



Roj: **STSJ PV 1769/2015 - ECLI:ES:TSJPV:2015:1769**

Id Cendoj: **48020340012015100930**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2015**

Nº de Recurso: **774/2015**

Nº de Resolución: **989/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Bilbao, núm. 4, 19-01-2015,**  
**STSJ PV 1769/2015**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación **774/2015**

**N.I.G. P.V. 48.04.4-14/006506**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2014/0006506**

**SENTENCIA Nº: 989/2015**

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

En la Villa de Bilbao, a veintiseis de mayo de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/a. Sres/a. D<sup>a</sup>. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por **ASTHON CARGO BILBAO S.L.**, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de los dew Bilbao, de fecha veintiséis de enero de dos mil quince, dictada en los autos núm. 625/2014, seguidos a instancia de la **CONFEDERACION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE EUSKADI** frente a la ahora recurrente, y **LAB**, sobre Conflicto Colectivo (CIC).

Ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, que expresa el parecer 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:

1).- El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores que prestan servicios para la empresa demandada Asthon Cargo Bilbao, S.L.

2).- En la empresa demandada se ha venido aplicando el Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias de Buques, Empresas Estibadoras y Transitarias de Bizkaia, publicado en el BOB de 23 de junio de 2008, que se da por íntegramente reproducido.

En el artículo 1 del citado convenio colectivo se dice lo siguiente:

*"Vigencia, duración y denuncia.*

*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".*

**3).**- La Comisión Negociadora del convenio se reunió en varias ocasiones sin llegar a un acuerdo, siendo la última reunión la celebrada con fecha 3-7-2013.

**4).**- El día 12 de julio de 2013, la empresa demandada comunicó a toda la plantilla adscrita al centro de trabajo de Bizkaia, escrito de la misma fecha, con el siguiente tenor literal:

*"En virtud de la presente, la Dirección de esta Empresa les comunica que el pasado 7 de Julio finalizó el Convenio Colectivo Provincial de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios que se aplica en esta Empresa, perdiendo su vigencia en virtud de lo dispuesto en el Art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, del 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por lo que en base a lo dispuesto en la citada normativa y al no existir Convenio Colectivo de ámbito superior al provincial, las relaciones laborales en esta empresa se regirán, a todos los efectos y a partir del día 8 de julio, por el Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones normativas relacionadas.*

*La pérdida de vigencia del Convenio Colectivo en la fecha indicada conlleva diversas modificaciones al dejar de ser aplicables tanto cláusulas específicas que en el mismo se contienen como las tablas salariales aprobadas para su vigencia, sin perjuicio de las cláusulas contractuales individuales que el trabajador haya celebrado con su empresa.*

*Por ello, a partir del 8 de julio de 2013, y mientras no se apruebe un nuevo Convenio Colectivo Sectorial, las relaciones laborales de "Asthon Cargo Bilbao, S.L." pasarán a regirse exclusivamente por el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa relacionada que resulte aplicable en cada momento.*

*No obstante lo anterior, sólo para los trabajadores que actualmente forman parte de la plantilla de esta empresa, y con objeto de que podamos llevar las modificaciones que exige el nuevo marco legal con la precisión y garantías necesarias, la Dirección de "Asthon Cargo Bilbao, S.L." ha decidido mantener hasta el 31/12/2013 las últimas tablas salariales publicadas que provienen del Convenio Colectivo provincial que se aplicaba en esta empresa antes del 8 de julio de 2013. Esta decisión, de carácter personalísimo, transitoria y en todo caso con la condición de suprimible, absorbible y/o compensable cualquiera que sea su naturaleza y origen, se mantendrá hasta la citada fecha (31/12/2013) salvo que con anterioridad a la misma entrase en vigor un nuevo Convenio Colectivo Sectorial en cuyo caso se aplicaría dicho Convenio, siendo suprimibles, compensables y absorbibles aquellas diferencias salariales que pudieran originarse. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación del Art. 41 del Estatuto de los Trabajadores en caso de que así fuera necesario.*

*Con la excepción señalada en el párrafo anterior, el resto de derechos y obligaciones derivadas de las relaciones laborales que "Asthon Cargo Bilbao, S.L." mantiene con sus trabajadores se regirán, tal y como se ha expresado en el párrafo tercero de la presente comunicación, por el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa relacionada que resulte aplicable en cada momento, hasta que entre en vigor un nuevo Convenio Colectivo Sectorial en cuyo caso se comenzaría aplicar el contenido normativo del mismo".*

**5).**- En comunicado de la empresa de fecha 6 de agosto de 2013, por la demandada se adjunta el nuevo calendario laboral con vigencia desde el 8 de julio de 2013, tras la declaración de la no aplicación del Convenio Colectivo antes referido.

Se da por expresamente reproducida dicha comunicación, que consta en el bloque documental nº 3 del ramo de prueba de la empresa demandada y documento nº 7 del ramo de prueba del sindicato codemandado LAB.

Mediante escrito de 30 de enero 2014 la empresa comunicó a la plantilla la prórroga de la comunicación del pasado día 12 de julio de 2013 hasta el resultado del procedimiento señalado en el artículo 41 del ET, señalando que el resto de derechos y obligaciones se rigen por el Estatuto de los Trabajadores. Se da por expresamente reproducido dicho escrito, que consta como documento nº 2 del ramo de prueba del demandante, y en el bloque documental nº 2 de la empresa demandada.



