



Roj: **STSJ PV 2554/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:2554**

Id Cendoj: **48020340012014101273**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2014**

Nº de Recurso: **1392/2014**

Nº de Resolución: **1526/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **1392/2014**

N.I.G. P.V. 48.04.4-13/010883

N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0010883

SENTENCIA Nº: 1526/2014

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 29 de Julio de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, 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 CONSULMAR S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 22 de abril de 2014, dictada en proceso sobre conflicto colectivo (modificación condiciones de trabajo) CIC, y entablado por Caridad frente a **CONSULMAR S.L.**

Es Ponente el Iltmo. 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:

ha dictado la siguiente:

" PRIMERO. - El presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa en el centro de trabajo que CONSULMAR S.L. posee en Bizkaia, que tiene como actividad los servicios de logística y consignación de buques.

SEGUNDO.- Con fecha 23/06/2008 se publicó en el BOB del Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios de la Provincia de Bizkaia que se da por reproducido y cuyo artículo 1 expresamente dispone: El presente Convenio entrará en vigor el día de su firma si bien sus efectos económicos se retrotraerán al 1 de enero de 2007. Tendrá una duración de tres años, es decir, hasta el 31 de diciembre del 2009. Las representaciones patronales enviarán un ejemplar de este Convenio a todas las Empresas afectadas para su conocimiento e inmediato cumplimiento. Este Convenio quedará denunciado automáticamente, a



partir del 1 de octubre del 2009, pudiendo iniciarse desde esa fecha las negociaciones de un nuevo Convenio Colectivo.

TERCERO. - En virtud de comunicación fechada a 6/08/2013 se notificó al representante de los trabajadores carta del tenor literal siguiente:

"En Erandio, a 6 de agosto de 2013

COMUNICADO A TODOS LOS TRABAJADORES DE CONSULMAR, S.L.U. DEL CENTRO DE ERANDIO

En virtud de la presente, la Dirección de la empresa les comunica que, al no haberse acordado un nuevo Convenio Colectivo o prorrogado el anterior Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadoras y Transitarías hasta ahora aplicable en la empresa, y de conformidad con lo establecido en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 3/2012, de fecha 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, y en la Disposición Transitoria 4ª de dicha Ley. Informarles que este convenio ha perdido su vigencia, resultando aplicable el Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones normativas durante su vigencia y/o que se encuentren vigentes y resulten aplicables en cada momento.

No obstante, es voluntad de esta dirección que los trabajadores de la empresa con contrato en vigor mantengan, hasta el 31 de diciembre de 2013, todas las condiciones laborales (derechos y obligaciones) que le resultaban aplicables por el Convenio Colectivo cuya vigencia ha finalizado.

Sin embargo, en el supuesto de que llegada la fecha indicada patronal y sindicatos no llegasen a acordar un nuevo convenio colectivo, la Dirección de la empresa procederá a aplicar a partir del 1 de enero de 2014 unas nuevas condiciones conforme a la situación de la misma que les serán comunicadas a los efectos oportunos, y en ningún caso darán lugar a la consolidación de la decisión o al nacimiento de condición más beneficiosa o derecho adquirido para posteriores años.

Atentamente, Director Gerente"

CUARTO.- En virtud de comunicación fechada a 16/01/2014 la demandada comunicó a los trabajadores:

En Erandio, a 16 enero de 2014

COMUNICADO A TODOS LOS TRABAJADORES DE CONSULMAR, S.L.U. DEL CENTRO DE ERANDIO

En virtud de la presente la Dirección de la Empresa les comunica que llegado el vencimiento de la prórroga otorgada por la empresa hasta el 31 de diciembre de 2013, y a la vista de que no se ha llegado a ningún acuerdo en la negociación del Convenio colectivo de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadoras y Transitarías hasta ahora aplicable en la empresa, y de no existir un convenio sectorial de ámbito superior (autonómico o nacional). Procedemos a informarles, tal y como ya les adelantamos en el comunicado del pasado 6 de agosto, que de conformidad con lo establecido en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en la redacción dada por la Ley 3/2012, de fecha 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, y en la Disposición Transitoria 4ª de dicha Ley, este convenio ha perdido su vigencia, resultando aplicable el Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones normativas durante su vigencia y/o que se encuentren vigentes y resulten aplicables en cada momento.

Por ello, la Dirección de la empresa tras haber analizado la situación de la empresa, del sector y tener en cuenta las negociaciones de otras empresas del sector que realizan actividades como la nuestra de agencias de embarque y consignación de buques nos vemos en la obligación de aplicar unas nuevas condiciones que entrarán en vigor desde el día de su comunicación hasta el 31 de diciembre de 2014.

