empresa publicado en el BOG de fecha 26 de junio de 1995 en cuyo artículo 3 sobre la vigencia se indica que "El presente convenio colectivo entrará en vigor el 1/1/95 y tendrá duración de 1 año, cualquiera que sea la fecha de presentación y publicación por la autoridad laboral" y en su artículo 4 denuncia del Convenio se recoge " El presente convenio quedará automáticamente denunciado a partir del primero de Noviembre de 95, pudiéndose iniciar desde dicha fecha las negociaciones del convenio para el año 1.996" y en cuanto a la legislación supletoria en el artículo 14 prescribe "Cualquier aspecto no contemplado por este Convenio se atenderá a lo dispuesto por el Convenio de la enseñanza privada de Euskadi. Se adoptará inmediatamente y con carácter retroactivo cualquier mejora que sobre el presente Convenio se acuerde en el Convenio de la enseñanza privada de Euskadi de este año".

Obra en autos comunicación de la empresa a los representantes de los trabajadores de fecha 5 de junio de 2009 sobre horario escolar, horario docente semanal de 22 horas lectivas a la semana y horas docente anual de 1.170 horas totales.

CUARTO.- En fecha 3 de julio 2013 la Dirección de la empresa remite a los delegados de personal de la misma y a cada empleado la siguiente comunicación:

"La Dirección de Cebanc comunica a sus delegados de personal de que a partir del 8 de julio de 2013 el convenio colectivo de Cebanc, S.A.U., publicado en el B.O. de Guipúzcoa del 26 de Junio de 1995, que se viene aplicando en la empresa, pierde su vigencia y no despliega ningún efecto a partir de dicha fecha.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores el convenio colectivo que se aplicará en Cebanc será el de ámbito superior que corresponda".

Sin otro particular, le saluda atentamente,"

QUINTO. - Con fecha 16 de julio de 2013 la Dirección de la empresa comunica a los delegados de personal y a sus trabajadores que tal como se les comunicó en el escrito remitido el 4 de julio de 2013, a partir del pasado 7 de julio el Convenio Colectivo que venía aplicándose en esa empresa ha perdido su vigencia, en virtud de lo dispuesto en el art.86 del Estatuto de los trabajadores , las relaciones laborales en Cebanc se regirán a partir del día 8 del citado mes por lo dispuesto en el VI Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, suscrito el pasado 19 de junio de 2013.

Sin perjuicio de lo anterior se comunica que es voluntad del Centro aplicar con carácter personalísimo, de manera transitoria y en consecuencia con la condición de suprimible, absorbible y/o compensable, hasta que notificaran la decisión definitiva que tomaran o en otro caso, hasta el 31 de diciembre del presente año, el mantenimiento de la retribución que se venía recibiendo hasta la fecha debiendo quedar bien entendido que es voluntad de la Dirección acomodarla en el futuro al citado nuevo marco legal.

Igualmente comunican que es voluntad del Centro mantener con carácter temporal limitado, hasta que notificaran la decisión definitiva que tomaran, 748 horas como número de horas lectivas anuales previsto para el personal docente.

SEXTO.- Por Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco recaída en los autos nº 29/2013 sobre conflicto colectivo y en los que se acumuló las demandas registradas con los números 32/13, 33/13, 35/13 y 36/13 seguidos como parte demandante ELA y como parte demandada KRISTAU ESKOLA, AICE ASOCIACIÓN INDEPENDIENTE DE CENTROS DE ENSEÑANZA (a la que pertenece la empresa demandada), STEE-EILAS, LAB, CCOO y UGT en el que se solicitaba se dictara Sentencia en la que se declarara que lo acordado en el Convenio Colectivo de Centros de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2008-2009, sigue siendo de aplicación a los afectados por ese conflicto colectivo y hasta la firma de uno nuevo que lo sustituya, sea cual sea su naturaleza legal, se declaró, tras estimarse la demanda, que el Convenio Colectivo de Centros de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2008-2009 sigue siendo de aplicación a los afectados por este conflicto colectivo y hasta la firma de uno nuevo que lo sustituya, condenando a las patronales demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a aplicar a los trabajadores afectados por el conflicto dicho convenio colectivo, declarándose no ajustada a derecho la aplicación del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privadas sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, suscrito el 19 de junio de 2013.

