

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 724/2018 de 10
Jul. 2018, Rec. 2730/2016**

Ponente: Calvo Ibarlucea, Milagros.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2730/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 724/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 10 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil AXPE Consulting, S.L., representada y defendida por el Letrado D. Raúl Vázquez Ruiz, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 15 de marzo de 2016, en el recurso de suplicación nº 318/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, en los autos nº 342/2015, seguidos a instancia de Doña María Inés, contra dicha recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Doña María Inés, representada y defendida por la Letrada Dña. Iratxe Ordorica González.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de septiembre de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda deducida por María Inés contra AXPE CONSULTING SL y FOGASA, debo declarar y

declaro la procedencia de la decisión empresarial de extinción de la relación laboral con efectos al 8/03/15».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La actora Doña María Inés , con DNI NUM000 , ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las órdenes de la demandada AXPE CONSULTING, S.L., con categoría profesional reconocida en nómina de operadora, antigüedad desde el 1/08/11 y salario bruto anual de 15.000 euros (1.250 x 12).

2º.- La relación laboral entre las partes se instrumentó a través de contrato de trabajo de duración determinada, otorgado el 1/08/11, para la prestación de servicios como operador informático, en la realización de la obra o servicio descrito como "atención telefónica y soporte en servicio para nuestro cliente Dpto. Interior Gobierno Vasco", con una duración pactada hasta fin de obra.

3º.- La actora prestaba servicios en el centro de trabajo de la empresa en Bizkaia.

4º.- Se tiene por expresamente reproducido el bloque documental aportado por la empresa como nº 13 de su ramo, y consistente en acuerdo suscrito el 18/03/11 por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco y la demandada, por el que se adjudica a AXPE CONSULTING, S.L. la ejecución del contrato de "soporte al Centro de Atención a Usuarios" (expediente NUM001) por un plazo inicial de 24 meses, y que fue prorrogado mediante Orden de la Consejera de Seguridad de 15/03/13, obrando los documentos expresados en el citado bloque documental nº 13 de la empresa, que se da por íntegramente reproducido.

5º.- Abierto el correspondiente procedimiento de adjudicación el 30/04/14, mediante Orden de la Consejera de Seguridad de 30/01/15 (documento nº 10 de la empresa, que se da por íntegramente reproducido), se adjudicó el servicio de "soporte al Centro de Atención a Usuarios" a las empresas INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. y SERMICRO, S.A. UTE.

El Antecedente de Hecho decimocuarto de la Orden indicada, tiene el siguiente contenido:

"Con fecha 4 de noviembre de 2014, se envió requerimiento a la empresa AXPE CONSULTING S.L. a efectos de completar la documentación que dispone el artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , que debía ser atendido en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el día siguiente a su recepción. Transcurrido dicho plazo, la empresa AXPE CONSULTING S.L. no aporta la documentación solicitada".

6º.- AXPE CONSULTING, S.L. notificó a la actora comunicación extintiva por causas objetivas fechada el 20/02/15 y con efectos al 8/03/15, con el siguiente contenido:

"Muy señora nuestra:

La dirección de la empresa, de conformidad con lo establecido en los artículos 52.c) 53 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores , le comunica la decisión de extinguir su contrato de trabajo con efectos del día 08 de marzo de 2015 por causas objetivas, fundamentándose esta decisión en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas productivas y organizativas.

En concreto, dichas causas se justifican en la finalización, con efectos del 08 de marzo de 2015, del contrato suscrito con el Gobierno Vasco - Departamento de Interior para la prestación del servicio "Soporte al centro de atención de usuarios" (referencia NUM001), al cual usted está adscrito. A continuación, desarrollamos en detalle las circunstancias que rodean dicha finalización.

Como usted conoce, AXPE CONSULTING, S.L., es una empresa que, con carácter general, orienta su actividad al campo de la consultoría, integración de sistemas y externalización de servicios, que pone su conocimiento, experiencia y dedicación continua al servicio de las nuevas organizaciones, de modo que concurre a los diferentes Concursos públicos y privados para su posible adjudicación.

