

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 531/2015, de 24 de marzo de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 464/2015

**SUMARIO:**

**Ultraactividad y modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** En los supuestos en que la empresa comunica que un determinado convenio no rige desde el 8 de julio de 2013, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 86.3 del ET, señalando que a partir de ese día en la empresa se aplicaría el ET manteniendo algunas condiciones salariales, esa decisión constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo que si no sigue el trámite previsto en el artículo 41 podrá considerarse nula. Distinta suerte corre la supresión en tal fecha del complemento llamado «a cuenta de Convenio» que abonaba la empresa con el fin de evitar tener que desembolsar la totalidad de los atrasos en el momento de la publicación del nuevo convenio, ya que decaída definitivamente la vigencia de la norma paccionada a cuenta de cuya predecible suscripción se percibía la cantidad reclamada, carece de todo fundamento jurídico la pretensión de que se siga abonando esa partida hasta que se firme un nuevo convenio con efectos retroactivos. La partida denominada complemento a cuenta de convenio supone una percepción de carácter provisional, supeditada al resultado de la negociación colectiva y, por ello, reveladora de la falta de voluntad del empresario de proceder a su consolidación incondicional. Por tanto, no es posible advertir el derecho a su mantenimiento de futuro a título de condición más beneficiosa.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 41.4 y 86.3.

**PONENTE:**

*Don Juan Carlos Benito-Butron Ochoa.*

Magistrados:

Don JESUS PABLO SESMA DE LUIS  
Don JOSE LUIS ASENJO PINILLA  
Don JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA

**RECURSO N.º: Suplicación / E\_Suplicación 464/2015**

N.I.G. P.V. 20.05.4-13/004334

N.I.G. CGPJ 20.069.34.4-2013/0004334

SENTENCIA N.º: 531/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 24 de marzo de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Rita contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 19 de noviembre de 2014, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por la hoy recurrente frente a PASTELERIA ECEIZA S.A. .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, 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 - D<sup>a</sup> Rita venía prestando sus servicios para la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A." desde el 1 de Marzo de 1.973, con la categoría profesional de dependienta, y con un salario mensual de 2.588,47 euros, incluidas las proratas de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO. En la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A." se venía aplicando el convenio colectivo de industria y comercio de confiterías de Gipuzkoa, que estuvo en vigor desde el 1 de Enero del 2.007 hasta el 31 de Diciembre del 2.009.

TERCERO. Tras agotarse el plazo de vigencia del convenio colectivo de industria y comercio de confiterías de Gipuzkoa, las partes que negociaban un nuevo convenio no llegaron a ningún acuerdo para renovar ese convenio o suscribir uno nuevo, a pesar de las reuniones que han mantenido para intentar llegar a un acuerdo.

CUARTO. A pesar de no llegar a firmarse un nuevo convenio, la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A.", durante los años 2.010, 2.011 y 2.012, y hasta el 8 de Julio del 2.013, abonó a sus trabajadores un concepto denominado "a cuenta de convenio", que era la subida de salario que creía se iba a producir cada año, a fin de que en el caso de que se firmara un nuevo convenio con una subida retroactiva, no tuviera que abonar de golpe toda la diferencia de salario que se hubiera producido.

QUINTO. El 8 de Julio del 2.013, la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A." entregó a D<sup>a</sup> Rita una carta en la que le comunicaba que a partir de ese día en la empresa se aplicaría el Estatuto de los Trabajadores, a pesar de lo cual se le mantendrían algunas condiciones salariales.

Una copia de esta carta está unida a las actuaciones, dándose aquí por reproducida.

SEXTO. Tras la notificación de la carta anterior, la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A." solo ha suprimido de la nómina de D<sup>a</sup> Rita el concepto "a cuenta convenio", manteniéndole todas sus demás condiciones laborales.