Sentencia que fue recurrida en casación por la Asociación Independiente de Centros de Enseñanza y Kristau Eskola habiendo alcanzado en fecha 10 de octubre de 2014 un acuerdo transaccional que fue suscrito entre las partes patronal y social del Convenio de Centros de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco para la resolución del conflicto colectivo pendiente ante el Tribunal Supremo y la recuperación de la aplicación del Convenio, que obra en autos y se da por reproducido y que fue homologado por Auto de fecha 16 de marzo de 2015 por el Tribunal Supremo sustituyendo lo dispuesto tanto en la Sentencia de instancia como en la de suplicación que se dictó en el proceso y con ello se declaró terminado el mismo.



Obra en autos copia de la Sentencia que se da por reproducida.

SÉPTIMO.-Por Auto de fecha 18 de febrero de 2014 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco se acuerda la ejecución provisional de la Sentencia dictada en ese procedimiento de fecha 26 de noviembre de 2013 requiriéndose a las codemandadas KRISTAU ESKOLA y AICE a su cumplimiento en los términos establecidos en su fallo.

La Dirección de la empresa comunica en fecha 10 de marzo de 2014 a sus Delegados de Personal que el Convenio en vigor en esos momentos en el Centro era el Convenio Colectivo de Centros de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2008-2009 según Auto del 18 de febrero de 2014 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, obrando en autos copia de la comunicación que se da por reproducida.

OCTAVO.- La empresa demandada tras la comunicación de 3 y 16 de julio de 2013 la empresa mantuvo la jornada y retribución que se venía recibiendo hasta la fecha mediante un plus suprimible, absorbible y/o compensable aplicando tras la Sentencia del TSJ del País Vasco el Convenio Colectivo de Centros de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2008-2009.

NOVENO.- El día 25 de septiembre de 2013 tuvo lugar ante la Sede Territorial de Gipuzkoa del Consejo de Relaciones Laborales intento conciliatorio, concluyendo el acto sin avenencia".

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

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Sindicato ELA, CCOO y STEE-EILAS contra CEBANC, SA, debo declarar y declaro nula la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, con reposición de los trabajadores a sus anteriores condiciones de trabajo que implica la aplicación del Convenio de Iniciativa Social de la CAPV 2008-2009".

TERCERO .-Contra dicha sentencia han formalizado recurso de suplicación ELA, CCOO y STEE/EILAS, que han sido impugnados por Cebanc SA.

CUARTO .- El 29 de septiembre de 2016 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose los recursos el 18 de octubre siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - ELA, CCOO y STEE/EILAS recurren en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Donostia/San Sebastián, de 22 de febrero del año en curso, que estimando en parte la demanda interpuesta por el primero de esos sindicatos el 26 de julio de 2013 (a la que se adhirieron luego los otros dos), ha declarado nula la modificación sustancial de condiciones de trabajo efectuada por Cebanc SA (CEBANC) el 8 de julio de 2013, condenándola a reponer a sus trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo, lo que implica la aplicación del convenio colectivo de centros de enseñanza de iniciativa social de la CAPV 2008/2009.

Sus recursos, diferenciados, contienen sin embargo las mismas denuncias, habiendo sido impugnados los dos primeros por CEBANC. Les daremos respuesta conjuntamente, abordando de manera diferenciada el examen de cada una de las dos cuestiones que plantean.

SEGUNDO.- A) Se denuncia, en primer lugar, que el Juzgado no debió considerar una ampliación indebida de la demanda la aclaración que se hizo en el acto del juicio en el sentido de pedir que se declarase que el convenio de aplicación es el de iniciativa social de la CAPV, salvo en lo que esté mejorado por el convenio de CEBANC, lo que les lleva a denunciar la infracción del art. 85.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS).