El Gobierno Vasco procedió en el año 2010 a la publicación de la oportuna licitación para el contrato "Soporte al centro de atención de usuarios" en las condiciones que se recogen en el Pliego de Bases Técnicas de fecha 30-de mayo de 2010 para el procedimiento de licitación de referencia (NUM001).

De dicho procedimiento de licitación resultó adjudicataria nuestra Empresa AXPE CONSULTING. S.L., mediante resolución del Gobierno Vasco -Departamento de Interior- de fecha 18 de febrero de 2011 suscribiéndose el oportuno contrato el 18 de marzo de 2011, con una duración de 24 meses, prorrogable. A consecuencia de dicha adjudicación se procedió, por parte de la Empresa, a la contratación del personal necesario para la realización del Proyecto, motivo por el cual usted fue contratado.

Tal y como estaba previsto en el Contrato de fecha 18 de marzo de 2011 se dictó Resolución por parte del Departamento de Interior del Gobierno Vasco en cuya virtud se procedía a la prórroga del referido contrato desde el 18 de marzo de 2013 hasta el 18 de marzo de 2014, fecha en la que se prorrogó, nuevamente el contrato, de forma tácita hasta el 8 de marzo del año 2015. Una vez finalizada dicha prórroga y tras el pertinente concurso público, el Departamento de Interior del Gobierno Vasco ha comunicado la adjudicación del servicio a una tercera mercantil. Asimismo, mediante comunicación fechada el 9 de febrero de 2015 y recibida por esta empresa el 12 del mismo mes y año, se ha comunicado a esta Empresa la finalización del último contrato de prestación de servicios suscrito al amparo de dicha licitación con efectos al próximo 8 de marzo de 2015.

Usted, por su parte, fue contratado el pasado 1 de agosto del 2011 en virtud del contrato vinculado al servicio de dinamización ya mencionado. Desde el inicio de su relación laboral, usted ha venido prestando servicios como Operador.

En este contexto, la finalización del contrato entre AXPE CONSULTING, S.L. y el Gobierno Vasco, fijada para el próximo 8 de marzo de 2015 hará que su puesto de trabajo, al igual que el resto de trabajadores suscritos a este servicio, quede sin contenido, ni ocupación efectiva.

Dicha situación no podrá ser subsanada mediante la reubicación o recolocación en ningún otro proyecto de la compañía toda vez que desde el año 2013 se ha ido produciendo un notable descenso en el número de proyectos y una reducción muy significativa de los servicios encargados por el Gobierno Vasco, y, de hecho, desde el año 2013 AXPE CONSULTING. S.L. no ha resultado adjudicataria de ningún otro proyecto en Álava o el País Vasco en su conjunto.

Todo lo expuesto evidencia que la finalización del servicio provocará un desajuste sobrevenido entre la carga de trabajo de la Empresa y su plantilla, un excedente de plantilla que se concreta en los puestos de trabajo adscritos a dicho servicio, entre los que se encuentra el suyo, cuya amortización deviene en imprescindible para adecuar la estructura de la Empresa a las necesidades productivas actualmente concurrentes.

Como consecuencia de lo anterior, como ya le hemos avanzado, la Empresa lamenta tener que comunicarle la extinción de su contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores , con efectos al 8 de marzo de 2015, coincidiendo con la finalización del contrato al que usted estaba adscrito.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , se le hace saber que la indemnización legal que le corresponde percibir de 20 días de salario por año de servicio asciende a, salvo error u omisión, DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO CON VEINTTUN EURO (2.945,21 euros) que se pone a su disposición mediante talón de BANCA MARCH número NUM002 bancario de manera conjunta con la presente carta.

De la misma forma, le participamos que tendrá a su disposición la liquidación de haberes que le pudiere corresponder a la fecha del cese de 08 de marzo de 2015.

Finalmente, ponemos en su conocimiento que, a los efectos legales oportunos, se entregará una copia de la presente comunicación a la representación legal de los trabajadores".

7º.- La indemnización expresada en la carta fue abonada a la trabajadora. Asimismo, la comunicación de cese fue notificada al comité de empresa del centro de Madrid, constando (dentro del bloque documental nº 4 de AXPE CONSULTING, S.L.) anotación manuscrita fechada el 20/02/15 del encargado el centro de trabajo de Bilbao, Don Bartolomé , en la que se hace constar que el comité de empresa del centro de trabajo de Erandio se niega a dar por recibida la comunicación.