6).- El día 10 de junio de 2014 se hace entrega a los trabajadores por parte de la empresa de un escrito dirigido a toda la plantilla de Asthon Cargo Bilbao, S.L. con el siguiente tenor literal:

*"Con fechas 12 de Julio de 2013 y 30 de enero de 2014, se les informó que como consecuencia de la pérdida de vigencia el 7 de julio del 2013 del Convenio colectivo de Bizkaia de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios, las relaciones laborales de la empresa con sus trabajadores se regirían por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa relacionada que resultara aplicable. Todo ello sin perjuicio de las condiciones más beneficiosas o contractuales que pudieran tener adquiridas o pactadas los trabajadores por encima de lo establecido en el Convenio Colectivo decaído.*

*Asimismo, se les informó de que esta situación se mantendría hasta que existiera o se entendiera aplicable un nuevo Convenio Colectivo Sectorial, en cuyo caso se comenzaría a aplicar el mismo.*

*Como consecuencia de la incertidumbre generada en la plantilla por la ausencia de convenio colectivo estatal de referencia, incrementada a su vez por las medidas que conforme al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se han tenido necesariamente que adoptar en 2013 y 2014 como consecuencia de la grave situación económica y productiva por la que atraviesa la empresa, la dirección de la empresa realizó una consulta sobre la posible existencia de un Convenio colectivo Sectorial Estatal o autonómico de ámbito superior en el que encuadrarse.*

*En la consulta realizada, y si bien se confirma la inexistencia de un Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios de ámbito estatal o autonómico, nos han informado que con fecha 1 de marzo de 2014 y recientemente, con fecha 15 de mayo del mismo año, tanto la Audiencia Nacional como nuestro Tribunal Superior de Justicia del País Vasco han concluido que cuando el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la aplicación de un "convenio Colectivo de ámbito superior" en caso de pérdida de vigencia de un convenio, este ámbito más amplio puede ser territorial, pero también personal o funcional, de forma que un convenio de ámbito superior puede ser también uno provincial con un ámbito funcional o personal más amplio, siempre que incluya dentro de su ámbito la totalidad o parte de las relaciones que venían reguladas en el convenio colectivo que ha perdido vigencia.*

*Así, el Convenio Colectivo de Bizkaia de Transporte por Carretera (BOB 26-08-2013) regula en su ámbito funcional no solo a las empresas propias de transporte, sino también a las que realizan funciones auxiliares al transporte, definiendo expresamente éstas en su artículo 3 como "las actividades que la ley 16/87, de Ordenación de Transportes Terrestres denomina como auxiliares y complementarias del transporte de mercancías". Dicha Ley 16/87, tras su última modificación conforme a la Ley 9/2013, de 4 de julio, define en su artículo 1.3 la actividad de los Transitarios como una actividad auxiliar y complementaria al transporte.*

*Es por ello, que en virtud de la presente se les informa que de conformidad con lo establecido en el artículo 86.3 del ET, el Convenio Colectivo aplicable a la empresa Asthon Cargo Bilbao, S.L., tras la finalización de la vigencia del Convenio de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios, será el citado de Transporte por Carretera, publicado en el BOB en fecha 26 de agosto de 2013, y firmado para los años 2010-2016, por lo que aquellas condiciones en las que la empresa venía aplicando el Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias, Estibadoras y Transitarias de Bizkaia hasta el 7 de julio de 2013, pasarán a regirse por dicho Convenio Colectivo para las Empresas de Transporte por Carretera y Actividades Auxiliares y Complementarias del Transporte conforme a lo dispuesto legalmente, lo que se comunica a los efectos oportunos".*

7).- En sentencia de fecha 22 de septiembre de 2014 de este Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao, que ha devenido firme, dictada en autos nº 863/13 seguidos a instancia del trabajador Erasmo frente a la empresa demandada, se declaró que la decisión empresarial de 12 de julio de 2013 constituía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de sus empleados, que ha de ser calificada como nula.

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:0 Estimo la demanda presentada por Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi frente a la empresa Asthon Cargo Bilbao, S.L. y el sindicato LAB, y declaro nula la decisión de la empresa demandada de aplicar el Convenio Colectivo para las empresas de Transporte por carretera y Actividades Auxiliares y complementarias del Transporte de Bizkaia, publicado en el BOB de 26 de agosto de 2013, y se declara asimismo el derecho de los trabajadores de la empresa demandada del sector Empresas Consignatarias, Estibadoras y Transitarias de Bizkaia, de mantener a título individual las condiciones laborales establecidas en el Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias, Estibadoras y Transitarias de Bizkaia, para los años 2007, 2008 y 2009 y que venían disfrutando en la actualidad

**TERCERO** .- Frente a dicha sentencia, la representación procesal de la empresa demandada interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado por la contraparte y por LAB.

**CUARTO**.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de los recursos de suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 23 de abril 2015,



emitiéndose en esa misma fecha diligencia de ordenación en la que se acordó la formación de las actuaciones del recurso y la designación de Magistrado- Ponente.

**QUINTO.-** Por providencia de 4 de mayo de 2015 se señaló, para la deliberación y fallo del asunto la audiencia del día 12 de ese mismo mes, en que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El órgano judicial de instancia, estimando en lo sustancial la pretensión deducida por CCOO en la demanda de conflicto colectivo origen de las actuaciones, ha declarado nula la decisión adoptada el 10 de junio de 2014 por la mercantil Asthon Cargo Bilbao S.A. de aplicar a su personal el convenio colectivo para las empresas de transporte por carretera y actividades auxiliares de Bizkaia, publicado en el Boletín Oficial de 26 de agosto de 2013, y ha reconocido el derecho de los trabajadores a su servicio a mantener, a título individual, las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo de empresas consignatarias, estibadoras y transitarias para los años 2007 a 2009, que según afirma en la sentencia "venían disfrutando en la actualidad".

En lo que respecta al fondo de la cuestión planteada, el pronunciamiento judicial descansa, básicamente, en la consideración de que las dudas sobre la aplicabilidad del convenio colectivo de transporte, quedaron despejadas en sentido contrario al postulado por la empleadora en la sentencia dictada por el propio Juzgado conociendo de la demanda formulada por un trabajador de su plantilla, que despliega efectos positivos de cosa juzgada en el presente. A partir de esta premisa concluye que la medida impugnada constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que no se ha sujetado al procedimiento legalmente previsto, lo que acarrea el derecho de los afectados a conservar las previas.