B) A la hora de darle respuesta hemos de partir de los siguientes extremos relevantes: 1) en la demanda se pedía que tras declararse nula o, en su defecto, injustificada la modificación sustancial de condiciones de trabajo efectuada por CEBANC el 8 de julio de 2013 (al estimar ésta que en esa fecha perdía su vigencia el convenio de empresa, con vigencia inicial para el año 1995, y pasaba a aplicarse como convenio de ámbito superior el estatal de enseñanza privada financiada con fondos públicos, de 19-Jn-13), se condenase a dicha empresa a reponer a sus trabajadores en sus condiciones laborales anteriores y, en consecuencia, se les siguiera aplicando el convenio de CEBANC (de 1995); 2) en la demanda citada se mencionaba que el art. 14 del convenio de empresa contemplaba la aplicación del convenio, entonces denominado de enseñanza privada de la CAPV, en lo no regulado en aquél; 3) la tramitación del litigio se suspendió en tanto no se resolviera el litigio existente sobre la pérdida de vigencia del convenio de iniciativa social de la CAPV 2008/2009 (que las patronales del sector defendían y, por ello, consideraban de aplicación, como convenio de ámbito superior,



el referido convenio estatal), lo que finalmente aconteció mediante auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2015 (RCUD 121/2014), que homologó el acuerdo transaccional alcanzado el 16 de octubre de 2014 por el que, entre otros extremos que ahora no vienen al caso, se reconocía que subsistía la vigencia de ese convenio (como había reconocido ya esta Sala en sentencia de 26-Nv-13, en rec. 2059/2013); 4) el 10 de marzo de 2014, CEBANC, tras dictarse nuestra sentencia y en virtud del auto que acordó su ejecución provisional, de 16-Fb-14, comunicó a los delegados de personal que el convenio en vigor en la empresa era, en ese momento, el de la CAPV.

En esas concretas circunstancias, la Sala considera que la modificación de la súplica de la demanda que se hizo en juicio no implicaba variación sustancial alguna, dado que no causaba indefensión a CEBANC, ante los acontecimientos sucedidos desde que aquella se interpuso y hasta la celebración del juicio oral, más de dos años después, ya que precisamente éste se demoró por la relevancia que podía tener el litigio sobre la vigencia del convenio de la CAPV, dado que con ello estaba en juego la determinación del convenio de ámbito superior de aplicación, en su caso, y una vez aclarada esa cuestión, lo cierto es que la propia CEBANC pasó a considerarlo el convenio de aplicación, con lo que mal podía sorprenderle que se pidiese por los demandantes que se aplicase éste, salvo en lo que fuese mejor el convenio de CEBANC (cuya aplicación única era la petición inicial de la demanda).

Sucede, además, que el propio Juzgado se pronuncia en el sentido de considerar aplicable ese convenio de la CAPV (como los sindicatos quisieron introducir y el Juzgado les dijo en la sentencia que no procedía), lo que no deja de constituir un elemento de contradicción.

Ahora bien, precisamente porque el Juzgado ha resuelto finalmente sobre la aplicación del convenio de la CAPV es por lo que hemos de considerar que todo el razonamiento que hace sobre la imposibilidad de examinar dicha pretensión quedó en aguas de borraja y, por ello, que en definitiva, la sentencia ha resuelto sobre lo que decía que no podía resolver. Claro es que sin estimar plenamente la pretensión de los demandantes, dado que no ha accedido a que se mantenga la aplicación del convenio de CEBANC en lo que sea mejor para los trabajadores, pero es que en la demanda inicial ya se pedía que se les aplicase este convenio, por lo que la pretensión denegada no es la estrictamente ampliada sino sólo la formulada inicialmente en la parte en que se mantuvo en juicio.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO .- A) La segunda denuncia ataca que no se haya estimado la pretensión de aplicar el convenio de CEBANC en lo que mejore el convenio de la CAPV, lo que sustentan los recurrentes, en esencia, en dos razones diferentes: 1) en primer lugar, por estimar que subsiste su vigencia, para lo que alegan los arts. 4 y 14 del convenio de empresa, entendiendo que constituye el pacto en contrario previsto en el párrafo cuarto del art. 86.3 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por R. Decreto legislativo 1/1995, tras Ley 3/2012; 2) en todo caso, porque las mejores condiciones laborales del convenio de empresa han de mantenerse, conforme a la doctrina aplicada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de diciembre de 2014 (RC 264/2014) y 23 de septiembre de 2015 (RC 209/2014).

