



Roj: **STSJ PV 3613/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:3613**

Id Cendoj: **48020340012014101932**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2014**

Nº de Recurso: **2071/2014**

Nº de Resolución: **2246/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **2071/2014**

N.I.G. P.V. 20.05.4-13/003823

N.I.G. CGPJ 20.069.34.4-2013/0003823

SENTENCIA Nº: 2246/2014

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 25 de noviembre de 2014.

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. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D^a ELENA LUMBRERAS LACARRA, 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 Isidoro contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 3 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 30 de junio de 2014, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por Isidoro frente a **PASTELERIA ECEIZA S.A.**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, 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. Que D. Isidoro ha venido trabajando por orden y cuenta de la empresa PASTELERIA ECEIZA S.A., con la categoría profesional de ayudante, una antigüedad desde el día 11 de agosto de 2008, y un salario medio mensual de 2.097,65 euros, con prorrateo de pagas extraordinarias, siendo de aplicación a esta relación laboral el Convenio Colectivo Provincial de Industria y Comercio de Guipúzcoa.

SEGUNDO. Que con fecha 8 de julio de 2013 la empresa demandada ha notificado por escrito a todos sus trabajadores una carta con el siguiente contenido literal:

"El convenio colectivo de aplicación finaliza su vigencia definitivamente el día 7 de julio de 2013, y al no existir otro de ámbito estatal, a partir de esa fecha nuestro marco regulatorio de obligado cumplimiento será la normativa laboral general y en concreto el Estatuto de los Trabajadores.



No obstante es decisión de la Dirección de la empresa mantener algunas de las condiciones que el personal de esta empresa viene disfrutando, bien a través del propio convenio provincial ya caducado o bien a través de pactos anteriores.

Estas condiciones son las siguientes:

-El salario anual actual de los trabajadores, con carácter de absorbible y compensable, con excepción del concepto "a cta. convenio 2010-12" que desaparece definitivamente.

Estas condiciones más beneficiosas se mantendrán a todo el personal que esté dado de alta en esta empresa a la fecha de esta notificación.

A las nuevas contrataciones que se produzcan a partir del 8 de julio se les aplicará el nuevo marco legal de aplicación.

Teniendo en cuenta la actual coyuntura económica y debido a razones de competitividad de la empresa, la decisión de continuar aplicando el marco de condiciones señalado se mantendrá hasta el día 31 de diciembre de 2013. Transcurrido ese plazo la Dirección tomará las decisiones oportunas.

En Tolosa, a ocho de julio de dos mil trece. "

TERCERO. Que pese a la decisión comunicada, la empresa demandada ha continuado aplicando a los trabajadores las mismas condiciones laborales que las que venía aplicándoles con anterioridad a dicha comunicación, pese a la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo Provincial de Industria y Comercio de Guipúzcoa.

CUARTO. Que la empresa demandada ha dejado de abonar a los trabajadores de su empresa el concepto denominado "a cuenta de convenio."

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

"Que DEBO DESESTIMAR la demanda promovida por D. Isidoro contra la mercantil PASTELERIA ECEIZA S.A., ABSOLVIENDO a la mercantil demandada de las pretensiones deducidas en su contra."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Desestimada por la sentencia de instancia la demanda sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la que D. Isidoro solicita se declare nula o subsidiariamente injustificada la medida adoptada por la empresa de considerar aplicable a partir del 8.7.2013 -por la pérdida de la vigencia ultraactiva del Convenio Colectivo de Industrias de Confeitería de Gipuzkoa- la normativa laboral general y, en concreto, el Estatuto de los Trabajadores, al tiempo que comunicaba el mantenimiento de las condiciones laborales anteriores hasta el 31.12.2013 salvo el concepto "a cta. Convenio 2010-12", por la representación letrada del demandante se interpone recurso de suplicación dirigido a la reposición de los autos con nulidad de la sentencia recurrida para el dictado de otra que dé respuesta efectiva a sus pretensiones, y, subsidiariamente, a la revisión de los hechos declarados probados y examen del derecho aplicado para la estimación de la pretensión formulada en la demanda. El recurso es impugnado por la empresa demandada.