No obstante, es voluntad de la Dirección que los trabajadores de la empresa con contrato en vigor a la fecha de este escrito mantengan, las condiciones laborales (derechos y obligaciones) que les resultaban aplicables por el Convenio Colectivo cuya vigencia ha finalizado, con algunas excepciones y limitaciones que a continuación pasamos a informar:

a) Artículo 5.- Absorción, compensación y condición más ventajosa: Este artículo no se aplicará en el caso de las nuevas incorporaciones. No obstante, la Empresa respetará como condición más ventajosa y no absorberá, ni compensará el importe que resulte de multiplicar por las 16 pagas la nómina de enero de 2014 a los empleados que a la fecha de esta comunicación estén dados de alta en la empresa.

b) Artículo 7.- Antigüedad: No se aplicará el Complemento de Antigüedad contenido en dicho artículo. No obstante, la Empresa respetará y mantendrá las antigüedades de los empleados que hasta la fecha hayan devengado a título personal, figurando el importe devengado como complemento Personal ("ad personam").

c) Artículo 8.- Pagas Extraordinarias: Se mantienen las 4 pagas de marzo, junio, septiembre y diciembre.



- d) Artículo 9.- Gratificaciones especiales: No se aplicarán las gratificaciones especiales contenidas en este artículo. No obstante, la Empresa respetará y mantendrá las antigüedades de los empleados que hasta la fecha hayan devengado a título personal. Figurando el importe devengado como complemento Personal ("ad personam") sumándose en su caso a lo que ya hubiera por la antigüedad.
- e) Artículo 11.- Prima de larga permanencia: No se aplicará.
- f) Artículo 12.- Dote del personal: No se aplicará.
- g) Artículo 13.- Compensación económica por enfermedad o Accidente: Se compensará hasta el día 300 al 100% del salario bruto real.
- h) Artículo 14 y 15.- Ascensos y Categorías de informática: No se aplicará.
- i) Artículo 19.- Jornada Laboral: Se mantiene la jornada laboral en cómputo anual establecida en 1.662 horas anuales de trabajo efectivo para los empleados que actualmente estén en plantilla, y se seguirá manteniendo la jornada intensiva de tres meses en período estival sin perjuicio de los pactos que puedan alcanzarse al respecto. Sin embargo, las nuevas incorporaciones dispondrán de 1742 horas anuales y dos meses y medio de jornada intensiva.
- j) Artículo 20.- Vacaciones: Se mantienen los 25 días laborales de vacaciones para los trabajadores que actualmente se encuentren en plantilla. Sin embargo, las nuevas incorporaciones dispondrán de 23 de días laborales.
- k) Artículo 24.- Seguro de Accidentes: Se mantiene la contratación de seguro para los trabajadores con contratos actualmente, no así a las nuevas incorporaciones.
- l) Artículo 26.- Mutua de Previsión: No se aplicarán de cara a nuevas incorporaciones. Sin embargo, la Empresa respetará y mantendrá la póliza de los que actualmente figuren dados de alta.
- m) Artículos 37, 38 y 39.- Expedientes de Regulación de Empleo, Despido Improcedente y Traslados. No se aplicará el contenido de este artículo, aplicándose a partir de este momento lo dispuesto en las disposiciones legales que resulten aplicables.
- n) Artículo 45.- En lo que afecta a la remisión de las antiguas ordenanzas de trabajo también dejarán de aplicarse.

En las materias dispuestas en las letras anteriores se aplicará lo dispuesto en las mismas.

En todo caso, el mantenimiento de las condiciones del Convenio colectivo cuya vigencia ha finalizado, incluida la regulación de los apartados anteriores en aquello que implique un mantenimiento parcial de derechos del mismo y en su caso, el incremento salarial que voluntariamente se aplique a partir de esta comunicación, lo será en las siguientes condiciones:

- a) A título personal por haber transcurrido su relación laboral en la empresa desde el inicio hasta el fin de la prórroga otorgada por la empresa, bajo la eficacia general de dicho convenio colectivo y siempre que la situación económica, productiva u organizativa de la Empresa y/o centro de trabajo así lo permita.
- b) Considerándose compensables y absorbibles por cualesquiera otras condiciones que, por cualquier causa, pudieran resultar aplicables, cualquiera que fuera su origen y naturaleza.
- c) En cualquier caso hasta que entre en vigor un nuevo Convenio Colectivo Sectorial, momento en el que se aplicará dicho Convenio Colectivo, dejándose de aplicar las condiciones laborales indicadas con anterioridad.

En el supuesto de que no resulte aplicable un nuevo convenio colectivo esta decisión será revisable por la empresa en la fecha anteriormente citada (31-12-2014), conforme a la situación de la misma y/o centro de trabajo, lo que se comunicará a los efectos oportunos, y en ningún caso dará lugar a la consolidación de la decisión o al nacimiento de condición más beneficiosa o derecho adquirido para posteriores años. No obstante, la dirección de esta empresa quiere transmitirles que estamos dispuestos a negociar un convenio de empresa propio con el objetivo de buscar el equilibrio entre la competitividad y la eficiencia de la empresa, y los derechos de sus empleados.

Atentamente, Director Gerente."

QUINTO. - La representación de los trabajadores del centro de trabajo de Bizkaia la ostenta un representante de ELA.