Conviene tratar separadamente ambos argumentos.

B) Anticipamos ya desde ahora que no tiene razón jurídica para el primero de ellos, a la luz de lo dispuesto en el art. 86.3 ET en su párrafo cuarto y en los mencionados preceptos del convenio de empresa.

La primera de esas normas, ubicada en un precepto destinado a regular la vigencia de los convenios colectivos, dice: *"transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación"*. Novedad que modificaba el régimen jurídico anterior, que permitía la vigencia ultractiva indefinida del convenio denunciado, salvo pacto en contrario y que, por ello, se decidió aplicar sólo a los convenios denunciados antes del 8 de julio de 2012, computando el año desde esta última fecha (disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012).

En el caso de autos, el convenio de CEBANC, publicado en el BOG de 26-Jn-95, tenía una vigencia inicial limitada al año 1995 (art. 3), disponiendo en su art. 4, bajo el rótulo de *"denuncia del convenio"*, que *"el presente Convenio quedará automáticamente denunciado a partir del 1º de noviembre del 95, pudiéndose iniciar desde dicha fecha las negociaciones del Convenio para el año 1995"*. Pues bien, con independencia del lapsus en que incurre, en su final, al indicar, el convenio para 1995, cuando bien se ve que se trata del convenio para 1996, lo cierto es que estamos ante un convenio denunciado desde el 1 de noviembre de 1995, sin que ese precepto contenga, por tanto, el pacto en contrario a que se refiere el art. 86.3 ET en su párrafo cuarto. A partir de ahí, conforme a la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, la vigencia de ese convenio en régimen de ultractividad finalizó el 7 de julio de 2013.



Pacto en contrario que tampoco se contiene en el art. 14 del citado convenio, en el que bajo el expresivo rótulo de "legislación supletoria", se limita a decir que "cualquier aspecto no contemplado por este Convenio se atenderá a lo dispuesto en el Convenio de la enseñanza privada de Euskadi. Se adoptará inmediatamente y con carácter retroactivo cualquier mejora que sobre el presente Convenio se acuerde en el Convenio de la enseñanza privada de Euskadi de este año".

C) Ya hemos visto que, conforme al art. 86.3 ET, párrafo cuarto, perdida la vigencia de un convenio por no lograrse negociar otro que lo sustituya en el plazo señalado por nuestro legislador, lo que éste ha querido es que se aplique el convenio colectivo de ámbito superior. No está de más recordar que, conforme al art. 86.4 ET, cuando un convenio sucede a otro, lo deroga en todo lo no expresamente salvado. Reglas que impiden acceder a la pretensión principal de los recurrentes, bien entendido que ello no excluye que por títulos jurídicos distintos al propio convenio puedan mantener los trabajadores derecho a las condiciones laborales, en todo o en parte, del convenio decaído, pero no es eso lo que aquí se dilucida.

Sostienen los sindicatos que las dos sentencias del Tribunal Supremo que mencionan avalan su pretensión, pero no es así, al concurrir circunstancias diferentes relevantes, que hacen inaplicable su doctrina: a) así, en la sentencia de 22 de diciembre de 2014 se enjuiciaba un caso en el que, decaída la vigencia ultractiva de un convenio, no había convenio de ámbito superior, habiendo decidido la empresa aplicar las condiciones mínimas legales, con una considerable merma salarial; b) en la de 23 de septiembre de 2015, aunque había un convenio de ámbito superior, éste carecía de regulación en los extremos relevantes del contrato de trabajo (salario y tiempo de trabajo), confirmando el Tribunal Supremo nuestra decisión consistente en que se aplicase el convenio de ámbito superior en lo regulado y las condiciones del decaído en lo que no lo estaba.

