

**BASE DE DATOS NORMACEF****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

*Sentencia 1021/2015, de 1 de junio de 2015*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 821/2015*

**SUMARIO:**

**Ultraactividad y contractualización. Determinación del convenio colectivo superior aplicable.** Una vez perdida la vigencia del Convenio Colectivo aplicable, del Comercio del Metal, y existente un convenio colectivo que se entiende superior, el de Comercio en General, no existe contractualización de las condiciones del anterior, lo cual lleva aparejada la consecuencia de la inexistencia de una modificación sustancial de las condiciones de los trabajadores en el proceso de adaptación a la nueva regulación convencional, aun cuando el nuevo convenio parece empeorar en relación con el anterior las condiciones de trabajo (en el caso en los ámbitos de jornada y sistema de remuneración). **Determinación de la existencia de convenio colectivo superior aplicable.** Exige comprobar no solo la situación de ultraactividad, sino la confirmación del defecto en la previsión convencional hacia otra extensión pactada o prevista y también la búsqueda de identidad en los ámbitos funcionales y/o territoriales; asimismo, procede comprobar que la unidad de negociación afectada por el convenio expirado ha decaído. No debe atenderse a las reglas interpretativas de mayor favorabilidad convencional o proporcionalidad, sino que hay que atender, existiendo coincidencia territorial, al ámbito funcional y material, de tal forma que cabe excepcionar el vacío de regulación integrando como convenio colectivo superior un convenio general (comercio) respecto de uno especial (metal). **Voto particular.** Las alteraciones adaptativas por nuevo convenio deben someterse al procedimiento previsto en el artículo 41 ET.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 41 y 86.3 y .4.

Resolución de 15 de diciembre de 2006 (Convenio Colectivo de Comercio del Metal de la provincia de Guipúzcoa para los años 2005-2008), art. 2.

Resolución de 1 de octubre de 2013 (Convenio Colectivo de Comercio en General de la provincia de Guipúzcoa), art. 2.

**PONENTE:**

*Don Juan Carlos Benito-Butrón 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 821/2015**

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/000473

N.I.G. CGPJ 20.069.34.4-2014/0000473

SENTENCIA N.º: 1021/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 01/06/2015.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Nicanor en representación del SINDICATO LAB y TXIMELA S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 26032014, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Nicanor EN REPRESENTACIÓN DE LAB frente a TXIMELA 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 - La empresa "Tximela, S.A." tiene su domicilio en Donostia ibilbidea, número 122, de la localidad de Astigarraga, y tiene una plantilla actual de diecinueve trabajadores, todos los cuales se encuentran afectados por este conflicto colectivo.

SEGUNDO. En la empresa "Tximela, S.A." se venía aplicando el convenio colectivo del comercio del metal de Gipuzkoa, para los años 2.005-08, convenio cuya vigencia finalizó el 31 de Diciembre del 2.008.

TERCERO. Tras finalizar la vigencia del convenio colectivo del comercio del metal de Gipuzkoa el 31 de Diciembre del 2.008, se han realizado numerosas reuniones entre las representaciones de los empresarios y trabajadores, bien para negociar un nuevo convenio, bien para prorrogar o actualizar el que expiró el 31 de Diciembre del 2.008, sin que se haya logrado ningún acuerdo hasta la fecha, es decir hasta el momento de celebrarse el acto de la vista oral.

CUARTO. El 5 de Julio del 2.013, la Dirección de la empresa "Tximela, S.A." entregó una carta a todos los trabajadores de la plantilla, en las que les comunicaba que a partir del 1 de Agosto del 2.013 se aplicaría en la empresa el convenio colectivo del comercio en general de Gipuzkoa para los años 2.010-14.

QUINTO. Tras la comunicación de 5 de Julio del 2.013, el sindicato LAB interpuso una demanda en materia de conflicto colectivo ante los Juzgados de lo Social de Gipuzkoa, al considerar que el cambio de convenio suponía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la plantilla de la empresa "Tximela, S.A.", siendo repartida esa demanda al Juzgado de lo Social número Cinco, el cual resolvió el expediente por sentencia de 23 de Diciembre del 2.013, en la que se declaró la nulidad de la modificación de las condiciones de trabajo comunicada por la empresa "Tximela, S.A." a sus trabajadores el 5 de Julio del 2.013, y se condenó a la empresa a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo.

Esta sentencia es firme, pues notificada a las partes no fue recurrida por ninguna de ellas.

SEXTO. El 30 de Diciembre del 2.013, la Dirección de la empresa "Tximela, S.A." entregó una carta a todos los trabajadores de la plantilla, en las que les comunicaba que a partir del 1 de Enero del 2.014 se aplicaría en la empresa el convenio colectivo del comercio en general de Gipuzkoa para los años 2.010-14, se realizaría una jornada laboral de 1.762 horas anuales, y el exceso de horas realizado entre el 1 de Agosto del 2.013 y el 31 de Diciembre del 2.013 se regularizarían en el año 2.014.