SEXTO.- Se ha agotado la vía de conciliación previa.

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



"Que, **estimando la demanda** interpuesta por D^a Caridad frente a la CONSULMAR SOCIEDAD LIMITADA, **declaro la nulidad de la modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo operada por la demandante** a través de las comunicaciones fechadas a 6/08/2013 y 16/01/2014, **condenando a la demandada** a estar y pasar por tal declaración.

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

CUARTO.- El 1 de julio de 2014 se recibieron las actuaciones en esta Sala, fijándose el 22 de dicho mes para la deliberación del recurso

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consulmar SL recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, de 22 de abril del año en curso , que estimando la pretensión principal de la demanda interpuesta el 26 de agosto de 2013 por D^a Caridad , en su condición de única delegada de personal de los trabajadores del centro de trabajo de Bizkaia, ha declarado que las condiciones laborales fijadas unilateralmente por dicho empresario en sus comunicaciones de 6 de agosto de 2013 y 16 de enero de 2014 constituyen modificaciones sustanciales de las condiciones laborales de dichos trabajadores, que son nulas.

Consta que dicha empresa se dedica a la actividad de servicios de logística y consignación de buques. Igualmente, que en el Boletín Oficial de Bizkaia del 23 de junio de 2008 se publicó el último convenio colectivo para el sector de empresas consignatarias de buques, estibadores y transitarios de Bizkaia, con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2009 y denuncia automática el 1 de octubre de ese año, sin que se haya logrado negociar un nuevo convenio en sustitución del mismo.

Consta igualmente el contenido de esas comunicaciones que la hoy recurrente remitió a la Delegada de Personal y a todos los trabajadores. En el caso de la primera se decía, en esencia, que dicho convenio había perdido su vigencia el 8 de julio de 2013 conforme a lo dispuesto en el art. 86.3 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su redacción resultante tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, y disposición transitoria 4^a de ésta, por lo que resultaba aplicable el Estatuto de los Trabajadores y la restante normativa general que rija en cada momento, pero que era voluntad de la empresa mantener a los trabajadores de la misma con contrato en vigor, hasta el 31 de diciembre de ese año, las condiciones laborales que resultaban aplicables por el citado convenio y que si para esa fecha no había nuevo convenio, la empresa procedería a aplicar desde el 1 de enero de 2014 unas nuevas condiciones laborales que ya comunicaría y que en ningún caso generarían condiciones más beneficiosas. La segunda de esas cartas les daba cuenta de que, finalizada la prórroga que había concedido y por no existir nuevo convenio provincial ni otro de ámbito superior, había decidido fijar las nuevas condiciones laborales que iban a regir hasta el 31 de diciembre de ese año, manteniendo las del convenio decaído, aunque con ciertas excepciones que concretaba, y con la precisión de que tanto las mantenidas como las modificadas lo serían a título personal, pudiendo ser compensadas y absorbidas, y sólo hasta que entre en vigor un nuevo convenio de aplicación, en que pasarían a aplicarse las de éste. Las excepciones eran las siguientes: 1) no se aplicarán: la prima de larga permanencia (art. 11), la dote del personal (art. 12), los ascensos y categorías de informática (arts. 14 y 15), la regulación sobre expedientes de regulación de empleo, despidos improcedentes y traslados (arts. 37, 38 y 39), la remisión a la Ordenanza Laboral del sector, como norma supletoria (art. 45); 2) no se aplicará al personal de nuevo ingreso: el seguro de accidentes (art. 24) y la Mutua de Previsión (art. 25); 3) no se aplicará al personal de nuevo ingreso y sí a los ya contratados, aunque con matices para éstos: la regulación de la absorción, compensación y condición más beneficiosa del art. 5, ya que mantendrán derecho al salario de la nómina de enero de 2014 multiplicado por 16 pagas; tanto la antigüedad del art. 7 como las gratificaciones del art. 9 se les aplicará en función de la antigüedad devengada hasta entonces y lo cobrarán bajo el concepto de complemento personal; la jornada del personal actual será la de 1.662 horas anuales con tres meses de jornada intensiva en verano del art. 19, mientras que para los de nuevo ingreso será de 1.742 horas y dos meses y medio de jornada intensiva; las vacaciones (art. 20) se mantendrán en los 25 días laborables para el personal actual, siendo de 23 días para las nuevas incorporaciones; 4) el complemento económico de incapacidad temporal por enfermedad o accidente hasta el 100% del salario se aplicará a todo el personal, pero sólo hasta el día trescientos en dicha situación. Conviene resaltar, respecto a esa diferencia de trato entre personal con contrato de trabajo vigente el 1 de enero de 2014 y personal de nuevo ingreso, que en parte quedaba atenuado, a la vista de que se mantenía la aplicación del art. 40 del convenio, que establece el principio de que, a igual trabajo, igual retribución, aunque respetando siempre los derechos que implique la antigüedad.