8º.- Con la misma fecha de efectos se procedió a extinguir por causas objetivas, además del de la demandante, otros 10 contratos de trabajo.

9º.- El centro de trabajo de la demandada en Bizkaia está cerrado, resolviéndose el contrato de arrendamiento con efectos al 1/07/15, teniéndose por íntegramente reproducidos los bloques documentales nº 15 y 16 de la empresa.

10º.- Se tiene por expresamente reproducida la STSJPV 26/03/13 (recurso nº 444/13) aportada por la actora como documento nº 7 de su ramo dictada en autos de conflicto colectivo, por la que se declara que el convenio colectivo de aplicación a la empresa demandada es el de Oficinas y Despachos de Bizkaia.

Dicha resolución es firme.

11º.- Se tiene por expresamente reproducida la SJS nº 9 de Bilbao dictada el 25/02/15 en sus autos 446/14, aportada por la actora como documento nº 8 de su ramo dictada en autos de reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas de la aplicación del convenio expresado en el Hecho anterior durante el periodo Marzo 2011 a Diciembre de 2013, por la que se estima la demanda presentada, entre otros trabajadores de la empresa, por la actora y en cuyo Hecho Probado Cuarto se consigna, a los efectos de interés actual, que, en aplicación de las disposiciones del convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, el salario de la trabajadora debería ser de 1.537,06 euros brutos mensuales con inclusión de prorratas.

Las partes no discuten que dicha resolución ha sido recurrida en suplicación por AXPE CONSULTING, S.L.

exclusivamente en relación a la excepción de prescripción opuesta por la empresa y desestimada en la instancia.

12º.- Asimismo, consta (documento nº 9 de la trabajadora) que la actora ha interpuesto el 24/02/15, junto a otros trabajadores nueva demanda en reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas de la aplicación del convenio expresado en el Hecho Octavo Enero 2014 a Diciembre de 2014, dando lugar a los autos 176/15 del JS nº 5 de Bilbao, encontrándose pendientes de la celebración de conciliación y, en su caso, juicio.

13º.- Mediante SJS nº 10 de Bilbao dictada el 23/07/14 en sus autos de conflicto colectivo 101/14, se desestimó la demanda formulada por CCOO y UGT frente a CEBEK, ELA y LAB en reclamación de que se declarase vigente el convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia 2009-2012, acogiendo la excepción de inadecuación de procedimiento.

La sentencia de instancia fue confirmada por STSJPV 10/02/15 dictada en recurso 85/15 , se confirmó la SJS nº 10, encontrándose actualmente recurrida en casación.

14º.- Obra en autos como documento nº 11 de la parte actora, Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia 2009-2012, publicado en el B.O.B. 6/06/11 cuyo contenido se tiene por expresa e íntegramente reproducido si bien, a los efectos de interés actual, su artículo 3 tiene el siguiente tenor literal:

"Vigencia, Prórroga y Denuncia.

El presente Convenio entrará en vigor en el momento de su firma por las partes legitimadas. El período de vigencia del presente Convenio será de cuatro años comprendidos entre el 1 de enero de 2.009 al 31 de diciembre de 2.012 con la excepción de los desplazamientos, dietas y kilometraje, que no tendrán carácter retroactivo, siendo su vigencia desde la firma del presente

convenio. El presente Convenio se considerará denunciado el 15 de diciembre de 2.012 comprometiéndose ambas partes a iniciar las deliberaciones del siguiente Convenio en un plazo de quince días a contar desde la entrega del anteproyecto, bien por la representación de los trabajadores, bien por la representación empresarial".

15º.- Iniciado el 25/11/13 expediente de suspensión temporal de contratos de trabajo, empresa y representación de los trabajadores alcanzaron acuerdo el 19/12/13, consistente en aplicar la medida de suspensión temporal del contrato de trabajo de un máximo de 47 trabajadores (44 del centro de trabajo de Madrid y 3 del centro de trabajo de Bilbao) entre el 1/01/14 y el 31/03/15.