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

SÉPTIMO. Tras la aplicación por parte de la empresa "Tximela, S.A." del convenio colectivo del comercio en general de Gipuzkoa para los años 2.010-14, la empresa "Tximela, S.A." ha variado la estructura salarial de las nóminas que abona a sus trabajadores, disminuyendo el importe del concepto salario, y desdoblado el concepto complemento voluntario en cuatro, uno de ellos manteniendo la denominación de complemento voluntario, y abonando con carácter novedoso otros tres conceptos, la prorrata de la paga de beneficios, el plus transporte y el plus distancia.

A pesar de estas modificaciones, no ha variado la cuantía del salario que perciben los trabajadores de la empresa "Tximela, S.A.", que sigue siendo la misma que percibían con anterioridad a la modificación de la estructura de la nómina.

OCTAVO. Hasta el 31 de Diciembre del 2.013, la jornada de trabajo que se realizaba en la empresa "Tximela, S.A." era de 1.727 horas en cómputo anual.

NOVENO. La crisis económica en la que nos encontramos ha afectado también a la empresa "Tximela, S.A.", la cual ha promovido dos expedientes de regulación de empleo de carácter suspensivo, el primero de ellos estuvo en vigor entre el 1 de Marzo del 2.013 y el 28 de Febrero del 2.014, y el segundo de ellos está en vigor, y tiene un plazo de vigencia desde el 1 de Marzo del 2.014 hasta el 31 de Octubre del 2.014.

DÉCIMO. D. Nicanor es el delegado de personal de los trabajadores de la empresa "Tximela, S.A."

### **Segundo.**

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimo la excepción de falta de acción de la empresa "Tximela, S.A.", y entrando a conocer del fondo del asunto estimo parcialmente la demanda, declaro la nulidad de la modificación efectuada en las condiciones de trabajo de los trabajadores que la empresa "Tximela, S.A." efectuó el 1 de Enero del 2.014, debiendo las partes pasar por esta declaración; condeno a la empresa "Tximela, S.A." a reponer a los trabajadores en las mismas condiciones que tenían con anterioridad al 1 de Enero del 2.014, y le absuelvo de los demás pedimentos de la demanda."

### **Tercero.**

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por el demandante y la empresarial demandada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La resolución judicial de instancia ha estimado parcialmente la pretensión del Sindicato demandante, que en materia de conflicto colectivo pretende que se declare una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo nula, o en su defecto injustificada, realizada por la empresarial demandada en virtud de la comunicación efectuada el 30-12-2013 (por error, en alguna consideración, se habla de la carta de 5 de julio), sobre las condiciones laborales resultantes, en la llamada ultraactividad del Convenio Colectivo del Comercio del Metal, respecto ahora al que la empresa entiende aplicable Convenio Colectivo del Comercio General (publicado en el BOG 5-11-13). El Juzgador de instancia, previa desestimación de la excepción presentada por la empresarial de falta de acción del Sindicato actuante, considera que hay una modificación sustancial, la que al no haberse seguido por el procedimiento específico se predica su nulidad, pareciendo que asume un criterio de contractualización de condiciones, al entender en sus argumentaciones jurídicas que el Convenio Colectivo previo ha decaído.

Los demandantes entienden que no es posible el cambio del Convenio Colectivo aplicable (negarán que sea superior), y que no se pueden perder las condiciones laborales fijadas en el previo, ni puede el empresario fijar unilateralmente unas nuevas condiciones sin sujetarse al procedimiento y causas del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores .

Estamos por tanto ante una discusión conocida de asunciones argumentales contrapuestas que han tenido como inicial postura jurisprudencial la respuesta de la Sentencia del TS de 22-12-14, Recurso de Casación 264/14 y de 17-3-15, Recurso 233/13, comentadas doctrinalmente, siendo que en el presente supuesto se confrontan las realidades de una posición empresarial que niega la contractualización de las condiciones establecidas en el Convenio Colectivo previo, por entender que es de aplicación un nuevo Convenio Colectivo SUPERIOR (el Convenio Colectivo del Comercio General Provincial en referencia al anterior Convenio Colectivo del Comercio del Metal de la misma provincia) donde, por otro lado, la parte laboral hace una lectura del mantenimiento de la negociación, pero con exigencia de aplicación y vigencia ultractiva del Convenio Colectivo del Comercio del Metal, que entiende no ha decaído, e insistiendo también en la nulidad de las modificaciones sustanciales fijadas unilateralmente por la empresarial, como ya ha resuelto la instancia.