SÉPTIMO. En la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A." prestan sus servicios veinte trabajadores, y cuenta con tres centros de trabajo, un obrador de pastelería y dos tiendas de venta al público, todos ellos en la localidad de Tolosa.

OCTAVO. El 5 de Noviembre del 2.013 se publicó en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el convenio colectivo del comercio en general de Gipuzkoa.

NOVENO. D<sup>a</sup> Rita no es, ni ha sido durante el año anterior a los hechos representante de los trabajadores."

#### **Segundo.**

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimo la excepción de falta de acción de D<sup>a</sup> Rita, y entrando a conocer del fondo del asunto desestimo la demanda, declaro que en la comunicación que la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A." realizó a D<sup>a</sup> Rita el 8 de Julio del 2.013, no se produjo ninguna modificación de sus condiciones de trabajo, debiendo las partes pasar por esta declaración; y absuelvo a la empresa "Pastelería Ezeiza, S.A." de los pedimentos de la demanda."

#### **Tercero.**

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La resolución judicial de instancia ha desestimado la pretensión de la trabajadora demandante en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que ya hemos considerado de carácter colectivo en un cúmulo de previas resoluciones judiciales que no es necesario mencionar, lo cual supuso en general la anulación

de los procedimientos previos y la reposición de autos en resoluciones procedentes de los juzgados donostiarra, por eso la nueva sentencia de instancia que ahora se combate, entendiendo que verdaderamente no se ha producido modificación sustancial de la denunciada por la sindical y su trabajadora, por cuanto la comunicación que realiza la empresarial a partir de 8 de julio de 2013, en la práctica no consta ni se acredita que haya producido ninguna modificación en las condiciones de trabajo, que la empresarial ha venido manteniendo las mismas, tal cual se consideraban vigentes con anterioridad a aquella comunicación que se ha impugnado, exige recordar que estamos ante el convenio colectivo para la Industria del Comercio de Confiterías de Gipuzkoa (Boletín de 25 de marzo de 2008), y que en la carta reseñada se llegaba a la decisión empresarial de mantener al personal activo, hasta el 31 de diciembre de 2013, determinadas condiciones que venían disfrutando con anterioridad.

Es bien cierto que en otras y variadas resoluciones judiciales de esta Sala hemos hecho especificación y detalle respecto de el concepto a cuenta de convenio de los años 2010 a 2012 entendiendo que no es un derecho adquirido y que su retirada no supone una modificación sustancial de las condiciones laborales de los trabajadores (Recurso 2160/ 14 entre otras muchas).

Por ello, disconforme con tal resolución de instancia plantea recurso de suplicación la sindical, en representación de su afiliada, que justifica en un primer motivo de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del artículo 193 de la LRJS, al que se un segundo motivo jurídico según el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar. Por ello ya debemos anunciar a las partes recurrentes y recurridas que esta Sala reproducirá parte de sus argumentos que han sido dictados en procedimientos previos, que sin ánimo de exhaustividad, enumeramos en los recursos 2579, 2541, 2502, 2160, 2070/14.

### **Segundo.**

El motivo de revisión fáctica esgrimido al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exige recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta a la pretensión de la sindical recurrente que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado segundo al objeto de dejar constancia de que la modificación afecta a más de 10 trabajadores y que estamos ante una modificación sustancial de carácter colectiva, que no individual o plurindividual, a criterio de la Sala no podrá tener éxito por cuanto deviene inoperante e intrascendente tal afirmación fáctica y jurídica que ya le consta a esta Sala, con objeto de mención específica en los fundamentos de derecho de sus muchas sentencias.

De ahí que con dicha evidencia también admitamos la existencia del recurso de suplicación que en otro caso no procedería.

Por lo mencionado procede denegar la revisión fáctica postulada.