Razona el Juzgado, en esencia, como fundamento de su decisión, que el art. 86.3 ET no establece la consecuencia que trae la pérdida de vigencia del convenio, cuando no existe otro de ámbito superior y que, en estos casos, dada la función regulatoria que cumplen los convenios y la imposibilidad legal de que



el empresario fije unilateralmente las condiciones laborales, ha de entenderse que se ha producido una modificación sustancial de condiciones laborales efectuada por la demandada sin seguir los cauces propios del art. 41 ET .

El recurso empresarial quiere cambiar ese pronunciamiento por otro que desestime la demanda interpuesta, a cuyo fin articula dos motivos, al amparo del art. 193.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), en los que denuncia que no se ajusta a derecho por dos razones distintas: 1ª) por no aplicar el art. 83 ET , dado que decaió la vigencia del convenio citado, conforme al art. 86.3 ET y la disposición transitoria 4ª de la Ley 3/2012 , y lo que la recurrente ha efectuado ha sido, precisamente, contractualizar las condiciones laborales del convenio decaído, respecto a los derechos ya causados por los trabajadores del centro conforme a éste, con lo que no se ha producido modificación alguna de sus condiciones; 2ª) por infringir el art. 40 (sic) ET , en relación con el art. 3 del Código Civil (CC), ya que no ha habido modificación sustancial alguna de condiciones laborales, desde el momento en que se mantiene el salario, la jornada, las vacaciones y las funciones, sin que puede entenderse que lo son por el hecho de que no se aplique ya el convenio a lo que no eran más que expectativas de derechos.

Recurso impugnado por la delegada de personal demandante, que se limita a asumir el criterio aplicado por esta Sala en sentencia de 15 de abril de 2014 (rec. 585/2014), en el caso de un litigio promovido por un trabajador de otra empresa sujeta al mismo convenio colectivo, impugnando individualmente una comunicación empresarial efectuada a sus trabajadores con ocasión de su pérdida de vigencia desde el 8 de julio de 2013 y las nuevas condiciones laborales que iba a aplicar desde esa fecha.

SEGUNDO.- A) Los términos en que se plantean ambos motivos de recurso, a la vista de lo que en realidad suscitan, aconsejan que les demos una respuesta conjunta y superando el defecto en que se incurre al citar como vulnerado al art. 40 ET , ya que cabe entenderla como puro error de transcripción, queriendo referirse al art. 41 ET .

B) No se cuestiona, en el caso de autos, que el convenio colectivo para el sector de empresas consignatarias de buques, estibadores y transitarios de Bizkaia finalizó su vigencia el 7 de julio de 2013 (último día), a consecuencia de lo ordenado en la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio , dado que estaba denunciado desde antes de la entrada en vigor de esa Ley, el 8 de julio de 2012, a tenor del párrafo último de su art. 1 , que incluía su automática denuncia el 1 de octubre de 2009, y dado que las partes no establecieron pacto de ultractividad ni éste llegó a concertarse a nivel de la empresa demandada.

También es pacífico entre los litigantes que ese convenio no ha quedado automáticamente sustituido por otro de ámbito superior, en razón de lo ordenado en el art. 86.3 ET , en su último párrafo, en redacción dada por el art. 14.6 de la Ley 3/2012 , ya que ninguno de ellos ha alegado la existencia de alguno que pudiera tener tal cualidad. Esta circunstancia hace inaplicable, en este caso, la doctrina que hemos aplicado en supuestos en que existía convenio de ámbito superior, tanto si éste no regulaba los elementos claves del contrato de trabajo (tiempo de trabajo y retribución) y se mantenía activa la negociación de un nuevo convenio con el mismo ámbito del convenio decaído (sentencias de 9 y 16 de noviembre de 2013 , autos 36/2013 y 43/2013, dictadas en litigios vinculados con el convenio de limpieza de edificios y locales de Gipuzkoa), como en los casos en que el convenio de ámbito superior no tiene ese tipo de lagunas y tampoco se mantiene viva la negociación en la unidad del convenio con vigencia finalizada (sentencia de 13 de mayo de 2014, rec. 890/2014 , recaída en el caso del convenio de hormigones y canteras de Bizkaia).

Se trata, por tanto, de determinar si en esa tesitura, los trabajadores de la demandada seguían teniendo derecho o no a la aplicación de las condiciones laborales fijadas en el convenio decaído y/o si las cartas de la demandada implican o no una modificación sustancial de condiciones de trabajo y su adecuada calificación.

C) El examen de la primera de esas cuestiones hemos de abordarlo, necesariamente, desde la vertiente general con que se plantea la decisión empresarial y su impugnación judicial.