**SEGUNDO.-** Son seis los motivos tasados en los que la empresa demandada basa su recurso de suplicación, además de desarrolla uno de carácter introductorio y otro de naturaleza conclusiva que no merecen respuesta separada.

El primero de los motivos propiamente dichos con sede en el apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción del artículo 97.2 del Texto Adjetivo Social. La recurrente aduce al efecto que la sentencia impugnada carece de una fundamentación propia, remitiéndose íntegramente a una resolución precedente en la que se analizaba un comunicado empresarial anterior en el tiempo y haciendo referencia a las sentencias dictadas por esta Sala en relación a otras empresas distintas, en las que no se abordó el problema que aquí se suscita, incurriendo en incongruencia, y obviando la prueba practicada sobre la actividad que lleva a cabo en orden a la consideración del convenio de transporte como norma paccionada de ámbito superior.

El motivo no merece favorable acogida. La interpretación que realiza el juzgador de las sentencias de la Sala a las que alude y su decisión de aplicar el efecto prejudicial de la cosa juzgada derivada de la sentencia recaída en otro procedimiento, y en función de ello abstenerse de analizar la tesis de fondo que defiende la empresa, podrán tacharse de erróneas o carentes de base desde el punto de vista de la legalidad, y, como tal, ser oportunamente refutadas en este trámite y rectificadas en su caso por el Tribunal "ad quem", pero no adolece de falta de motivación o de congruencia y, en cualquier caso, no son determinantes de indefensión no susceptible de ser subsanada mediante este recurso, requisito indispensable para que el incumplimiento de los requisitos internos de la sentencia pueda dar lugar a la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, lo que únicamente comportaría una mayor dilación. Así lo asume la propia parte recurrente al señalar que la Sala está en condiciones de resolver el litigio conforme al verdadero objeto del debate, atendiendo al contenido del comunicado cuestionado en la demanda, lo que reconduce la queja a las formuladas en otros motivos del recurso

**TERCERO.-** Descartada la pretensión anulatoria de la sentencia de instancia, corresponde analizar ahora, siguiendo un orden lógico en el enjuiciamiento de las cuestiones que plantea la recurrente, si el Sindicato demandante está activamente legitimado para impugnar, por el cauce del proceso colectivo, la decisión empresarial cuya validez objeta, puesto que de acogerse la tesis que defiende la empresa, resultaría innecesario el examen de los restantes temas que somete a la decisión de la Sala.

En el motivo tercero de su recurso, la mercantil demandada entiende que CCOO carece de legitimación para formalizar el conflicto y que, al rechazar la excepción que formuló al efecto, bajo el argumento de que formó parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresas consignatarias de Bizkaia, el juzgador infringió el artículo 154 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y la doctrina que cita, habida cuenta que su presencia en el banco social lo era únicamente en su condición de sindicato más representativo, contando únicamente con el 2,17 % de los delegados del sector.





En respuesta a este alegato, hay que comenzar recordando que el artículo 17.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social reconoce legitimación a los sindicatos de trabajadores para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios, precisando a continuación que aquellos que tengan implantación suficiente en el ámbito de un conflicto, estarán capacitados para accionar en cualquier proceso en que estén en juego los intereses colectivos de los trabajadores, para cuya defensa y promoción están habilitados ( artículo 7 de la Constitución ), siempre que mantengan un vínculo suficiente con el objeto del pleito de que se trate. No basta, por tanto, con que la Central o Confederación demandante haga valer su función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, debiendo acreditar, además, la existencia de un nexo especial y concreto con el objeto de debate, en razón de su grado de implantación en el centro de trabajo afectado por el conflicto, o en el marco general al que la controversia se refiere. Completando lo anterior, y en relación al proceso colectivo por antonomasia, el artículo 154 de esa misma norma adjetiva faculta para accionar a los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.

Llegados a este punto, cabe recordar que la legitimación procesal, que constituye un presupuesto inexcusable de la acción, es la aptitud para impetrar de los órganos jurisdiccionales, como presunto titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, la tutela efectiva que, como derecho fundamental consagra el artículo 24.1 de la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico, lo que según doctrina constitucional reiterada, recogida en la sentencia 139/2010, de 21 de diciembre , obliga a Jueces y Tribunales a interpretar las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo.

En esta misma línea doctrinal, resulta igualmente establecido por el citado órgano, en las sentencias 70/1982, de 19 de noviembre y 37/1983, de 11 de mayo , que la denegación a un Sindicato con implantación suficiente de la legitimación para instar un procedimiento de conflicto colectivo supone una negativa injustificada del acceso a la jurisdicción y, por lo mismo, una vulneración del derecho a la tutela efectiva, y al tiempo, un atentado a la libertad sindical, en tanto que la formulación de conflictos colectivos forma parte del contenido esencial de ese derecho.

Resulta necesario comprobar a la luz de los criterios expuestos, si el Sindicato demandante ostenta legitimación suficiente para promover el presente conflicto colectivo.

Es pacífico que en este caso tal atributo no le viene dado por su presencia en el órgano unitario de representación de los trabajadores en la empresa, del que la demandada carece, y tampoco por su nivel de afiliación, pues no ha alegado ni acreditado inscripción alguna. Resulta asimismo incontrovertido que CCOO formó parte de la comisión negociadora para la renovación del convenio colectivo para empresas Consignatarias de Buques, Estibadores y Transitarios de Bizkaia, por el que se venía rigiendo la demandada hasta que adoptó la decisión impugnada en el proceso, en su calidad de Sindicato más representativo (condición que reúne tanto a nivel estatal como de esta Comunidad Autónoma, lo que constituye un hecho notorio).