### **Tercero.**

En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide

igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la sindical recurrente denuncia la infracción art. 41 del ET en relación a los arts. 3.1 y 3.3 del ET y los 1114 y 1258 del CC, todo ello según el art. 86.3 del ET citando el art. 138 de la LRJS, peticionando finalmente que la modificación sustancial colectiva sea considerada por ello nula o subsidiariamente injustificada, analizaremos la temática específica que se circunscribe a la existencia de unas cartas empresariales genéricas y similares, que han dado origen a pleitos ya de conflictos colectivos o de modificaciones sustanciales colectivas, con acciones de impugnación, que hemos dicho tienen acción legítima o interés, entre otras, en nuestras sentencias de 19 y 26 de Noviembre del 2013 ( Demandas 37 y 43/ 13 . ), así como en la del 3 de diciembre del 2013 (Demanda 38/2013) para el sector del metal de Gipuzkoa, e igualmente en las de 20 de febrero del 2014 (Demandas 66/13 ), de 18 y 4 de marzo del 2014 . Y en el mismo sentido las resoluciones que hemos ido citando en los recursos 200, 2160, 2502, 2541, 2571/14 entre otros.

Y es que habiendo superado ya las iniciales excepciones de falta de acción o de inadecuación del procedimiento, y como quiera que el juzgador de instancia no considere que estemos ante una modificación sustancial (tenida por colectiva), respecto de aquellas condiciones de trabajo, de jornada salarial y otras, que denuncia la recurrente, reproduciremos nuestros argumentos jurídicos utilizados en los distintos procedimientos que siguen la decisión en pleno jurisdiccional y hemos expuesto, entre otros, en los recursos 920/14 sentencia de 27 de Mayo de 2014 que cita el recurrente así como en otras previas como la de 20 de Abril de 2014 (Recurso 658/14 ), en las que hemos afirmado que en los supuestos en que la empresarial comunica que un determinado convenio no rige desde el 8 de Julio del 2013 por consecuencia de lo dispuesto en el 86.3 del ET, pero aún así mantiene todas las previas condiciones laborales por decisión graciosa y unilateral, hasta una concreta fecha, esa decisión constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que si no ha seguido el tramite previsto en el art. 41 del ET, podrá ser considerada nula . Todo ello siguiendo dicho criterio de pleno no jurisdiccional y con vocación de permanencia.

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.

Interesa resaltar que, en nuestro caso, ninguna de las partes ha señalado convenio colectivo de ámbito superior al que alude tal precepto, ni nosotros lo conocemos.

Por tanto este caso se diferencia también de aquellos otros dos que resolvimos en dos 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.

Bajo estas premisas y como las partes no han llegado a acuerdo previo al juicio, se trata de ver si la modificación sustancial de condiciones de trabajo con aquella carta es legal.

B- 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 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.

También se ha mencionado el reconocimiento, con rango constitucional, del derecho a la negociación colectiva ( artículo 37 número 1), que 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 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 forman el contenido de la relación laboral. Lo cierto es que si solo consideramos esos dos pilares y no el tercero (el convenio colectivo) 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 .

Por otra parte, tampoco 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. Desde luego, no era su voluntad 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. No solo porque se trate de que el constituyente quiso que trabajadores y empresarios actuasen lo que se consideraba era un derecho, el de negociación colectiva, sino porque quiso que se garantizase ese derecho y que los convenios que se alcanzasen por tal vía trascendiesen su valor de simple pacto entre partes para llegar a darle valor vinculante, según el artículo 37 número 1 de la Constitución .

Pues bien, partiendo de ese principio, 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 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 de forma indefinida en el tiempo cuando se ha superado su periodo de vigencia pactado, etc. Pero ni de esa Exposición de Motivos ni de su Texto 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. Cabe considerar que otra sea la intención del legislador: que en este caso cambie el marco convencional y que sea el de ámbito superior el regulador, si no hay pacto alguno entre las partes sobre la prórroga superior. Pero hasta ahí, no mas: 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.