Esta Sala ha tenido ocasión de realizar pronunciamientos varios en materia de estudio específico tratando sobre aplicación de ultractividad y Convenio Colectivo Superior, entre las que citamos la de 13-5-14, Recurso 890/14 y la de 3-6-14, Recurso 1008/14, retomando los postulados de inexigencia de contractualización de las condiciones establecidas en un convenio que dejaba de aplicarse por imperativo legal de la reforma de 2012, cuando había un "nuevo" convenio colectivo aplicable en regulación completa que inexigía su precedente e impedía el vacío convencional ( Sentencias de 19 y 26 de noviembre de 2013, Autos 37 y 43/13, que entendían seguir las Sentencias del TS de 6-5-09, RC 69/08, 8-7-10, RC 248/09 y 26-9-11, RC 149/10 ).

Del mismo modo hemos abordado temáticas parejas en los Recursos 1815, 1877 y 1995/14 entre otros muchos.

Pero donde respondemos a la determinación de la existencia de un convenio colectivo superior aplicable es en los citados Recursos 1008/14 y 890/14, y ahora en el Recurso 774/15, además del presente. Por otro lado no se pueden obviar las resoluciones judiciales que van tomando cuerpo de conocimiento en la aplicación genérica y autonómica del conflicto de ultractividad y la aplicación del Convenio Colectivo de Ambito Superior, como reflejan las Sentencias del TSJ de Madrid n.º 55/15 de 6 de febrero o la de Navarra, n.º 35/15 de 28 de enero, y a sensu contrario finalmente, la Sentencia de la AN n.º 48/15 de 23-3-15 .

Con todo, disconformes con tal resolución de instancia, plantean Recurso de Suplicación ambas partes, articulando la sindical un motivo de revisión fáctica y dos jurídicos, siendo que la empresarial articula dos fácticos y un único jurídico, siguiendo todos ellos los párrafos b ) y c) del art. 193 de la LRJS que pasamos a analizar. Ambos impugnan

## **Segundo.**

Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exigen 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 al caso concreto de la presente pretensión del Sindicato recurrente que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado 3 al objeto de que se incluya la consideración valorativa de que se sigue negociando desde el 2009, habiendo llegado a un preacuerdo el 11-3-14, con compromisos y vigencias hasta la firma de un nuevo convenio colectivo de sustitución, a criterio de la Sala solo podrá ser objeto de conformación o plasmación fáctica parcial por cuanto, si bien es cierto la idea del mantenimiento de determinadas negociaciones de convenio colectivo (como es natural y propio), el haber alcanzado el denominado acuerdo o preacuerdo de determinados compromisos, no puede ser en estos momentos objeto de calificación como acuerdo colectivo, y sí solo como imagen de eventual mantenimiento de negociaciones, máxime cuando los impugnantes discuten el condicionamiento de aplicación, el cuadro de mayorías asociativas patronales o sus adhesiones, y no sabemos bien sus suscripciones.

Por lo mencionado, solo admitiremos la revisión fáctica en el sentido de la ideación del mantenimiento de las negociaciones como una realidad insoslayable que, por su importancia valorativa, debe ser objeto de plasmación al influir en las consideraciones jurídicas y judiciales en la temática discutida.

En lo que se refiere a la revisión fáctica propuesta por la empresarial recurrente, que invoca en su primer motivo una revisión del hecho probado 4 al objeto de aclarar que la carta de 5-7-13 hacía mención a una aplicación del acuerdo marco del comercio y en lo no contemplado en el mismo, el del Estatuto de los Trabajadores, para matizar que la comunicación verdaderamente impugnada de 30-12-13 lo es respecto de la aplicación del Convenio Colectivo del Comercio en General de Gipuzkoa, que se dice publicado en el BOG de 5-11-13, a criterio de la Sala devendrá necesario y suficiente en lo que concierne a la plasmación, relevante y trascendente, de que la comunicación empresarial impugnada lo es de finales del año 2013, y no la referenciada a la carta genérica y común habida tras la reforma en julio de 2013, siendo que cuando en el segundo motivo de revisión fáctica propone la empresarial modificar el hecho probado 5 insistiendo en la vigencia y publicación del Convenio Colectivo Provincial del Comercio en General de Gipuzkoa, tal afirmación deviene redundante e innecesaria por cuanto también se contiene en el hecho probado 6, y lo hemos delimitado igualmente en el 4 ya precitado.

En resumidas cuentas, también estimamos parcialmente la revisión fáctica propuesta por la empresarial incorporando las matizaciones de las distintas comunicaciones, sobre la segunda impugnada, y la referencia a la publicación y conocimiento de la existencia del Convenio Colectivo del Comercio en General de Gipuzkoa de 2010 a 2014 en el BOG de 5-1-13 que aún ser temática jurídica requiere de su dato existencial fáctico.