Sentado lo anterior el problema que suscita la empresa recurrente consiste en determinar si el hecho de que la participación de CCOO en a comisión negociadora para la renovación del convenio lo fuese en su calidad de Sindicato más representativo, impide reconocerle el grado de implantación exigible para ejercitar ésta concreta acción de conflicto.

Ciertamente, el concepto de implantación suficiente no puede ser confundido con el de representatividad en el sentido en que este último aparece definido en el artículo 6 y siguientes de la Ley Orgánica de Libertad Sindical , y resulta valorado en el artículo 87.2 de Estatuto de los Trabajadores en orden a atribuir a los Sindicatos legitimación para intervenir en la negociación de convenios colectivos de eficacia general de ámbito sectorial, pero la Sala entiende que una vez que un Sindicato interviene en la negociación de un convenio colectivo de esa índole, al margen del título jurídico habilitante, está facultado para plantear un conflicto encaminado a que una empresa comprendida en su ámbito mantenga su aplicación. Ello es así, porque tal participación le reviste de un interés propio, real, y cualificado o específico, en que la empresa en cuestión respete las condiciones pactadas en la norma paccionada, sin que la legitimación para interponer la demanda orientada a tal fin pueda constreñirse a determinados Sindicatos con exclusión de otros, pues la vía de acceso a la comisión negociadora no desvirtúa que CCOO tiene una relación directa con lo que es objeto del litigio por su implantación en el marco general al que el conflicto se refiere, que en este caso viene dada por su intervención en la negociación del convenio cuya aplicación en la mercantil demandada pretende.

Dos observaciones finales son pertinentes. Radica la primera en que la aquí recurrente no cuestionó la legitimación de CCOO en el acto de conciliación preprocesal celebrado ante el Consejo de Relaciones Laborales (folio 102). La segunda, pasa por señalar que aunque la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias



en cada caso concurrentes, entre los hechos valorables al efecto hay que tener en cuenta que la empresa demanda emplea tan sólo a 12 trabajadores, lo que es un óbice a la afiliación sindical, y a la difusión de la eventual inscripción, así como que en ella no existe delegado de personal, datos que realzan el papel de los sindicatos en orden a la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores de las pequeñas empresas y hace más necesario huir de interpretaciones restrictivas que van en su detrimento de tales intereses, y del ejercicio por el Sindicato de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical ( artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ).

**CUARTO.-** Por razones de orden procesal abordaremos a continuación el motivo correlativo en el que la demandada, con invocación de los artículos 59.4 del Estatuto de los Trabajadores y 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social como infringidos, hace valer la caducidad de la acción en lo relativo a la pretensión de que los trabajadores afectados por el conflicto mantengan, a título individual, las condiciones laborales recogidas en el convenio colectivo de empresas consignatarias, estibadoras y transitarias de Bizkaia para los años 2007 a 2009.

Razona al efecto que la decisión empresarial de someterse al Estatuto de los Trabajadores, salvo en materia de retribuciones, que se mantendrían hasta el 31 de diciembre de 2013, les fue notificada el día 12 de julio de 2013 a todos los trabajadores que, salvo uno se aquietaron a la medida, por lo que lo único que puede discutirse en este proceso es si la resolución adoptada el 10 de junio de 2014, de aplicar el convenio colectivo de transporte, resulta ajustada a derecho.

Para situar debidamente la queja enunciada es preciso señalar que el juzgador rechazó la excepción bajo el argumento de que el último comunicado engloba, complementa y rectifica el primigenio.

Pues bien, la lectura que del escrito fechado el 12 de junio de 2014, transcrito en los antecedentes de esta resolución, efectúa el Magistrado de instancia y la conclusión a la que llega no puede tildarse de errónea, pues lo que en él se dice no es que a partir de esa data las relaciones quedarán sujetas al convenio colectivo de transportes, sino que esta norma paccionada es la que resulta aplicable una vez finalizada la vigencia del convenio de empresas transitarias, esto es, desde el 7 de julio de 2013. Y en coherencia con esta indicación, la empresa puntualiza que aquellas condiciones respecto de las cuales venía aplicando el convenio colectivo de empresas transitarias hasta la referida fecha pasarían a regirse por aquél.

Significa lo anterior que lo que acuerda la empresa en el escrito de 12 de junio de 2014 no es la aplicabilidad pro-futuro, sino retroactiva, del convenio colectivo de transportes.

No se trata de que esta última medida abra un nuevo plazo de caducidad para impugnar la inicial, sino que la empresa le dio eficacia retroactiva sobre otra adoptada en el pasado, sustituyendo "ab initio", con efectos de 7 de julio de 2013, el Estatuto de los Trabajadores como norma de referencia, ante el decaimiento del convenio de empresas transitarias, por el convenio colectivo de transportes.

Ello permite analizar igualmente la situación existente el 7 de julio de 2013, sin vulnerar el instituto de la caducidad.

**QUINTO.-** Superados, de conformidad con lo precedentemente expuesto, los obstáculos procesales levantados por la demandada en aras de la inviabilidad de la acción ejercitada en el proceso, el siguiente tema a debate es el relativo a si es o no conforme a derecho la decisión judicial de otorgar efectos de cosa juzgada positiva en relación a la inaplicabilidad en la empresa demandada del convenio colectivo de transportes. a la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2014, dictada por el propio Juzgado.

La recurrente dedica a la cuestión enunciada el motivo segundo, en el que denuncia la infracción por la sentencia impugnada del artículo 160.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , cita que debemos entender hecha al artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pues la resolución cuestionada no aplica el precepto invocado, en el que se regula la eficacia de las sentencias firmes recaídas en los procedimientos de conflicto colectivo, que no es el caso de aquella a la que la aquí cuestionada otorga esa fuerza, que fue pronunciada en un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo promovido por un único trabajador de la empresa a título individual.