Si así lo señalamos es porque un convenio colectivo estatutario, como el de autos, puede resultar de aplicación a las partes por más de un título jurídico: a) en primer lugar, por la fuerza vinculante del propio convenio, al quedar sujeto a su ámbito de aplicación (art. 82.3 ET), siendo ésta una materia no disponible por las partes de un contrato, de tal modo que éstas no pueden concertar válidamente que dicho convenio no les sea de aplicación; b) esto último 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 es de aplicación a esa relación laboral por su ámbito de aplicación, pero ello será siempre, en superposición al propio (de haberlo), cuya eficacia dependerá de que no perjudiquen normas establecidas en el propio convenio como indisponibles, en cuanto expresión de mínimos no sujetos a la voluntad de las partes de un contrato de trabajo, en conclusión que deviene de lo dispuesto en el art. 3.1.c) ET (y no del art. 3.1.b).



Desde esa perspectiva, puede suceder que alguno de los trabajadores afectado por este conflicto colectivo disponga de un pacto para que se les aplique el convenio decaído. Ese análisis ha de hacerse, necesariamente, a nivel individual y no en un litigio de conflicto colectivo, como es éste. Nuestro examen se contrae, por tanto, a la vertiente general, examinando si, con carácter general, como lo sostiene la parte demandante, las condiciones laborales del convenio decaído han quedado automáticamente incorporadas al contrato de trabajo, de tal manera que las mismas se siguen aplicando, pese a la pérdida de vigencia del mismo.

Pues bien, en relación a dicha cuestión (y también a la segunda de las que antes anunciábamos) y referido al mismo convenio sectorial provincial objeto de este pleito, hemos de indicar que han recibido cabal respuesta por esta Sala en la sentencia de 15 de abril de 2014 (rec. 815/2014), certeramente invocada por la demandante en su escrito de impugnación del recurso, en litigio promovido por una trabajadora de Biscay Ship Management SL, impugnando la decisión de esta empresa del sector transitario vizcaíno sobre las nuevas condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la misma al decaer la vigencia de ese convenio en términos de notable similitud con los del caso de autos. No existen razones para que nos apartemos de lo que entonces dijimos y, por ello, vamos a reproducir, como apartados D y E, lo que entonces expusimos en los apartados D y E del fundamento de derecho segundo de esa resolución, para examinar finalmente, en el apartado F, si las concretas circunstancias de las cartas aquí remitidas podrían llevar a una solución de distinto signo a la que entonces dimos (estimando el recurso de la trabajadora ahí demandante).

D) Asumiendo la concreta circunstancia del particularismo del caso de autos tal y como nos lo plantean las partes, hemos de resaltar primeramente que la actual redacción del artículo 86 número 3 del Estatuto de los Trabajadores lo que literalmente dice es que, superado el periodo de vigencia pactado en el convenio colectivo y denunciado el mismo, el convenio colectivo es prorrogado por un año y si luego no se ha logrado acuerdo sobre el nuevo convenio o dictado laudo arbitral, el anterior pierde vigencia (salvo pacto en contrario al efecto) y que, si procede, se aplica convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación.

Partimos también de que en este caso no hay convenio colectivo de ámbito superior.

Por tanto este caso se diferencia también de aquellos otros dos que resolvimos en las sentencias de fecha 26 y 19 de noviembre de 2013 (demandas 43/2013 y 37/2013), en los que se partía de que había un convenio colectivo de ámbito superior y que todavía se mantenía abierto, además, el proceso negociador del nuevo convenio colectivo, a diferencia de nuestro caso, donde también ese proceso ya había culminado sin éxito.

E) Bajo estas premisas previas, se trata de ver si la modificación sustancial de condiciones de trabajo con aquellas cartas es legal.

Anticipando ya la conclusión, hemos de decir que, en cuanto a lo primero, la respuesta es afirmativa y en cuanto a lo segundo, negativa, pues con independencia de otras consideraciones, no se ha seguido el trámite previsto el efecto en el artículo 41 número 4 del Estatuto de los Trabajadores y que, por ello, la medida modificatoria se califica como nula, conforme el artículo 138 número 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, como seguidamente pretendemos explicar.

La idea central es que entendemos que en estos casos, la pérdida de vigencia del convenio colectivo no autoriza a la empresa a regular de propia mano los aspectos que regulaba el convenio colectivo decaído.

Ya anticipamos el criterio en las sentencias de esta Sala de fecha 1 de abril y 20 de febrero de 2014 demandas 9/2014 y 66/2013).

La realidad nos demuestra que la tradición histórica del Derecho del Trabajo y, especialmente, de su sistema regulatorio de las relaciones laborales, tanto en España como en el ámbito europeo continental que nos es propio, se ha basado en la existencia de un triple nivel conformador de los contenidos de la relación laboral: la legislación imperativa, el convenio colectivo (en España, durante el franquismo y el postfranquismo preconstitucional el sistema de Ordenanzas Laborales) y el contrato de trabajo.

En nuestro ordenamiento jurídico, además, está reconocido, con rango constitucional, el derecho a la negociación colectiva (artículo 37 número 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978) y ese derecho a su vez incide en libertades públicas tan importantes como el de libertad sindical del artículo 28 número 1 de la propia Constitución .