### **Tercero.**

En lo que se refiere a las revisiones jurídicas, 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 ambas partes denuncia la infracción del art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, atendiendo igualmente al 84 y al 83, precisando la parte laboral la infracción de los arts. 3 y 1256 del CC, pretendiendo entender que no se encuentra decaído el Convenio Colectivo del Comercio del Metal; pero en igual sentido, citando la empresarial la infracción del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores en relación al 86.3 citado, insistiendo en la existencia de un Convenio Colectivo superior por cuanto engloba más materias de la actividad de comercio, y aunque lo sea en un ámbito territorial provincial idéntico, negando la contractualización por la excepción evidente de existir un Convenio Colectivo Superior, y citando nuestras sentencias de 23-11-13 y 28-10-14, abordaremos la temática conflictual referente a las condiciones laborales y del Convenio Colectivo de aplicación, y su incorporación, o bien al nexo contractual o bien a la aplicación de un "nuevo" Convenio Colectivo Superior, y todo ello bajo el parámetro de una declaración de modificación de condiciones realizadas por la empresarial unilateralmente sin sujetarse a las causas y procedimientos del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores que invoca la resolución de instancia.

No podemos cuestionarnos que el Convenio Colectivo del Comercio del Metal finalizó su vigencia el 7-7-13 a consecuencia de lo ordenado en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/12, dado que estaba denunciado desde antes de la entrada en vigor de esa Ley y dado que las partes no establecieron un específico pacto de ultractividad ni se llegó a ningún tipo de concierto a nivel de empresa o superior.

Lo que sí se cuestiona es que, siguiendo lo ordenado en el art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, en su último párrafo, en la redacción dada por el art. 14.6 de la Ley 3/12, el Convenio Colectivo aplicable, a la empresarial demandada, deba ser el que denomina ella Convenio Colectivo Superior, y que delimitamos como el Convenio Colectivo Provincial de Gipuzkoa del Comercio en General, publicado en el BOG de 5-11-13, pues esa calificación jurídica de ser Convenio Colectivo superior debe analizarse no solo desde la vertiente del ámbito territorial del convenio (que en este caso es coincidente en la provincia de Gipuzkoa), sino que también debe provenir de un ámbito funcional (comercio en general o especificidades), con una inclusión de ámbito de aplicación que exige un estudio del caso.

Luego debemos determinar si a los trabajadores de la empresarial demandada les son de aplicación o no las condiciones laborales fijadas en el Convenio Colectivo que debemos entender decaído, o si tales condiciones se han contractualizado de alguna manera siguiendo las pautas de la doctrina jurisprudencial que enmarca la Sentencia del TS de 22-12-14, RC 264/14, o si finalmente, al existir la posibilidad de declarar y enmarcar la vigencia de un Convenio Colectivo superior, difícilmente estaríamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo nula o injustificada.

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

Desde esa vertiente, puede suceder que alguno de los trabajadores afectado por este conflicto colectivo disponga de un pacto para que se les aplique el convenio decaído. Ese análisis ha de hacerse, necesariamente, a nivel individual. Nuestro examen se contrae, por tanto, a la vertiente general, examinando si, con carácter general, como lo sostiene la parte demandante, las condiciones laborales del convenio decaído quedan automáticamente incorporadas al contrato de trabajo, de tal manera que las mismas se siguen aplicando, aunque el convenio de aplicación que se dice por la empresa "superior" disponga otras de peor condición para ellos (jornada u otros).

Fácilmente se comprende que nuestro ordenamiento jurídico descarte que las condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo no sean aplicables a los trabajadores sujetos a su ámbito de aplicación a partir del momento en que dicho convenio les deja de ser de aplicación, entrando en juego otro, ya que esto último sería tanto como hacer inaplicable el nuevo convenio en dicha relación, conduciendo a resultados que se ofrecen como contraproducentes para todas las partes, ya que llevaría: 1) a que el convenio de aplicación en una relación laboral sería únicamente el vigente al inicio de la misma, ya que no podría quedar afectado ni por nuevos convenios de la misma unidad de negociación ni por cambios de unidad de negociación, quedando sus condiciones lastradas por su obsolescencia; 2) a que en cada empresa o centro, el convenio de aplicación variase para los trabajadores en función del que rigiera en el momento de su entrada en vigor, con el consiguiente caos organizativo que ello generaría; 3) a un mínimo interés por negociar un nuevo convenio, ya que quedaría muy reducido su ámbito aplicativo (para el personal que ingrese en la empresa bajo su vigencia).

Nuestro ordenamiento lo rechaza de manera explícita en el art. 82.3 ET, en su párrafo primero, cuando dispone que "los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia". Norma claramente expresiva de que el convenio, en cuanto tal, no obliga más allá de su vigencia y ámbito de aplicación.

Los propios trabajadores han sostenido, en ocasiones, esa tesis, pero intentado quitarla de su rasgo negativo para ellos, a cuyo fin alegaban que esas condiciones laborales del convenio decaído, cuando el nuevo implantaba alguna más regresiva para ellos, habían pasado a constituir una condición más beneficiosa que debía respetarse, lo que venía a suponer, lisa y llanamente, la tesis de la contractualización de esas condiciones laborales fijadas en el convenio de obligada aplicación.