Repárese en que incluso la tesis de esta última se asienta en la idea de que prevalece la regulación del convenio de ámbito superior, aún cuando pudiera ser peor que la del convenio decaído en los extremos que aquél contempla. Pues bien, las materias reguladas en el convenio de CEBANC lo están también en el convenio de la CAPV, como son el salario (arts. 62 a 70), la jornada (arts. 26 a 29), las vacaciones (arts. 35 a 40), las licencias (arts. 44 y 45), la excedencia (arts. 50 a 57), el complemento de IT (arts. 41 y 42), la reducción de jornada (art. 46), el reciclaje profesional (art. 47 a 49), los anticipos (art. 61), la revisión médica anual (art. 74), la gratuidad de enseñanza para familiares (art. 78), la responsabilidad civil (art. 81) y las dietas y gastos de desplazamiento (art. 72). Por tanto, no hay vacío de regulación, debiendo aplicarse el régimen jurídico del nuevo convenio de aplicación.

El recurso, por lo expuesto, se desestima.

CUARTO. - Cada parte ha de asumir sus propias costas, en aplicación de la regla general prevista en litigios de conflicto colectivo, al no concurrir temeridad en los recurrentes (art. 235.2 LJS).

FALLAMOS

Se desestiman los recursos de suplicación interpuestos por ELA, CCOO y STEE/EILAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Donostia/San Sebastián, de 22 de febrero de 2016, dictada en sus autos nº 618/2013, seguidos a instancias del primero de esos sindicatos, frente a Cebanc SA, en litigio de conflicto colectivo, confirmando lo resuelto en la misma. Cada parte asume sus 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.

/

VOTO PARTICULAR

que formula el **Ilmo. Sr. Magistrado FLORENTINO EGUARAS MENDIRI** en el recurso de suplicación 1888/2016, el que se basa en el art 260 LOPJ, y los siguientes **FUNDAMENTOS DE DERECHO** que paso a exponer:

UNICO.- Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aprobada por la Sala, y el objeto de esta discrepancia no es cuanto contienen los Fundamentos de Derecho primero y segundo de la ponencia mayoritaria, sino respecto al desarrollo que se efectúa en el tercero de la cuestión de fondo a dilucidar.



Me separo de la deliberación mayoritaria por cuanto que, siempre a mi entender, considero que es aceptable la tesis que se formula en el recurso en orden a la particularidad de la situación generada en este procedimiento. Me explico: nos encontramos ante un supuesto en el que en la empresa se ha aplicado un Convenio Colectivo suscrito en 1995, cuya duración, artículo tercero, era de un año, con una denuncia automática a partir del 1 de noviembre de 1995, pudiéndose empezar a partir de entonces las negociaciones para el Convenio de 1996. Este Convenio (folio 212 y siguientes), aparece publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, por lo que, aunque ello no obtiene mayor trascendencia, es un Convenio que, al menos aparentemente, se presentaba como estatutario. A partir de julio de 2013, folio 221, la dirección empresarial ha comunicado que por aplicación del art 86.3 ET, el Convenio Colectivo de la empresa perdía su vigencia y dejaba de producir efectos a partir de dicha fecha.

Conforme al art 86,3 ET, párrafo final, transcurrido un año desde la denuncia del Convenio Colectivo sin que se hubiese acordado un nuevo Convenio, aquel perderá su vigencia, salvo pacto en contrario, aplicándose si lo hubiere el Convenio Colectivo de ámbito superior. Este es el marco normativo en el que nos desenvolvemos. En la sentencia mayoritaria el Convenio de empresa ha perdido su régimen de ultraactividad que estaba previsto en la normativa anterior a la modificación del artículo 86 ET ofertada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que, básicamente, determinaba la continuidad o eficacia no solo de las cláusulas normativas del Convenio Colectivo, como decía su redacción originaria, sino de todo él.