Pues bien, esa misma realidad que hemos mencionado nos evidencia que solo con el contrato y el Estatuto de los Trabajadores no se alcanza a todos los aspectos del sinalagma de derechos y obligaciones bilaterales que conforman el contenido de la relación laboral. Lo cierto es que si solo consideramos esos dos pilares y no el tercero se producen vacíos reguladores en aspectos muy importantes de tal relación, vacíos a los que no se ofrece solución si solo se consideran esos dos elementos.



En efecto, en el Estatuto de los Trabajadores no faltan normas en las que se permite que se cambie la normativa legal por lo negociado o se relegue todo un aspecto de la propia relación laboral directamente al convenio colectivo. Sin ánimo de ser exhaustivos con ello, nos referimos, por ejemplo, al propio esquema general de fuentes de la relación laboral (artículo 3), contratos formativos (artículo 11), contrato a tiempo parcial (artículo 12), periodo de prueba (artículo 14), contratos temporales causales (artículo 15), permisos formativos (artículo 23), promoción profesional y ascensos (artículo 24), promoción económica (artículo 25), salario (artículo 26), liquidación del mismo (artículo 27), jornada laboral, horario y distribución de jornada (artículo 34), horas extraordinarias (artículo 35), conciliación de la vida laboral y familiar (artículo 37), vacaciones (artículo 38), movilidad funcional (artículo 39), traslados (artículo 40), extinción en general (artículo 49), extinción colectiva (artículo 51), despido disciplinario (artículo 54), faltas y sanciones laborales (artículo 58), comité de empresa (artículos 63 y 64), garantías de los miembros del comité de empresa (artículo 68) y elecciones sindicales (artículos 69, 70 y 71).

Algunas de ellas merecen el calificativo de sustanciales, en los términos del artículo 41 número 1 del Estatuto de los Trabajadores, dado el listado de materias allí fijado.

Por esto mismo no creemos que estuviese en la mente del legislador del año 2012 que, en estos casos tal relación se rigiese solo con la Ley imperativa y el contrato.

Existen otros datos que permiten afirmar que fuese voluntad del legislador suprimir ese sistema basado en los tres pilares mencionados y ni siquiera se puede pensar en que se pretendiera suprimir o menoscabar aquel derecho constitucional a la negociación colectiva. Al contrario, basta leer (la) Exposición de Motivos para concluir en que la misma parte de la vigencia de ese triple pilar regulador de las relaciones laborales.

De hecho, si se lee el cuarto apartado de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 se podrá concluir en que se pretende una mayor adaptabilidad de la negociación colectiva a la particular circunstancia coyuntural de cada empresa o que, por ello, se pretende primar el convenio de empresa frente a otros tipos de convenio colectivo o que existe un interés confesado en evitar que los convenios colectivos se petrifiquen mediante el expediente de suprimir la prórroga del convenio colectivo hasta entonces prevista en la Ley de forma indefinida en el tiempo cuando se ha superado su periodo de vigencia pactado, etc.

Pero ni de esa Exposición de Motivos ni del texto articulado de la Ley 3/2012 se puede deducir que lo que se pretenda con las reformas citadas sea menoscabar aquel derecho constitucional, ni que sea su última finalidad que las relaciones laborales queden reducidas a ser reguladas por el Estatuto de los Trabajadores y el contrato de trabajo. No creemos que ese sea un efecto querido por el legislador: ni lo uno ni lo otro.

Pues bien, también hemos de significar que de la literalidad del artículo 86 número 3 del Estatuto de los Trabajadores nos queda claro que sí que la Ley dice que en este caso concreto se debe cambiar el marco convencional y que sea el de ámbito superior el regulador, si no hay pacto alguno entre las partes sobre la prórroga en el periodo ya mencionado.

Pero hasta ahí, no más. Nada más dice la Norma. En concreto, entendemos que la Norma no dice que, si no hay convenio colectivo de ámbito superior, la relación laboral solo se rija por el Estatuto de los Trabajadores y el contrato de trabajo y en cuanto a lo no previsto en uno y otro caso por las disposiciones que el empresario tenga a bien adoptar en el futuro.

Lo contrario supone dar un salto en el vacío sobre la literalidad de la Ley, que no dice eso. Ese salto, por ende, atenta a la propia condición de contrato que tiene el de trabajo y que se basa en la concurrencia del mutuo consentimiento. En tal sentido, lo que entendemos que el ánimo de evitar la "petrificación" de los convenios colectivos no lleva a autorizar al empresario a entrar a regular de propia mano los aspectos de la relación laboral que antes regulaba el convenio colectivo. No dice eso la Ley de forma expresa y desde luego no se puede entender implícita en la misma tal solución. Seguimos hablando de un contrato de trabajo, el cual no puede quedar, en cuanto a la forma de su cumplimiento al albur de la voluntad de una de las partes (artículos 1256 y 1258 del Código Civil).