Al respecto cabe significar que aun cuando la demanda origen del citado proceso, presentada el 23 de julio de 2013, tenía por objeto la anulación, en lo que respecta al trabajador que la rubricó, de la decisión adoptada por la empresa el día 12 de ese mismo mes, en el acto de juicio, celebrado el 11 de junio de 2014, la empresa hizo referencia a su actuación de la víspera, y que en respuesta a este alegato, el juzgador, después de afirmar categóricamente que "la medida empresarial impugnada en la demanda y que constituye el objeto de este procedimiento es la de fecha 12 de julio de 2013, y no ese otro escrito de 10 de junio de 2014", añadió, a mayor abundamiento, determinadas consideraciones acerca de la doctrina de esta Sala, que no afectan a la única cuestión que se debatió y se resolvió en el citado litigio ¿ si la comunicación de 12 de julio de 2012 constituyó



una modificación sustancial de las condiciones de trabajo viciada de nulidad - y que no tuvieron reflejo en el fallo. Tales argumentos no van más allá de un mero "obiter dicta" que en modo alguno es "ratio decidendi" de la sentencia, y no gozan de autoridad de cosa juzgada en sentido positivo o prejudicial inatacable en un proceso posterior que tenga por objeto la impugnación de la decisión adoptada por la empresa el 10 de junio de 2014.

A tenor de lo razonado no concurre el primer presupuesto necesario a los efectos de determinar la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada, cuál es la conexión entre los pronunciamientos, de modo que lo resuelto en el primer proceso condicione o vincule la respuesta a dar en el ulterior. Tampoco se cumple el segundo requisito, pues no existe identidad entre los sujetos que ocupan la parte demandante en ambos procesos, que en el litigio anterior era un solo empleado de la empresa y en el actual un Sindicato en representación de todos ellos. Finalmente, no existe ninguna disposición que obligue al juez o tribunal que conoce de un proceso de conflicto colectivo a partir de la solución dada a la cuestión litigiosa en un proceso previo de carácter individual, previsión que solo existe en la hipótesis contraria,

Cuanto se deja expuesto determina el éxito del motivo a examen, y la desestimación de la cosa juzgada apreciada en la instancia, lo que abre el camino al estudio y decisión de los motivos de suplicación relativos a la aplicabilidad en la mercantil demandada del convenio colectivo de transportes, a la calificación de la decisión impugnada en el proceso, y a las consecuencias derivadas del eventual rechazo de la tesis sostenida por la empresa.

**SEXTO.-** Alrededor de la primera cuestión enunciada en el epígrafe precedente gira la petición de revisión del apartado histórico de la resolución de instancia deducida en el motivo sexto, y la censura jurídica que se formula en el séptimo.

La reforma fáctica que propugna la parte recurrente en relación al problema reseñado consiste en completar el relato histórico de la sentencia con la indicación de que la actividad principal de la demandada es la de agencia de transportes y transitarios, que desde su constitución tiene tarjeta de transporte por carretera, y está asociada a Atea Bikaia, así como con la respuesta dada por la Comisión Nacional de Convenios Colectivos mediante escrito de 10 de abril de 2006 a la consulta efectuada por Atea Barcelona sobre si el ámbito funcional del convenio de transportes de esa provincia resulta aplicable a las empresas transitarias de ese espacio geográfico.

La propuesta no merece favorable acogida; ciertamente, la veracidad de los particulares cuya inclusión se interesa se desprende, de manera clara y directa, de los documentos invocados, no desvirtuados por otros elementos de prueba de signo contrario, pero los mismos carecen de cualquier relevancia para la resolución del problema a estudio. En cuanto a los dos primeros, no se discute que la demandada es una empresa transitaria que en su condición de tal está sujeta al cumplimiento de los requisitos administrativos correspondientes, y en lo que respecta al tercero el parecer de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos sobre el convenio aplicable en otra provincia no condiciona en modo alguno la decisión de la Sala.

El tema jurídico a resolver con carácter prioritario es el de si la actividad que realiza la mercantil demandada, en su condición de empresa transitaria, resulta encuadrable en el ámbito del convenio colectivo de transportes de Bizkaia suscrito el 29 de julio de 2013, y publicado en el Boletín Oficial del citado territorio de 26 del siguiente mes que, según su artículo 3 "está constituido por la actividad empresarial de transporte de mercancías por toda clase de vías terrestres, en vehículos automóviles que circulen sin camino de rodadura fijo y sin medios fijos de captación de energía, así como las actividades que la Ley 16/87, de Ordenación de los Transportes Terrestres, denomina Auxiliares y Complementarias del transporte de mercancías, incluidas las actividades de mensajería (que efectúen actividades de intermediación) y los operadores logísticos".

La respuesta de la Sala ha de ser favorable a la tesis defendida por la parte recurrente, desde el momento en que el artículo 1.1 de la norma de remisión - Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres - tanto en su redacción original (apartado 2º), como en la actualmente vigente, dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio (apartado 3º), califica la actividad transitaria como auxiliar y complementaria del transporte.

Siendo ello así, y ante la claridad de los términos del convenio provincial de transporte de Bizkaia al incluir dentro de su ámbito funcional a las empresas que desarrollan actividades que tengan la consideración legal de auxiliares y complementarias del transporte, cabría concluir que no existiría duda alguna respecto de la aplicación en la empresa demandada de la norma paccionada que invoca, una vez que el 7 de julio de 2013 decayó la específica por la que se regían las empresas transitarias de esa provincia.