Pues bien, era uniforme la doctrina aplicativa sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considerando que las condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo de aplicación a una relación laboral por razón de su propia fuerza vinculante ( art. 82.3 ET ), no quedan incorporadas al contrato de trabajo. Dan fe de ello, entre otras muchas, las tres sentencias que se citan y hemos indicado anteriormente, pero quizás sea más ilustrativo reproducir la parte relevante del fundamento de derecho tercero de su sentencia de 26 de febrero de 1996 (RC 2116/1995 ): "Mas cabe añadir a lo argumentado que pretender que se sigan aplicando los incrementos de los convenios derogados equivale a petrificar los convenios colectivos, en contra del principio de modernidad del convenio y de la facultad que tiene el convenio posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente. Como dijo la Sentencia de esta Sala de 16 diciembre 1994, «no rige ya el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución, que quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo que se instauró, entre otras normas, por el artículo 37 de la misma; y caben, como consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa. La fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores modificado por Ley 11/1994, tampoco aplicable como tal norma en nuestro caso, pero es que en definitiva encaja en él, como se ha dicho». Y en la misma línea la Sentencia de la Sala de 10 febrero 1995 ha declarado que no cabe «aceptar la conservación de condiciones más beneficiosas de origen normativo, sino que la condición más beneficiosa no tiene su origen en una norma jurídica, concretamente en convenio colectivo, pues incluso caben convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa»."

La razón de ser de esto último es que esas condiciones laborales no son fruto del pacto entre el empresario y el trabajador, sino del convenio colectivo, que es el que las impone. En consecuencia, salvo que se revele que existe una voluntad de las partes de un contrato para que sus condiciones laborales sean las que indica ese convenio, aunque éste ya no se aplique por haber sido sustituido por otro, aquéllas se pierden.

Así lo indicábamos ya en nuestras sentencias de 19 y 26 de noviembre de 2013 ( autos 36/2013 y 43/2013). Ciertamente es que en ambas acabamos indicando que subsistía la aplicación de las condiciones laborales del convenio decaído, pero así lo hicimos en razón a la concurrencia de dos concretas circunstancias, ninguna de las cuales se da en el presente caso: a) lo indicábamos así sólo para las materias carentes de regulación en el nuevo convenio (y no para las que sí tenían ordenación propia, como aquí sucede); b) se mantenía viva la negociación para renovar el convenio decaído (aquí sí hay constancia mínima de haberse mantenido cierta negociación).

Por tanto, desde esta vertiente del análisis, la parte demandante no tiene razón y su demanda, en cuanto implícitamente pretende que se sigan aplicando las condiciones laborales del convenio decaído a los trabajadores afectados por el conflicto, no tiene amparo jurídico (siempre visto desde esa vertiente general de nuestro examen,

como no nos cansaremos de repetir, ya que sí pueden tener derecho a ellas por razones de índole particular, que quedan fuera del objeto de este litigio).

Es por ello que, si en el supuesto de autos la comunicación empresarial de finales del año 2013 se limita a indicar que es de aplicación el "nuevo" Convenio Colectivo Superior del Comercio General publicado en el BOG de 5-11-13, y corroboramos que establece unas condiciones laborales determinadas, que son las que pretende incorporar la empresarial, solo en el supuesto de que ciertamente ese convenio colectivo lo sea de superior condición y aplicación, estaríamos ante la posible adopción de dicho convenio colectivo superior, que impediría entender que se han adoptado unas modificaciones sustanciales en la contratación sin seguir la exigencia del procedimiento del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores que devendría en dicho sentido, inexigible.

Luego en nuestro supuesto de autos, y siendo que aunque aparentemente las condiciones laborales que pretende establecer el empresario en virtud de la querencia aplicativa de un nuevo Convenio Colectivo superior, parecen empeorar, al menos en lo que se refiere a la jornada (más difícil el cambio en la estructura salarial por mantener aparentemente la cuantía) en relación al anterior convenio de aplicación, la inexigencia de la aplicación procedimental del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores que llevaría aparejada la consiguiente constatación de la existencia del Convenio Colectivo Superior, haría inexistente la modificación sustancial de pronunciamiento de instancia, por lo que no habría incurrido la comunicación en vulneración normativa alguna, debiéndose revocar con ello el pronunciamiento del Juzgado de lo Social, reconociendo la existencia de este Convenio Colectivo Superior.