Y en este contexto, consideramos que no debemos hacer lucubraciones teóricas o doctrinales sobre la llamada cuestión de la "contractualización" de aquellas condiciones del previo convenio colectivo, sino centrarnos en ver si es legal la medida empresarial impugnada, que es una medida que entendemos que, por lo dicho, constituye una modificación sustancial de condiciones, al modificar lo que eran las condiciones sustanciales que regulaba el anterior convenio colectivo y en consecuencia la relación laboral de la demandante, sin seguir los cauces del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores .

Por ello, aunque se mantenga que lo que el artículo 86 número 3 del Estatuto de los Trabajadores lo que dice es que, en el caso allí previsto, no rige el convenio colectivo, ni como norma ni como pacto en forma alguna, pues ha decaído, lo cierto es que lo que el Estatuto de los Trabajadores no dice es que, en tal caso, el empresario pueda



disponer de los extremos de la relación laboral que venían siendo regulados por aquel convenio colectivo que ya no está en vigor a su propia y exclusiva voluntad. No dispone que tales extremos deban ser decididos por el empresario de forma unilateral, que es lo que se ha hecho, tal y como sostiene la recurrente.

Inciendo tal decisión en materias que han de ser consideradas como sustanciales del contrato de trabajo (artículo 41 número 1) y sin seguir el procedimiento fijado en su punto 4, la calificación que se impondría es la nulidad de la modificación (artículo 138 número 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social).

Ese mismo criterio lo hemos aplicado también en nuestra sentencia de 13 de mayo de 2014 (rec. 785/2014), en litigio de conflicto colectivo promovido por ELA frente a otra empresa del mismo sector laboral, Erhardt y Cia. SA, confirmando la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que implicaba su comunicación, de 9 de julio de 2013, indicando las nuevas condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa desde el día anterior, tras decaer el susodicho convenio, cuyos términos se asemejaban a los de nuestro caso. Conviene resaltar que tanto en ésta como en el litigio a que dio lugar nuestra sentencia de 15 de abril de 2014 se declaraba expresamente probado que las negociaciones para renovar el convenio decaído se dieron por finalizadas el 3 de julio de 2013.

F) En el caso de autos, las dos cartas remitidas por la demandada son bien expresivas de que ha efectuado, unilateralmente, una modificación de las condiciones laborales de los trabajadores del centro de trabajo en Bizkaia de Consulmar SL. Conclusión resultante, tanto si partimos de las condiciones que tenían conforme al convenio decaído como si lo hacemos desde el mismo punto de partida que la demandada sostiene que genera esa pérdida de vigencia del convenio (la aplicación de la legislación general).

Así lo primero a destacar, desde ambas perspectivas, es que la demandada se arroga una facultad que nuestro ordenamiento jurídico no le da, como es la de establecer las nuevas condiciones laborales (sean cuales sean). Repárese en que no dice que, como el convenio ha decaído y se aplica la legislación general, se limita a indicar cuáles son las que corresponden con arreglo a ésta (en cuyo caso, si su punto de partida fuese acertado, ella no estaría modificando condiciones, sino explicando las que acontecen, como sucede con cualquier cambio de regulación en la legislación estatal o en el convenio colectivo). Se trata, ya solo desde esa perspectiva, de un cambio capital, puesto que afecta a lo más decisivo de las condiciones laborales, que es la facultad de determinarlas. Eso no lo puede hacer un empresario unilateralmente, de igual manera que no lo puede hacer el trabajador por sí mismo. Repare la recurrente en lo que le parecería que los trabajadores, a la vista de la pérdida de vigencia del convenio, le comunicasen cuáles van a ser las nuevas condiciones laborales que han decidido fijar. La patente falta de amparo jurídico de esa posición es equiparable a la que tiene la doble decisión que ella ha adoptado.

En segundo lugar (y esto también vale para ambos enfoques), las nuevas condiciones las fija con carácter temporal y, además, dejando claro que no generan derechos en los trabajadores más allá de ese momento. Se trata, por ello, de condiciones graciosas suyas, meros favores, que da porque quiere. Obsérvese lo alejado que ello queda del régimen jurídico del contrato de trabajo, en el que existen derechos y obligaciones, que se fijan en unas fuentes determinadas (art. 3.1 ET). Sus trabajadores, en virtud de sus propios contratos de trabajo, podían tener derechos, que ahora se ignoran. No hay más que los mínimos de derecho necesario y todo lo demás es concesión de la recurrente, que pasado el plazo al que se vincula a darlo, puede eliminar porque no es un derecho consolidado de los trabajadores. Veamos la hipótesis inversa: éstos comunican a la empresa que, ante la pérdida de vigencia del convenio, han decidido que por seis meses y sin generar en ella derecho alguno a aplicarlo más allá, puede utilizar el régimen disciplinario previsto en la Ordenanza Laboral a la que remite el convenio decaído como norma supletoria. Tan falta de fundamento jurídico es una como otra posición. La empresa alega que lo que ha realizado es contractualizar las condiciones del convenio, pero ese no es el exacto sentido de sus comunicaciones (y ni tan siquiera de la primera): cuando uno tiene derechos por razón del contrato de trabajo y salvo que en éste se haya limitado su vigencia a un período concreto, pasan a ser condiciones más beneficiosas que las estrictamente legales y no pueden quedar sin efecto por la voluntad unilateral del empresario, salvo que lo haga al amparo del art. 41 ET , bajo la regla general en materia de contratos (lo que nace de la voluntad común de los contratantes, sólo puede alterarse por la voluntad común de ambos). En realidad, la recurrente tiene una idea equivocada de lo que es una condición más beneficiosa, como si fuese algo cuya subsistencia depende de la voluntad unilateral del empresario, cuando no es así: lo único que acontece es que, en su origen, son fruto de esa voluntad exclusivamente suya, pero se contractualizan con su tácita aceptación por el trabajador y, precisamente por ello, generan derechos, que aquél no puede ya suprimir unilateralmente. Cuestión distinta es que una determinada condición laboral, esté fijada por pacto expreso o por concesión unilateral del empresario asumida por el trabajador, tenga señalada un período concreto de vigencia, ya que transcurrido éste, el derecho deja de existir.