Y ello, teniendo en cuenta que no se aprecia ninguna razón convincente para restringir el alcance de la expresión "convenio colectivo de ámbito superior" empleada por el párrafo final del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, modificado por Ley 3/2012, de 6 de julio, de modo que se equipare a la de "convenio colectivo de ámbito territorial superior" ¿ en el caso un hipotético convenio colectivo autonómico, interautonómico,



interprovincial, o estatal de empresas transitarias -. Por el contrario, son varios los criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil y en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los que llevan a entender comprendida en esa expresión a los convenios de ámbito funcional superior, empezando por el gramatical, pues la ley no establece distinción alguna al respecto; siguiendo por el sistemático - valorando el significado del término "ámbito" en el marco del Título III del Estatuto de los Trabajadores -, y por el teleológico - atendiendo a la finalidad de evitación de vacíos perseguida por la norma al reenviar al convenio superior una vez agotada la vigencia ultra-activa del de ámbito inferior -, y concluyendo por el del favorecimiento de la cobertura de los trabajadores por la negociación colectiva en conexión con el derecho de libertad sindical.

**SEPTIMO.** - Diferente cuestión es la relativa a la consideración que merece la conducta previa de la demandada ¿que hasta el 12 de junio de 2012 no se acogió al convenio colectivo de transportes de Bizkaia ¿ en orden a justificar la eventual inaplicación de esa norma paccionada.

En este punto, y al objeto de valorar el comportamiento de la empresa con todos los elementos de juicio necesarios a tal fin, procede completar el panorama fáctico que describe el órgano de instancia en los términos interesados en el recurso, esto es, dejando constancia de que el 3 de febrero de 2014, comunicó a siete de sus empleados su decisión de introducir una modificación sustancial en la estructura y cuantía salarial por razones económicas, organizativas y productivas (folio 190 y siguientes), medida que fue impugnada por cuatro, llegando a un acuerdo con tres de ellos. Por el contrario no hace falta reiterar la mención a la circular de 6 de agosto de 2013, en la que la empresa informó a los trabajadores sobre la nueva jornada y el nuevo calendario laboral aplicables a partir del 8 de julio de 2013, pues el hecho probado quinto la tiene por reproducida.

Aceptada la reforma fáctica con el alcance señalado, y aun cuando del fraude de ley o del abuso de derecho en rara ocasión existe prueba directa, por el empeño de su autor en ocultarlos, lo que conlleva que su declaración ha de fundarse, las mas de las veces, en indicios que si bien tomados individualmente pueden no ser significativos, sin embargo, en su conjunto, son reveladores de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, justificando la convicción judicial sobre la concurrencia de fraude o abuso, por la vía de presunciones, las circunstancias que rodean el caso, valoradas en su secuencia temporal, no permiten apreciar una conducta torticera por parte de la mercantil demandada, puesto que:

1º) El día 8 de julio de 2013, la ahora recurrente no podía acogerse al convenio colectivo de transportes de Bizkaia para los años 2006 a 2009, pues aunque en lo que respecta a su ámbito funcional mantenía una previsión similar a la del que le sustituyó (artículo 3), su vigencia había expirado igualmente en la citada fecha, sin que se haya alegado ni acreditado que las partes negociadoras del nuevo convenio hubiesen publicitado la prórroga del fenecido en tanto se alcanzase uno nuevo en forma que hubiese permitido a la demandada tener conocimiento de ese pacto.

2º) La decisión adoptada por la demandada fue similar a la que tomaron otras transitarias de Bizkaia, como las que fueron parte en los recursos seguidos ante esta Sala con los números 585/14, 1392/14, 1999/14, 2346/14, 210/15 en los que recayeron sentencias de 15 de abril , 29 de julio , 25 de noviembre y 9 de diciembre de 2014 y 10 de marzo de 2015 . En todas ellas se estimó que las empresas se habían atribuido una facultad que no tenían, como era la de fijar unilateralmente, las condiciones laborales aplicables a su personal, una vez finalizada la vigencia del convenio sectorial por el que se regían, fuera del marco del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores .

3º) El 6 de agosto de 2013, la empresa remitió una circular a sus empleados informándoles sobre la nueva jornada y el nuevo calendario laboral, en coherencia con lo acordado en el comunicado del día 12 del mes anterior.

4º) El nuevo convenio de transportes de mercancías de Bizkaia, para los años 2010 a 2016, se suscribió el 29 de julio de 2013 y se publicó en el Boletín Oficial del 26 del siguiente mes.

5º) El 30 de enero de 2014, la demandada remitió una circular a sus empleados prorrogando el contenido del comunicación del 12 de julio de 2013 hasta el resultado del procedimiento señalado en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores .

6º) El 3 de febrero de 2014 la empresa notificó a la mayoría de su personal la modificación sustancial de la estructura y la cuantía de su salario por razones económicas, organizativas y productivas, con efectos de 18 de ese mismo mes, desvinculando la primera del convenio colectivo provincial.

7º) El 10 de julio de 2014 la ahora recurrente hizo entrega a los trabajadores del escrito en el que les informaba de su decisión de acogerse al convenio colectivo de transportes de Bizkaia, al considerar que a la vista de la doctrina judicial más reciente que citaba, el ámbito superior al que alude el artículo 86.3.4º del Estatuto de los Trabajadores podría ser también el funcional. Es verdad que esta medida se tomó el día antes del señalado para la celebración del acto de juicio interpuesto por un trabajador contra la decisión adoptada el 10 de julio





de 2013, pero ese dato resulta insuficiente para apreciar una conducta antijurídica por parte de la demandada, máxime si se tiene en cuenta que la actuación empresarial impugnada en el citado litigio era anterior a la publicación del convenio colectivo de referencia.

8º) La propia sentencia de instancia reconoce que "la existencia misma de un convenio de ámbito superior no es pacífica".

Por consiguiente, la decisión adoptada inicialmente por la empresa demandada de someter las relaciones al Estatuto de los Trabajadores, en lugar de al mencionado convenio, aunque pueda tildarse de irregular, no puede calificarse de abusiva o fraudulenta, sin perjuicio de la valoración que pudiese merecer su decisión de mantener, hasta el 31 de diciembre de 2013, las tablas salariales de la norma paccionada periclitada, que el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Bilbao en proceso seguido a instancia de un trabajador afectado declaró como constitutiva de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Tampoco puede merecer esa tacha su actuación posterior, coherente con la primigenia, lo que no se puede extraer del mero desconocimiento de la publicación del nuevo convenio de transportes.