16º.- Se tiene por expresamente reproducido informe de afiliados remitido por la TGSS con fecha 6/08/15 y unido a las actuaciones.

17º.- La demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

18º.- El 26/03/15 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto el 17/04/15, con el resultado de terminado sin avenencia».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Se estima en parte el recurso de suplicación formulado por D^a María Inés contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao dictada el 29-9-15 , en los autos nº 342/15, seguidos por la citada recurrente contra AXPE CONSULTING S.L. y FOGASA. Se declara improcedente el despido objetivo sufrido por Doña María Inés el 8 de marzo de 2015, condenando a Axpe Consulting SL a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que ostentaba antes del despido, o a su elección al abono de una indemnización de 6316,47 euros (s.e.u.o), opción que deberá ejercitar en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia (opción que habrá de efectuarse ante esta Sala mediante escrito presentado en plazo o comparecencia ante el Sr. Secretario dentro del mismo plazo), extendiéndose esta condena, de optarse por la primera de esas alternativas, al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al del despido y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 50,53 euros diarios. Sin costas».

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó auto de fecha 5 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «PARTE DISPOSITIVA: Se acuerda la aclaración solicitada por la empresa Axpe Consulting S.L. quedando el fallo de la sentencia de fecha 15 de marzo de la siguiente manera:

"Se estima en parte el recurso de suplicación formulado por Da María Inés contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao dictada el 29-9-15 , en los autos nº 342/15, seguidos por la citada recurrente contra AXPE CONSULTING, S.L. y FOGASA. Se declara improcedente el despido objetivo sufrido por Doña María Inés el 8 de marzo de 2015, condenando a Axpe Consulting SL a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que ostentaba antes del despido - con devolución de ésta de la indemnización percibida por extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, en importe de 2.945,21 euros-, o a su elección al abono de una indemnización de 6316,47 euros (s.e.u.o.) -de la que deberá deducirse la cantidad abonada a la trabajadora en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo por causas objetivos, por importe de 2.945,21 euros-, opción que deberá ejercitarse en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia (opción que habrá de efectuarse ante esta Sala mediante escrito presentado en plazo o comparecencia ante el Sr. Secretario dentro del mismo plazo), extendiéndose esa condena, de optarse por la primera de esas alternativas, al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguientes al del despido y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 50,53 euros diarios. Sin costas».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Vázquez Ruiz en representación de la mercantil AXPE Consulting, S.L., mediante escrito de 3 de junio de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como

sentencias contradictorias con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 1 de junio de 2015 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 18 de diciembre de 2014 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 86.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 1 de diciembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo en pleno el día 30 de mayo de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora vino prestando servicios por cuenta de Axpe Consulting S.L. desde el 1 de agosto de 2011 en virtud de contrato para la realización de obra o servicio determinado como "atención telefónica y soporte en servicio para nuestro cliente Departamento de Interior del Gobierno Vasco" con duración pactada hasta el fin de la obra. La obra civil contratada tuvo un plazo inicial de duración de 24 meses que fue prorrogado mediante Orden de la Consejería de Seguridad del 15 de marzo de 2013. En 2014 resultaron adjudicatarias del "soporte al Centro de Atención a usuarios" las empresas informáticas el Corte Inglés SA y Sermicro S.A. UTE. Axpe Consulting S.L. fue requerida el 4 de noviembre de 2014 para que completara la documentación a que se refiere el artículo 151.1 de la Ley de Contratos del Sector Público en un plazo de 10 días, requerimiento que no fue atendido. Axpe Consulting notificó a la actora la extinción de su contrato con efectos del 8 de marzo de 2015, "haciendo constar que se ponía a su disposición la cantidad de 2945,21€ que fue abonada a la trabajadora. La notificación expresada en la carta se realizó al Comité de Empresa de Madrid constando anotación manuscrita del encargado del centro de trabajo de Erandio haciendo constar que el Comité de Empresa de dicho centro se niega a dar por recibida la comunicación", según reza en el séptimo de los hechos probados.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y declaró la procedencia de la decisión extintiva.

En suplicación se estima en parte el recurso de la demandante, se declara improcedente el despido, rechazando los motivos dedicados a la falta de notificación a la representación legal de los trabajadores, la falta de razones objetivas para el despido y la lesión de la garantía de indemnidad.