Tampoco entendemos que sea de recibo acudir al expediente de que ello se puede soslayar por la vía de concertación individual de cada trabajador con su empresario, pues sobre ser ello absolutamente irreal por olvidar lo que nos enseña la historia, obvia lo dicho en relación al dato de que la negociación colectiva está concebida en la Constitución como un derecho y ello porque se sabía de la importancia de la fuerza de los negociadores colectivos para la adecuada conciliación de los respectivos intereses dentro de lo que es, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado ( artículo 38 número 1 de la Constitución ) y por otro lado, el derecho al trabajo, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente por el mismo como atender las propias necesidades y las de la familia (artículo 35 número 1).

Precisamente porque no resulta concebible este salto en el vacío entendemos que se ha generalizado el tipo de respuesta empresarial que tratamos, relegando a un futuro hipotético y mediato lo que pudiera ser la aplicación del binomio Ley y contrato exclusivamente. Suponemos que ello es un medio para obtener a medio plazo una postura de fuerza en la negociación colectiva ante el aviso de un futuro oscuro para el mantenimiento de las condiciones laborales que hasta la fecha han disfrutado los trabajadores en la empresa a virtud del convenio que ha venido incidiendo en la relación laboral hasta fechas próximas en el tiempo. Esta Sala, cuando menos hasta la fecha, no ha tenido conocimiento directo de caso en el que se haya pasado ya por empresa alguna a aplicar directamente solo el Estatuto de los Trabajadores y el contrato de trabajo. Desde luego cambio tan brusco incidiría de forma importante en principios tales como la cláusula "rebus sic stantibus" como límite al "pacta sunt servanda."

Y es que también se ha de considerar la condición que el convenio colectivo como un antiguo pacto, que ya no tiene valor de norma, pero que si que reguló en parte la relación laboral en periodo bien reciente y por acuerdo entre las partes interesadas. De hecho, es frecuente, aunque no nos consta que sea así en el caso de los contratos laborales suscritos por la demandada, que haya una remisión expresa en el propio contrato de trabajo al convenio colectivo. Desde luego, si existiese tal remisión literal, habrá de considerarse que se trata de un pacto entre las partes. De no existir, si que debiera especularse cuando menos con la idea de que estaba en las bases de la contratación entre partes que el convenio colectivo de mérito regulaba muchos aspectos sustanciales de la

relación laboral y que, sobre lo allí previsto, se acordaban las cláusulas de tal contrato ( artículo 1258 del Código Civil ). No sabemos cuál es el caso del personal afectado, pues tampoco se han aportados los contratos de trabajo de los mismos.

Pero en nuestro caso, ni siquiera hay un acuerdo individual con cada uno de los trabajadores afectados por el convenio colectivo, sino que tratamos de una decisión exclusivamente emanada de la voluntad empresarial.

Y en este contexto, consideramos que no debemos hacer elucubraciones teóricas o doctrinales sobre la llamada cuestión de la "contractualización" de aquellas condiciones del previo convenio colectivo, puesto que lo que se está impugnando es una medida empresarial que ya hemos dicho que constituye una modificación sustancial de condiciones, al trocar en concesión unilateral del empresario lo que eran las condiciones sustanciales que regulaba el anterior convenio colectivo y 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, 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.

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 la calificación de nulidad de la modificación ( artículo 138 número 7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social )."

A la vista de la lectura de los párrafos reproducidos, la consideración judicial será la estimación de la motivación jurídica articulada por la sindical recurrente, por cuanto consideramos nula la modificación sustancial de carácter colectivo articulada de forma plurindividual, sin justificación alguna y sin trámite, conforme a lo prevenido en el art. 41 del ET .

#### **Cuarto.**

Sin embargo, distinta suerte va a correr la otra cuestión que apunta la parte actora en relación a las sumas que venía percibiendo a cuenta del futuro Convenio Colectivo del sector y que dejó de cobrar a partir del 8 de julio de 2013. Ello a su vez coincide, aunque lógicamente desde una perspectiva contraria, con la petición que articula la empleadora con carácter supletoria en su escrito impugnatorio.