A la vista del conjunto de circunstancias concurrentes, no podemos concluir fundadamente que el hecho de que la empresa demandada no se remitiese inmediatamente al convenio colectivo provincial de transportes, tras su publicación, el 26 de agosto de 2013, ocasionase el decaimiento definitivo de la posibilidad legal de sujetarse al mismo, por el mero transcurso del tiempo, habida cuenta además de que en la fecha en que lo hizo no había transcurrido el plazo anual de prescripción computado desde su publicación.

**OCTAVO.**- Una vez sentado lo anterior, la comunicación de 10 de junio de 2014 en la que la empresa demandada informó a sus trabajadores de su decisión de regirse por el convenio de ámbito funcional superior no puede ser valorada como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pues no es fruto de su voluntad novatoria, sino un mero corolario del régimen legal previsto para los supuestos de expiración de la vigencia de los convenios colectivos estatutarios. En tal sentido se ha pronunciado la Sala en su sentencia de 28 de octubre de 2014 (Rec. 1877/14).

En todo caso, y a mayor abundamiento, no se aprecian razones que permitan defender que la consecuencia derivada de la demora de la empresa en acogerse al convenio sectorial y la eventual consideración de la medida impugnada como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sea el mantenimiento de las condiciones disfrutadas por los trabajadores hasta el 8 de julio de 2013 que, frente a lo que se afirma en la sentencia impugnada ¿ que se limita a incorporar mecánicamente el suplico de la demanda - no seguían vigentes el 10 de junio de 2014, pues la empresa se había apartado completamente de las mismas, en dos fases: de manera parcial y provisional hasta el 18 de febrero de 2014, decisión que únicamente había impugnado un trabajador de su plantilla y fue declarada nula, pero solo respecto del mismo, en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2014, tres meses y medio después de que tomase la aquí cuestionada, y con carácter absoluto y definitivo a partir del 18 de febrero de 2014.

A lo anterior cabe añadir que empresa no ha ido contra sus propios actos porque no ha realizado acto alguno excluyente de la aplicación del convenio sectorial y que haya reconocido a los afectados por el conflicto un derecho a conservar las condiciones previstas en el convenio colectivo decaído que posteriormente haya venido a contravenir.

Nótese que la aceptación de la hipótesis contraria llevaría a resultados contrarios a los perseguidos por la norma, pues los trabajadores de la empresa quedarían privados "sine die" de cobertura convencional colectiva, y sometidos a las condiciones vigentes el 10 de junio de 2014, esto es, las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores y, en materia salarial, y en relación a siete de ellos, las derivadas de la modificación sustancial operada en el mes de febrero de 2014.

**OCTAVO.**- Una vez que la decisión empresarial de sujetarse al convenio colectivo provincial de Transportes de Bizkaia ha sido declarada ajustada a derecho, dos observaciones finales son necesarias. La primera que, como asume expresamente la propia recurrente, la medida no se puede aplicar con efectos retroactivos en perjuicio de los trabajadores, pues si no llegó a adoptarse con anterioridad fue por un retraso imputable exclusivamente a la empresa que no puede redundar en menoscabo de los derechos del personal. La segunda, que queda fuera del ámbito decisorio de esta Sala, al no haberse suscitado en el proceso ni en este trámite, la cuestión relativa al derecho de los trabajadores a mantener el salario que venían percibiendo el 10 de junio de 2014, de ser superior al fijado para su categoría en el convenio colectivo de transportes, si bien la propia empresa reconoce en su recurso que la remisión a esa norma lo es sin perjuicio del respeto a las condiciones más beneficiosas disfrutadas por sus empleados en la fecha señalada.

**NOVENO.**- Los razonamientos anteriores conducen a la estimación del recurso entablado por la empresa, con la consecuencia de absolverle de los pedimentos de la demanda, y los siguientes pronunciamientos



accesorios: a) la devolución, una vez firme esta resolución, del depósito de 300 euros constituido para recurrir; y, b) no ha lugar a imponerle las costas causadas en esta fase ( artículos 203 y 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ).

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

### FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Asthon Cargo Bilbao S.L., contra la sentencia de 19 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Bilbao , que se revoca. En su lugar desestimamos la demanda de conflicto colectivo formulada por CCOO frente a la ahora recurrente, a la que absolvemos de los pedimentos deducidos en su contra.

Una vez firme esta resolución, devuélvase a la recurrente el depósito de 300 euros constituido para recurrir.

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 juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

### VOTO PARTICULAR

que formula el ILMO SR. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI en el recuso de suplicación número 774/15, el que se basa en el art. 260 LOPJ y se apoya en los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO que paso a exponer:

**UNICO.-** Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria adoptada por la Sala y aunque coincido con parte de sus planteamientos, sin embargo, entiendo que tanto respecto a la cosa juzgada como a la conducta practicada por la empresa debía de desestimarse el recurso de ésta.

En efecto, creo que es necesario partir del mismo iter cronológico que señala la sentencia recurrida y de la misma deducir que la empleadora ha actuado de manera irregular oscilando en diversas pretensiones, alternativas y formulaciones, vulnerando los actos propios en contra de sus decisiones precedentes.

La doctrina de los actos propios vincula al autor de una declaración de voluntad, aunque sea tácita, a su sentido, sin que pueda existir una actuación simultánea o posterior contraria a ello (TS. 27 de Septiembre de 2011, Recurso 4146/20110). Si examino la conducta empresarial acontecida observaré que la misma se ha acomodado a diversas interpretaciones, practicando una primera comunicación que fue declarada nula, y posteriormente lleva a cabo otra nueva ( 6 de Agosto de 2013), para, finalmente, entregar otra comunicación, previa prórroga de la anterior de 12 de Julio de 2013, en la que, y con remisión a esas comunicaciones de 12 de Julio de 2013 y 30 de Enero de 2014, cambia el sentido de sus anteriores manifestaciones y realiza la aplicación del convenio colectivo de transportes con carácter ex novo.