Y es que la disyuntiva al caso de autos de determinación de la existencia de un Convenio Colectivo aplicable, y que éste sea Superior, bajo la exigencia de su vigencia, ámbito y susceptibilidad de aplicación en la unidad de negociación, exige comprobar no solo la situación de ultractividad ya predicada, sino la confirmación del defecto en la previsión convencional hacia otra extensión pactada o prevista ( RD 718/05 de 20 de junio, art. 2 ), y también la búsqueda de comprobación de identidad en los ámbitos funcionales y/o territoriales, con exigencias de cierta homogeneidad, absoluta o relativa, que todo hay que decirlo, podrían haber llevado a las partes a solicitar de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del Organismo Autónomo parejo, un dictamen o informe no vinculante en torno a la determinación de ese Convenio Colectivo de aplicación a la empresa en función de sus actividades ( art. 12.1 c) del RD 1362/12 de 27 de septiembre ).

Hay que recordar que existen múltiples problemas de identificación y determinación en la negociación colectiva sobre qué convenio de ámbito superior sería aplicable a los supuestos; que pasan por identificar si existen uno o varios convenios superiores (empresas de multiservicios, Sentencia del TS de 3-10-03, Recurso 17/12 ); sus ámbitos materiales de aplicación y posible homogeneidad socioeconómica según materias; su alcance temporal y siguiendo la sucesión de la sustitución de convenios; si el convenio supuestamente superior lo es con carácter meramente marco o de mínimos con necesidad de integración ordenadora; y si se produce o no la pérdida de la unidad de negociación y el deber de negociar siempre con buena fe con esa sustitución de convenio.

Por lo tanto el cuestionamiento de qué debemos entender por Convenio Superior y si lo debe ser de manera absoluta o relativa ( Sentencia del TS de 3-5-2006 ) exige, no solo la circunstancia de la vigencia y aplicación a la unidad afectada, con decaimiento de la anterior, sino también una problemática disquisición de reflejar, según los ámbitos funcionales territoriales u otros, esa superioridad.

Dicha incertidumbre, que se puede producir en hipótesis genéricas respecto de teóricos Convenios Colectivos Estatales, Autonómicos, Provinciales, Sectoriales o de Empresa (incluso con grupos, Sentencia del TS de 27-5-13 ), provoca que las complicaciones interpretativas nos puedan llevar a pronunciamientos de razonabilidad o acercamiento, configurando las actividades empresariales incluso por sus ámbitos geográficos o territoriales.

Con todo, la búsqueda de la identidad, equivalencia o semejanza, en el ámbito funcional, es lo que puede producir posibles interpretaciones amplias o restrictivas, que deben contextualizarse en la búsqueda de la máxima efectividad para la aplicación de la regulación y evitar vacíos en normativas convencionales, buscando la coherencia o la armonía aplicativa que, entendemos, conduce a la aplicación jurídico-jurisprudencial de exigencia de cierta homogeneidad funcional, con una equivalencia cercana, sin seguir un criterio muy formalista ( Sentencia del TS de 3-5-06, Recurso 104/04 ) pero evidenciando la práctica exigible, con la búsqueda de un remedio jurisprudencial para salvar los vacíos legales de fenómenos de desautorización de autonomía colectiva equiparable. No hablamos de concurrencia impropia ( Sentencia del TS de 17-5-04, Recurso 101/03 ), ni tampoco de una derivación formalista y global por remisión o reenvío a un convenio superior, sino que intentamos dar tratamiento judicial expreso a la problemática práctica del escenario discutido de si estamos ante un Convenio Superior, como es el caso, cuando el ámbito territorial es coincidente en la provincia (como ya hemos afirmado en los Recursos 890 y 1008/14) y que en lo funcional, su ámbito de aplicación, debe pautarse por su expresión normativa y delimitación de condiciones y materias, además del alcance temporal (vigencia), siempre cuando no haya una forma consensuada y negociada entre las partes de determinación de aplicación y decisión, que lo puede ser a través de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, o como han querido aquí finalmente las partes, en los Tribunales laborales.

Es cierto que todas estas hipótesis e incertidumbres recrean escenarios de cierta inseguridad jurídica cuando se pueden dar pluralidad de Convenios Colectivos de Ambito Superior susceptibles de aplicación en

aspectos funcionales y territoriales con sistemas complejos y niveles posibles, donde las reglas interpretativas de mayor favorabilidad, convencional, o de proporcionalidad, tampoco son caminos seguros en alternativas de criterios únicos o múltiples y parámetros de medición, que atienden a representatividades normativas, máxime cuando puede haber otros matices específicos dependiendo del tipo de convenios colectivos (empresas con distintas actividades, varios centros, en distintos sectores u otros).