SEGUNDO.- En el primer motivo, por la vía del art. 193 a) de la LRJS, se denuncia que la declaración efectuada en la instancia vuelve a sentenciar sobre la falta de acción que postula la demandada, sin que entre a analizar ni decidir nada sobre el cambio de título jurídico en las relaciones laborales observado en la anterior sentencia de esta Sala de fecha 13.5.2014 por la que se declaró la nulidad de la previa sentencia del Juzgado que apreciaba esa misma falta de acción, con lo que entiende deja sin resolver la pretensión fundamental de la demanda incurriendo en incongruencia omisiva con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello considera vulnerado el art. 218.1 de la LECivil en relación con el art. 24 de la Constitución.

Como la declaración de nulidad de una resolución, en cuanto supone una frustración aunque sea provisional del proceso seguido en la instancia con el consiguiente estado de insatisfacción para los justiciables por lo que se refiere a la obtención de una resolución fundada en derecho que dé respuesta a las cuestiones debatidas en el litigio sin dilaciones indebidas, constituye un remedio procesal que ha de ser manejado con el mayor cuidado y ponderación, no llevándose más allá de los límites impuestos por el propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución -artículo 24.1 de la misma- proclama y garantiza, debe considerarse que, cuando no exista indefensión, no procede la declaración de nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento de acuerdo con lo que



establece el apartado a) del artículo 193 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, asimismo, que no es posible decretar una nulidad que sólo cabe sino cuando se agoten previamente todos los medios de defensa, y más concretamente, cuando tras la supuesta infracción procesal el perjudicado reacciona y formula la oportuna protesta ante el órgano judicial (siempre que esta última, claro está, haya sido posible).

En cuanto a la incongruencia, el art. 218 de la LEC dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas en el pleito, de forma que deben contener las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para declarar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita (sentencias de la Sala 1ª del TS de 18 de noviembre de 1996, 29 de mayo de 1997, 28 de octubre de 1997, 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero de 1998, 10 de marzo de 1998, 24 de noviembre de 1998 y 4 de mayo de 1999, entre otras).

Como ha señalado el Tribunal Constitucional de forma reiterada, entre otras, en las Sentencias de fecha 26 de junio de 1998 (núm. 136/98) y la de junio de 1996 (núm. 98/1996), y las que en ellas se citan, aun siendo compatible la congruencia, con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio de punto de vista jurídico, sin que esté obligado a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, "el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una substancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal"

Pues bien, basta comparar el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia para observar que, a pesar de que el razonamiento seguido en la actual sentencia desestimatoria de las pretensiones del actor puede incidir en aspectos que ya fueron tratados para considerar en la anterior anulada la falta de acción del demandante, la resolución que ahora se recurre da respuesta a lo interesado en su demanda, sin que se observe que ocasione la necesaria indefensión para el acogimiento de la nulidad de actuaciones. La discrepancia de criterios jurídicos no conlleva necesariamente a tan drástica solución cuando la determinación del que debe considerarse ajustado a derecho es posible mediante el uso de las otras vías previstas en el art. 193 de la LRJS, es decir, mediante la revisión de los hechos declarados probados y el examen del derecho aplicado, siempre que, como ocurre en este supuesto, no queden las partes privadas de sus medios de defensa.

TERCERO.- El motivo segundo, al amparo del art. 193 b) de la LRJS, y con remisión al documento obrante al folio 28 de los autos (contrato de trabajo), postula la adición de un nuevo hecho probado quinto con reproducción del contenido de las cláusulas tercera y novena del recurso, relativos al percibo de la retribución según convenio y a la aplicación, en lo no previsto en el contrato, de la legislación vigente y del convenio colectivo de industria de confitería, y ello con el objeto de fijar el marco regulatorio de la relación laboral.

Hemos de recordar que la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aún deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de lo actuado.

Pues bien, sin que el marco en el que se desenvolvía la relación laboral mantenida entre las partes sea una cuestión controvertida, y sin que tampoco la adición postulada resulte relevante, como luego veremos, para la resolución de lo solicitado en la demanda, debemos rechazar lo solicitado.