En tercer lugar, ambas cartas ponen de manifiesto que la recurrente olvida que los trabajadores pueden tener condiciones laborales con origen en su contrato de trabajo, superiores o distintas a las del convenio colectivo;



o que en aquél, como fruto de su común voluntad (añadiendo un título jurídico diferente al que proviene del art. 83.1 ET y que no se pierde por la pérdida de vigencia del convenio), los contratantes optaron por sujetarse al convenio decaído. Ese plano del contrato de trabajo, como factor generador de condiciones laborales, se ignora totalmente en ambas comunicaciones: según éstas, las nuevas condiciones laborales de los trabajadores son, desde el 8 de julio de 2013, las que resultan de la legislación general y las que, graciosamente, les reconoce de forma unilateral la demandada, sujetas a un determinado tiempo de vigencia y a que no exista nuevo convenio aplicable. Con ello, por ejemplo, si un trabajador no cobraba el salario del convenio sino uno superior, ese derecho ya no existe, a tenor de lo que en las cartas se indica, ya que la única fuente de derechos de los trabajadores, al margen de la legislación general, pasa a ser la unilateral voluntad del empresario.

Además, en la segunda de esas cartas ni tan siquiera mantiene, con ese carácter gracioso, todas las condiciones laborales previas, ya que elimina algunas (prima de permanencia, dote, ascensos, categorías de informática, derechos en expedientes de regulación de empleo, despido improcedente, traslados y materias sujetas a la regulación supletoria de la Ordenanza Laboral), reduce otras (complemento de incapacidad temporal) o altera su naturaleza (complemento de antigüedad y gratificaciones especiales), con lo que queda afectado el sistema de remuneración (expresamente previsto como modificación sustancial en el art. 41.1.d ET) y, por lo demás, dado el carácter abierto del listado del art. 41.1 y la entidad de los cambios, han de considerarse variaciones relevantes de las condiciones laborales de los trabajadores de dicho centro.

Circunstancia aún más patente si el análisis lo hacemos partiendo del punto de partida que sustenta la empresa (la legislación general, ante la ausencia de convenio), ya que aquí las modificaciones afectan a todos los elementos del contrato, incluidos los puntos centrales como son el tiempo de trabajo y su retribución, decidiendo unilateralmente que se les va a aplicar un convenio que no les es de aplicación, pero no en todo su contenido sino en la parte que ella considera oportuna y por el tiempo que ha estimado conveniente. Poco importa que, desde esa vertiente, ese cambio pudiera suponer una mejora de sus condiciones, ya que tampoco puede hacerlo unilateralmente.

Cuanto antecede nos lleva a confirmar la decisión del Juzgado: la demandada, con sus comunicaciones de 6 de agosto de 2013 y 16 de enero de 2014, se ha atribuido una facultad que no tiene, como es la de fijar unilateralmente, fuera del marco del art. 41 ET, las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de su centro de Bizkaia, una vez decaída la vigencia del convenio que resultaba de aplicación y que no existe nuevo convenio aplicable en dicho centro de trabajo, eliminando todas las condiciones laborales que traen causa de sus contratos de trabajo.

Su recurso se desestima.

TERCERO.- En litigios de conflicto colectivo, salvo temeridad o mala fe (aquí no existente), cada parte ha de asumir sus propias costas (art. 235.2 LJS).

FALLAMOS

1º) Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Consulmar SL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, de 22 de abril de 2014, dictada en sus autos nº 1068/2013, de conflicto colectivo, seguidos a instancias de D^a Caridad, en su condición de delegada de personal de los trabajadores del centro de trabajo en Bizkaia de dicha empresa, frente a ésta, confirmando lo resuelto en la misma.

2º) Cada parte asume sus propias 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/

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. 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 4699-0000-66-1392-14.

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 4699-0000-66-1392-14.

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.