De ahí que, atendiendo al ámbito material de la aplicación de la regulación contenida en el que venimos a denominar Convenio Colectivo del Comercio en General y siguiendo sus pautas de aplicación de su art. 2 sobre el ámbito funcional, debemos recordar que "afectará a aquellas empresas y sus trabajadores que, en el sector comercio, carezcan de Convenio Colectivo en vigor, ya sea este estatal, interprovincial, provincial o de empresa", de donde se infiere que habiéndose pactado ya, al menos, un ámbito territorial coincidente (Gipuzkoa), ahora el funcional y material aparenta poder excepcionar el vacío de la regulación integrando como un Convenio Colectivo de Ambito Superior su realidad de actividad genérica (comercio) respecto de la especialidad (metal), en términos que entendemos genéricos o generales y que pueden ser recepcionados literalmente bajo esas premisas de ámbito territorial y funcional. Ni que decir tiene que no atendemos a una comparativa de condiciones particulares a la búsqueda de la proporcionalidad o la favorabilidad para uno u otra parte social, sino que afirmamos la exigencia de una aplicación amplia y advertida con un título jurídico de Convenio Colectivo Superior al darse en el alcance temporal su aplicación, y no verse negado cualquier atisbo de virtualidad aplicativa por razones que las partes hayan querido esbozar en sus escritos de recursos e impugnaciones.

No debe haber duda que las partes tienen la posibilidad de suscribir nuevos ámbitos de negociación, incluso bajo la vigencia de este Convenio Colectivo Superior reenviado, pero creemos que nuestro pronunciamiento lo debe ser bajo la plasmación de esas exigencias territoriales y funcionales, que permiten vislumbrar la posibilidad aplicativa como Convenio Colectivo Superior marco o de referencia, como por otro lado ya hemos abordado en decisiones previas ( Sentencia del TSJPV de 19-11-13, T. 37/13 y 26-11-13 R. 43/13).

En resumen, como bien articula la empresarial recurrente, una vez perdida la vigencia del Convenio Colectivo del Comercio del Metal, y publicado un nuevo Convenio Colectivo que se entiende "superior", el del Comercio en General, aún ser de la misma provincia, no existe contractualización de las condiciones del anterior, y tampoco llevaría aparejada la existencia de una modificación sustancial de las condiciones por la comunicación efectuada por la empresarial a finales del año 2013, con lo que procedería la revocación de la resolución de instancia y la desestimación íntegra de la demanda.

En el mismo sentido deviene con ello entendible que procede la estimación del Recurso de Suplicación de la empresarial, y por ello, del mismo modo deviene evidente la desestimación del Recurso de Suplicación de la sindical, que manteniendo los postulados de instancia, tan solo pretende insistir en lecturas acomodaticias respecto de la vigencia del Convenio Colectivo del Comercio del Metal que implícitamente el Juzgador de instancia ha considerado decaído, y que nos vemos reconducidos a denegar a la vista de nuestros criterios mayoritarios.

En resumidas cuentas, se estimará el Recurso de Suplicación entablado por la empresarial y se desestimará el de la sindical.

#### **Cuarto.**

Cada parte ha de asumir las costas causadas a su instancia, conforme al art. 235.2 de la LRJS, al no existir temeridad ni mala fe en su actuación.

### **FALLAMOS**

Que ESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresarial TXIMELA S.A. y DESESTIMAMOS el interpuesto por Nicanor en representación del SINDICATO LAB, contra la sentencia dictada en fecha 26-3-14 por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Donostia en autos n.º 104/14 seguidos a instancia de Nicanor en representación del sindicato LAB frente a Tximela S.A., y en consecuencia, se revoca la resolución de instancia, desestimando la demanda.

Cada parte asumirá las costas causadas a su instancia.

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.



*VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, en el Recurso 884/2015, en base a los arts. 206 y 260 L.O.P.J., apoyándome en los argumentos que paso a exponer:*

Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aceptada por la Sala, de la que pese a sus ponderados, razonados y atrayentes argumentos me separo, mostrando mi discrepancia a través de los presentes Fundamentos.

### **Primero.**

No discrepo del tratamiento que la resolución mayoritaria da al primer motivo de Suplicación de la parte actora, como tampoco de los que son los dos primeros ordinales del a su vez planteado por la empleadora, y recordando que todos los mencionados toman como referencia el art. 193.b), de la LRJS

### **Segundo.**

Los siguientes motivos de los dos Recursos formalizados, los amparan en el apartado c), del art. 193, de la LRJS . Son ahora dos los articulados por el Sindicato recurrente, mientras que es solo uno el formulado por Tximela SA

Ya desde un principio y por las razones que después esgrimiré, entiendo que ambos tendrían que haberse desestimado, y con la consiguiente ratificación de la resolución de instancia.

Igualmente muestro mi conformidad con la tesis sostenida por la mayoría de la Sala, de que el Convenio Colectivo que puede serles de aplicación a los trabajadores afectados y a partir del 1 de enero de 2014, fecha decidida por la propia empleadora en el escrito enviado en su momento, ha de ser el de Comercio en General para Gipuzkoa, y en tanto en cuanto no se llegue a un acuerdo en el de Comercio de Metal.