CUARTO.- En el tercero y último de los motivos, por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 1255, 1256 y 1261 del Código Civil, así como también del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 138 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.



Con mención de pronunciamientos de esta Sala y de otros Juzgados de lo Social que declaran la nulidad de la medida comunicada en relación a iguales pretensiones formuladas por compañeros de trabajo del actor, sostiene que la modificación unilateral de la fuente reguladora de su relación laboral y la supresión en la nómina del concepto "a cuenta convenio" constituyen modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo determinantes de igual pronunciamiento, defendiendo asimismo, con denuncia de la infracción de los arts. 82.3 y 86 del ET , que el convenio colectivo que se venía aplicando continúa vigente porque, negociado cuando la norma preveía la ultraactividad indefinida, esa fue la voluntad tácita de las partes negociadoras al no establecerse otra cosa.

Respecto a esto último, basta la lectura del art. 4 del Convenio Colectivo de Industria y Comercio de Confeitería de Gipuzkoa 2007 -2009, que viene a decir que entraba en vigor a partir del 1.1.2007 con una duración de tres años (hasta el 31.12.2009), excepto en aquellos artículos en que se indique una vigencia diferente, y señalando que "quedará automáticamente denunciado el 31.12.2009", para observar que, a tenor de lo que disponen el art. 86.3 último párrafo en relación con el art. 14.6 y la D.T. 4ª de la Ley 3/2012 , no puede acogerse la pretendida ultraactividad del citado convenio con posterioridad al 8.7.2013.

En cuanto a si la comunicación remitida por la empresa al actor (también dirigida al resto de los integrantes de su plantilla) constituye o no una modificación sustancial de condiciones de trabajo, diremos que la Sala en Pleno no jurisdiccional tiene acordado que en los supuestos en los que la empresa comunica que un convenio de sector no rige desde del 8 de julio de 2013 por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 86.3 ET , y que, no obstante, se mantienen todas las previas condiciones laborales por decisión graciosa y unilateral del empresario y hasta concreta fecha, estábamos ante decisiones empresariales constitutivas de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, las cuales, cuando no se observa el trámite previsto en el art. 41 ET , deben ser consideradas nulas.

Debemos seguir los pronunciamientos ya efectuados por esta Sala al resolver iguales pretensiones de otros trabajadores de la misma empresa a los que se les hizo la misma comunicación (sentencias de 14.10.2014 , 21.10.2014 y 11.11.2014 , recursos nº 1834/14 , 1870/14 y 1871/14) considerando que en este caso también se ha producido la modificación sustancial de condiciones de trabajo impugnada, para la que la empresa no ha aportado justificación alguna y que no se ha tramitado conforme a lo prevenido en el artículo 41 ET .

Ahora bien, conviene aclarar que dicho pronunciamiento, conforme a lo acordado igualmente por esta Sala en Pleno no jurisdiccional, debe ser matizado en relación a la supresión en la nómina del concepto "a cuenta convenio".

Así, mientras que respecto del resto de las condiciones laborales comunicadas, como ya hemos adelantado, estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo nula en virtud de lo dispuesto en los arts. 41.4 del ET y 138.7 de la LRJS (conclusión que la doctrina de esta Sala -como ha señalado la sentencia de esta Sala de 28.1.2014, rec. 1877/14 - no proyecta sobre aquellos casos en que el empresario se limita a comunicar a su personal la finalización del período de vigencia ultraactiva del convenio colectivo estatutario por el que venían regulando sus relaciones, y la aplicación, a partir de ese momento, del convenio colectivo de ámbito superior, de existir, o de la normativa laboral general, y ello porque se trata de un acto empresarial que, en principio, no trasciende de la mera aplicación de una norma legal, sin perjuicio de la valoración jurídica que pueda merecer), en cuanto al concepto "a cuenta convenio" suprimido -tal como se ha razonado en la sentencia de 11.11.2014, rec. 1871/14 antes aludida- no puede establecerse la misma consideración porque su finalidad era, por un lado, mejorar la retribución del personal, adelantando parte del incremento salarial a establecer, previsiblemente con carácter retroactivo, en el convenio colectivo sectorial pendiente de renovación, y por otro, evitar a la empresa tener que desembolsar la totalidad de los atrasos en el momento de la publicación del nuevo convenio, todo ello sin perjuicio de la posterior regularización en función de la subida finalmente pactada, por lo que, decaída definitivamente la vigencia de la norma paccionada a cuenta de cuya predecible suscripción se percibía la cantidad reclamada, y no habiéndose alegado ni acreditado que se mantenga el proceso negociador para suscribir otra que la sustituya, carece de todo fundamento jurídico la pretensión de que se siga abonando esa partida al no existir indicio alguno de que las partes hayan retomado o vayan a retomar una negociación que no ha dado fruto en los casi cinco años transcurridos desde que terminó la vigencia ordinaria del convenio. No puede transformarse un concepto provisional y vinculado a un convenio en trance de negociación, mientras se mantenía la vigencia prorrogada del anterior, en un concepto consolidado y sin ningún elemento referencial, al haberse extinguido el convenio al que se conectaba.