Para solventar este segundo debate acudiremos nuevamente a las resoluciones judiciales precedentes, entre otras los recursos 2502 y 920/14, que transcribimos parcialmente:

"¿es de advertir, como primer acercamiento, que la finalidad del concepto controvertido era doble: de 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; de 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.

A la luz de esta finalidad debe concluirse 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 la demandante de que se le siga abonando esa partida hasta que se produzca un hecho - la firma de un nuevo convenio sectorial con efectos retroactivos- que catorce meses después no ha acontecido, y que es altamente improbable, 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 el 31 de diciembre de 2009 terminó la vigencia ordinaria del convenio.

Llegada esa última fecha, la empresa demandada decidió, de manera unilateral, abonar a sus empleados un anticipo a cuenta de los incrementos salariales que pudiesen acordarse en el convenio llamado a sustituir al vencido, sin que tal conducta pueda valorarse como muestra de su voluntad de reconocer el derecho de los trabajadores a percibir "sine die" esa partida, al margen de los avatares de la negociación colectiva, lo que pugna con el origen, naturaleza y objeto de aquella. En tal sentido procede traer a colación la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2001 (Rec. 2250/01), dictada por esta Sala en tanto razona que la "partida denominada complemento a cuenta de convenio, como su propio nombre indica, supone una percepción de carácter provisional, supeditada al resultado de la negociación colectiva, y, por tanto, reveladora de la falta de voluntad del empresario de proceder a su consolidación incondicional. Por tanto, no es posible advertir el derecho a su mantenimiento de futuro a título de condición más beneficiosa".

En la situación descrita incidió la norma sobrevenida contenida en la Ley 3/2012, anteriormente referenciada, que determinó la expiración del convenio sectorial con efectos de 7 de julio de 2013. A partir de esa fecha, no existe título jurídico alguno que obligue a la empresa a seguir haciendo efectiva la suma controvertida, una vez decaído el convenio provincial, sin que tan siquiera se mantengan conversaciones para su renovación.

Lo que pretende la actora en realidad es transformar 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, lo que resulta manifiestamente inadmisibile.

En armonía con lo argumentado, la decisión empresarial de suprimir el concepto en cuestión no entraña una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siendo una mera consecuencia de la consunción del convenio colectivo a cuenta del cual se abonaba, por lo que al declararlo así la sentencia de instancia no incurrió en la infracción que se le achaca. Procede, pues, su confirmación en este punto.

Resta por señalar que la diferente solución dada a las dos pretensiones formuladas en la demanda, se justifica porque las condiciones en las que inciden tienen distinto carácter y proceden de diferentes fuentes, como se desprende de las consideraciones expuestas anteriormente que resulta innecesario reiterar¿".

Por lo mencionado estimaremos parcialmente el recurso de suplicación dejando al margen el concepto a cuenta de convenio al no ser un derecho adquirido y no suponer su supresión una modificación sustancial denunciabile:

#### **Quinto.**

Como quiera que la sindical y su representada ven estimado parcialmente su recurso de suplicación en atención al artículo 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

### **FALLAMOS**

Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el Recurso de Suplicación formulado por Rita contra la sentencia dictada en fecha 8-9-14 por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Donostia en autos n.º 874/13 seguidos a instancia de la hoy recurrente frente a Pastelería Eceiza S.A., revocando parcialmente la resolución de instancia y declarando nula la decisión empresarial, en el sentido de fijar unilateralmente las condiciones laborales aplicables a su relación a partir del 8 de julio de 2013, condenando a la empresarial demandada a reponer en sus anteriores condiciones de trabajo a la trabajadora, ratificando por el contrario la decisión de la empleadora de suprimir el concepto denominado "a cuenta de convenio".

Sin costas.

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

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

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

E/

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, 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 4699-0000-66-0464/15.

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 4699-0000-66-0464/15.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.