Este marco de configuración de la eficacia del convenio colectivo, tanto actual como pretérito, considero, que, al menos en el caso que examinamos, debe ser interpretado de conformidad a la voluntad de las partes, partes que son las legitimadas para negociar y las que a lo largo del tiempo han mantenido esa ultraactividad del convenio colectivo incorporando (contractualizando) a la relación un acto colectivo claramente derogado y sin vigencia si no fuese por esa voluntad concordada entre las partes. Desde 1995 es de suponer que marcos normativos concurrentes hubiesen ya desautorizado y desregularizado el marco del convenio de empresa y la normativa aplicable dentro de la empresa, y más existiendo, como nos relata tanto la ponencia mayoritaria como el relato fáctico de la sentencia recurrida, un convenio dentro del territorio de la Comunidad, precisamente el convenio colectivo iniciativa social de 2008-2009.

El artículo 86,3 párrafo final, ET, excluye de la general decadencia del convenio colectivo el supuesto de que haya "pacto en contrario". Es claro que cuando nos introducimos en la negociación colectiva toda cautela a la hora de interpretar voluntades no manifestadas es poca, y lo es porque la esencia de la voluntad colectiva es la de que suplanta la individual para transmitir a unos negociadores generales la capacidad no solo de representar sino de negociar y comprometer ámbitos subjetivos. La peculiaridad natural de la legislación laboral es el incluir una fuente del derecho diferente a aquellas que recoge el artículo 1 del Código Civil, precisamente, el convenio colectivo. El artículo 3 ET recoge el postulado de la Constitución (artículo 37 que consagra la fuerza vinculante del convenio colectivo). No es mi idea el trastocar todo el sistema organizativo de negociación del convenio colectivo o la normativa de concurrencia de convenios o de derogación y superposición de los mismos. No es esta la idea que preside el presente voto, sino otra distinta que se acomoda a una práctica consensuada y bilateralmente aceptada por los negociadores del convenio, como es la aplicación desde 1995 de un convenio, que, aunque aparentemente puede resultar paradójico o anacrónico, sin embargo responde a una voluntad colectiva. Ello me sugiere la imposibilidad de que, de forma unilateral, contrariando el artículo 1256 del Código Civil, se pretenda suplantar el pacto asumido por las partes por una de ellas, -por uno de sus negociadores-, la empresa, y que por medio de la comunicación remitida en 2013 pueda llegarse a la conclusión de trastocar lo que anteriormente no se quiso modificar, de dar cabida a nuevos marcos de convenio colectivo que tampoco en el tiempo pretérito las partes aceptaron.

En definitiva si la ultraactividad se puede mantener cuando existe pacto sobre ello, la reiteración consensuada (el acuerdo de 2009, documento 2 de la empresa que reafirma el talante negociador) implica que ha existido un pacto de ultraactividad, y el mismo se impone a las partes y por ello debe de limitar su voluntad.

A todo ello uno el carácter supletorio que han fijado los negociadores de 1995 respecto al convenio colectivo de la enseñanza privada de Euskadi, que implicaría que ante el decurso temporal de todos estos años, se haya cristalizado un pacto expreso, de preservación del convenio colectivo de empresa, el que se nos ha manifestado de forma publicitada a terceros, y sin tacha alguna para los afectados.

Son los anteriores criterios los que he expresado a lo largo de la deliberación, y pretendo postular a través del presente voto, en el que me gustaría resaltar que no puede una de las partes introducir nuevos marcos normativos a conveniencia suya, debiéndose aquietar y acomodar a aquello que se había generado, que no es que sea una condición más beneficiosa, sino un acuerdo.

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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, junto con el voto particular emitido por el **Ilmo Sr. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**. 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 4699-0000-66-1888-16.

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 4699-0000-66-1888-16.

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.