Es importante recordar que la vigencia de este convenio nace, a los efectos a tener en cuenta, desde luego de su publicación en el Boletín el 26 de Agosto de 2013. Es a partir de esta fecha cuando pudo la empresa de forma inmediata acomodarse en su actuación a la aplicación de un nuevo convenio a las relaciones laborales de sus trabajadores, por pérdida de vigencia de la ultraactividad del que venía siendo aplicable. Sin embargo no actúa entonces dicha prerrogativa y deja a los trabajadores en una especie de aplicación peyorativa de sus condiciones, la prolonga en el tiempo por medio de una cascada de comunicados en los que incluye sus pareceres y opiniones, pero siempre dando a entender en sus comunicaciones esa remisión que existe a un procedimiento del art. 41 ET .

Es aquí donde creo que existe una vinculación con el precedente que se impugnó en la empresa y de que dio lugar a una sentencia en la que se anuló la decisión modificativa. La empresa pese a esa tramitación impugnatoria actúa de manera fluctuante y volátil respecto a los ámbitos normativos, arrogándose una facultad de interpretación de los contratos contraria al art. 1256 del Código Civil . Este precepto establece la imposibilidad de que se deje la eficacia de los contratos a una de las partes ( TS 8 de Noviembre de 2011, Recurso 409/2011 ), y es perfectamente aplicable al supuesto que ahora analizamos. Y lo es porque la empresa a través de esa especie de espiguelo que realiza de normas a la postre viene a realizar distintas probanzas o



ensayos jurídicos sobre el ámbito del convenio que es aplicable, disponiendo según su conveniencia de uno u otro.

En cuanto que cuando se publicó el Convenio Colectivo de ámbito funcional comprensivo del que venía rigiendo en la empresa, 26 de Mayo de 2013, no se aplicó el mismo ha decaído su facultad; si se estimaba que era aplicable este convenio debió manifestarlo y realizar actos consecuentes con ello; en cuanto que declinó su posibilidad de aplicarlo, difícilmente puede posteriormente, amparándose en la presunta indefinición legal, realizar un reajuste aplicativo del marco regulador de las condiciones de trabajo si nada ha cambiado.

Los órganos jurisdiccionales están para resolver los conflictos, art. 117 CE, no para realizar proposiciones o resolver dudas; nuestra labor es tener en cuenta el conflicto surgido, y en base a ello aplicar las normas de derecho. Pero esta aplicación del derecho y la fiscalización de los actos lleva consigo el adecuarse a los propios comportamientos y a las actuaciones llevadas a cabo por los sujetos del derecho.

Conforme a lo expresado, creo importante hacer una consideración sobre esa especie de tolerancia que se tiene hacia la actuación volátil de la empresa. Cualquier estudio económico (y la Economía en los últimos tiempos está muy presente en el derecho social) nos diría que uno de los componentes a considerar en su marco es el coste de oportunidad, y en él se nos incluirían tanto todo lo que se deja de ganar como todo lo que se puede perder con la opción elegida. Ello traducido al mundo del derecho supone la eficacia de las declaraciones de voluntad y sus consecuencias, la afectación del sujeto a los hechos y a los actos jurídicos, para acercarnos algo más nos conduciría en parte a la referida teoría de los actos propios. Vendría a ser la máxima "contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis", es decir: cuando hay derecho (ubi societas ibi ius) y cuando hay obligación (obligatio est vinculum iuris) el sujeto no puede prescindir de sus manifestaciones y declaraciones, y son ellas precisamente las que debemos enjuiciar en derecho, no las intenciones o deseos. Puedo entender que se haya creado un entorno de indefinición sobre la norma aplicable a raíz de la ley 3/12, y su RDL previo 3/12, pero ello llevará consigo una justificación ¿entendida en sentido vulgar o no técnica- para que haya una aplicación indebida de la norma, pero no una causa para eximir a la parte de la obligatoriedad de acomodarse a su opción, y siendo consecuente con ella aquietarse a la fiscalización judicial que se haya efectuado. Entender de otro modo lo acontecido priva a los órganos judiciales de su función y otorga al mundo de las relaciones jurídicas de un componente de incertidumbre que sólo es admisible excepcionalmente (rebús sic stantibus). Realizada la interpretación del derecho y fijada la línea definitoria los actos posteriores se acomodaran a ella, pero lo anterior deberá ser enjuiciado según la opción ejercitada.

Al hilo de lo dicho me parece muy razonable la fundamentación de la sentencia recurrida que señala que debe estarse a lo que se resolvió en la impugnación individual del trabajador, y a las propias actuaciones llevadas a cabo por la empresa en el sentido de que no puede actuar una manipulación de los ámbitos aplicativos de las normas respecto a los contratos de trabajo según su acomodo o conveniencia. Ello, si se admitiese, sería cuando menos primar un comportamiento irregular, del que difícilmente pueden nacer derechos ( TS 18-2-2007, rc 148/06 ) y supondría prescindir de considerar que el contrato, individual o colectivo, entraña una relación entre sujetos, no de un sujeto exclusivo, y por ello las obligaciones son recíprocas.

En el sentido de lo anterior es en el que he manifestado mi discrepancia con la sentencia mayoritaria, y al mostrar mi disconformidad con el criterio estimatorio creo innecesario el tratar más cuestiones.

En consecuencia mi propuesta es que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida, con las costas que ello suponía.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue al anterior Voto Particular, por el Magistrado que lo suscribe Ilmo Sr. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, junto con la Sentencia, todo en el día de la fecha, en la Sala de Audiencia 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 4699-0000-66-774-15.

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 4699-0000-66-774-15.

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 régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CEJ 03