Cuánto hemos expuesto determina la estimación del recurso de suplicación en parte, por lo que, revocando parcialmente la sentencia de instancia, declaramos la nulidad de la modificación sustancial de condiciones sustanciales de trabajo comunicada al demandante, condenando a la empresa a que le restituya en sus anteriores condiciones de trabajo salvo en lo que respecta al abono del concepto "a cuenta convenio".



QUINTO.- No cabe pronunciamiento alguno en materia de costas (art. 235-1 LRJS), al ser parte vencida en el recurso, a los efectos de la imposición de las costas, el recurrente, que no gozando del beneficio de justicia gratuita, ve desestimada su pretensión impugnatoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993).

FALLAMOS

Que **estimando en parte** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Isidoro frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Donostia, dictada el 30 de junio de 2014 en los autos nº 758/2013 sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, seguidos a instancia del ahora recurrente contra Pastelería Eceiza SA, **revocamos en parte** la sentencia recurrida y declaramos la nulidad de la modificación sustancial de condiciones sustanciales de trabajo comunicada al demandante, condenando a la empresa a que le restituya en sus anteriores condiciones de trabajo, salvo en lo que respecta al abono del concepto "a cuenta convenio". Sin condena en 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.

Un 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 realiza el Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS en el recurso de la Sala nº **2071/2014**

En el presente procedimiento se enjuicia la decisión empresarial de dejar definitivamente de aplicar desde el 8 de Julio de 2013 el Convenio Colectivo Provincial de la Industria y el Comercio de Guipuzcoa, que en aquella fecha llevaba más de un año en prórroga desde que finalizó la vigencia prevista en el mismo, sin que se esté negociando en un convenio nuevo.

El criterio mayoritario de la Sala consiste en que la decisión empresarial de, no obstante la finalización del convenio, mantener hasta el 31 de Diciembre del 2013 las mismas condiciones de trabajo constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo porque dicho mantenimiento se basa no ya en el convenio sino en la decisión unilateral de la empresa, y no habiendo ésta seguido el procedimiento del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores la decisión empresarial es ilegal.

Discrepo de esta calificación porque el art. 41 no guarda relación alguna con la cuestión litigiosa. Esa norma requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, que en este caso ni concurren ni la empresa las ha invocado. El mero hecho de que las condiciones laborales no se hayan alterado sitúa el conflicto fuera del ámbito del art. 41

Por el contrario, la decisión empresarial se basó en el art. 86.3 párrafo 4º del Estatuto de los Trabajadores , que efectivamente hubiera dado cobertura legal a la decisión en el supuesto de que la empresa se hubiera remitido a un convenio colectivo de ámbito superior. La empresa reconoce que ese convenio no existe, y ahí es donde pierde el amparo del precepto citado, siendo ésta la razón fundamental que la sentencia debió abordar para declarar la ilegalidad de la decisión empresarial.

Por consiguiente, el presente es un voto particular concurrente porque la estimación del recurso de la parte actora debió basarse en el fundamento expuesto.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, junto con el Voto Particular del Ilmo. del Sr. PABLO SESMA DE LUIS 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 4699-0000-66-2002/2014.

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 4699-0000-66-2002/2014.

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.