Sin embargo, es en su aplicación práctica donde a mi juicio se produce una modificación de las contenidas en el art. 41.1, letras a ) y d), del ET .

### **Tercero.**

Empezando por el sistema de remuneración, es inevitable remitirse con carácter general a la sentencia del TS de 22-12-2014, rec. 264/2014 . Más concretamente al apartado F), del Voto particular concurrente elaborado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Luelmo Millán. Es cierto y preciso ya desde ahora, que está referido a un supuesto en el que no existía un convenio colectivo de ámbito superior y a diferencia del caso que me ocupa, pero la tesis que expone sobre la conservación del salario precedente, visto su tenor, es perfectamente extrapolable al litigio en curso.

Indicaba en dicho apartado que: " ¿el derecho al salario, como piedra angular, para el trabajador, de la relación laboral misma, no debe verse afectado por la reforma en la más estricta dimensión literal de su regulación cuando se trata de personas que tienen incorporado el contenido convencional al respecto en su contrato, porque la propia norma permite atenuar dicha consecuencia con una interpretación restringida en lo cronológico y en lo material, de modo que se entienda que si se dice que transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo éste perderá vigencia "y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación", ello no impide que si tal convenio superior no existe, se mantenga la ultractividad circunscrita a este punto singular, porque la norma no lo niega expresamente sino en términos generales que consideran el convenio como un todo generador de derechos y obligaciones recíprocos, debiendo tenerse presente la finalidad de la reforma laboral en este aspecto, y ya textualmente reproducida, que dice no querer más que favorecer la propia negociación colectiva y evitar la petrificación convencional y que no se demoren en exceso nuevos acuerdos, pero no rebajar el nivel salarial alcanzado como medida económica anticrisis aunque haya de ser también antisocial, porque, de ser así, se estaría procediendo a una especie de replanteamiento de los términos de la relación por ministerio de la ley y en detrimento de una sola de las partes, a quien a partir de la pérdida de la vigencia convencional, se estaría dando no sólo menor retribución sino también menor valor a su trabajo...".

Llegado a este punto, reconoceré, o cuando menos así lo infiero del relato fáctico, que el importe total de la retribución mensual de los trabajadores afectados no ha variado ¿ordinal séptimo-. Pero no hay que confundir el concepto retribución como omnicompreensivo que es de toda una serie de partidas abonadas en este caso por la empleadora, del que debe reputarse como salario y de acuerdo a lo establecido en el art. 26.1, del ET . Es decir y por ser más directo, mientras que en el primero están incluidas las percepciones extrasalariales ¿ art. 26.2, del ET -, no acontece lo mismo en el segundo. La distinción por demás no es baladí, ya que el que lo percibido sea o no incardinable en el epígrafe salarial, tiene claras e importantes repercusiones en el contrato de trabajo. En ese sentido, limitándonos a la esfera de lo social y a su vez contemplado desde la exclusiva perspectiva del trabajador, tiene incidencia directa en el ámbito prestacional, indemnizatorio, etc,...

Y digo que aquí se ha producido una modificación sustancial, tomando en consideración lo que desglosa el séptimo hecho probado. De su contenido infiero que lo que antes de 1 de enero de 2014, era una partida salarial en forma de "complemento voluntario", ahora se ha subdividido en cuatro y dos de ellas -"plus de transporte" y "plus de distancia"-, son extrasalariales por su propia denominación. En ese mismo orden de cosas recuerdo que de acuerdo a una reiterada jurisprudencia del TS y que por conocida omito su concreta referencia, nunca pueden ser objeto de compensación o absorción partidas retributivas de naturaleza heterogénea.

#### **Cuarto.**

La otra modificación toma como referencia su jornada de trabajo. En este caso me remitiré al inciso final, del párrafo primero, del sexto ordinal del relato fáctico. Se refiere a la comunicación que cursa la empresa a los trabajadores afectados y más concretamente cuando afirma que: "¿el exceso de horas realizado entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre del 2013 se regularizarían en el año 2014?".

No voy a discutir la aplicabilidad de la nueva jornada establecida por el CC de Comercio en General en este momento, sino su aplicación retroactiva. Va incluso contra sus propias manifestaciones, ya que es la propia empleadora la que previamente ha decidido aplicar el mismo "a partir" del 1 de enero de 2014.

#### **Quinto.**

En consecuencia, la parte dispositiva de la sentencia que me ocupa, tendría que haber quedado redactada de la siguiente manera:

" Que desestimamos los Recursos de Suplicación formulados por el Sindicato LAB y por la empresa Tximela SA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Cuatro de los de Donostia/San Sebastián, de 13 de mayo de 2015, dictada en el procedimiento 2603/2014; la cual debemos también ratificar. Sin costas"

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, junto con el VOTO PARTICULAR del Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, 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 4699-0000-66-0821-15.

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 4699-0000-66-0821-15.

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.