El extremo en el que se produce la estimación de una parte de los motivos del recurso es en la determinación del salario regulador de la indemnización.

La sentencia de instancia había reconocido como tal el salario de 1250,06 €, situada la controversia entre el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Vizcaya y el Convenio Colectivo estatal de Empresas de Consultoría y estudios de mercado, siendo este último el aplicado por la sentencia.

En suplicación se llega a la conclusión opuesta declarando la aplicación del Convenio provincial aludido del que resulta un salario de 1537,06€ que fue el percibido por la trabajadora hasta diciembre de 2013 siendo en enero de 2014 cuando la empresa empezó a abonar el de 1250€ sin previa notificación a la interesada ni a los representantes de los trabajadores.

Tras examinar el iter de reclamaciones colectivas e individuales relacionado entre otras cuestiones con el importe de la retribución a percibir, STSJPV en conflicto colectivo de 26 de marzo de 2013 acordando la aplicación del Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Vizcaya,

sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de 25 de febrero de 2013 declarando que al amparo del citado Convenio el salario a percibir por la trabajadora y otros demandantes es el de 1537,06€ pese a lo cual el salario satisfecho y tenido en cuenta para calcular la indemnización ha sido el de 1250€, la Sala llega a la conclusión de que el salario inferior abonado por Axpe SL no responde a la dificultad jurídica de determinar el convenio aplicable sino su voluntad de no aplicar el salario que corresponde lo que ha propiciado el pago de una indemnización inferior.

En cuanto a la determinación de la retribución aplicable la sentencia entiende que es la de 1537,06€ porque el convenio colectivo de ámbito superior que la empresa dice aplicar cuenta entre sus cláusulas con el artículo en 8 en el que se considera mejoras adquiridas a las situaciones que computadas en conjunto y anualmente resulten superiores a las establecidas en el mismo. Añade que la demandante desde el comienzo de su relación tenía derecho a la aplicación de Convenio provincial de Oficinas y Despachos de Vizcaya porque así se declaró en la sentencia de 26 marzo de 2013 de la propia Sala , desde marzo de 2011 hasta diciembre de 2013.

Recorre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima de 1 de julio de 2015 para el primero de los motivos del recurso, relativo a la posibilidad de aplicación de un convenio que ha superado el plazo máximo de ultraactividad pactada, existiendo un Convenio Colectivo de ámbito superior y con carácter subsidiario, la fechada el 18 de diciembre de 2014 que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla dictó a propósito de la cuestión referida al error excusable o inexcusable.

En la sentencia de comparación propuesta para el primer motivo, el trabajador había prestado servicios para una empresa a la que se venía aplicando el Convenio Colectivo del Comercio del Metal de la provincia de Guipúzcoa, convenio pactado para los años 2005-2008 cuya vigencia finalizó el 31 de diciembre de 2008, sin que posteriormente pese a una serie de reuniones entre la empresa y representantes de los trabajadores se haya llegado a un acuerdo bien para negociar un nuevo convenio bien para prorrogar el anterior.

El 5 de julio de 2013 la empresa comunicó a todos los trabajadores que a partir del 1 de agosto de 2013 se aplicaría en la empresa el Convenio Colectivo de Comercio en General de Guipúzcoa para los años 2010-2014. En sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Guipúzcoa que alcanzó firmeza se declaró la nulidad de dicha modificación de condiciones. El 30 de diciembre de 2013, la empresa entregó comunicación a todos los trabajadores haciendo saber que a partir del 1 de enero de 2014 se aplicaría el convenio colectivo del Comercio en General en la provincia de Guipúzcoa para los años 2010-2014 en jornada anual de 1762 horas, hasta el 1 de diciembre de 2013 era de 1727 horas, y que el exceso de horas realizado entre el 1 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2013 se regularizaría en 2014. La aplicación del citado convenio ha variado la estructura salarial de la retribución de los trabajadores pero no su cuantía en total. Interpuesta demanda frente a la anterior modificación de las condiciones de trabajo, el Juzgado de lo Social declaró su nulidad en sentencia que es revocada en suplicación.

La sentencia de contraste razona que una vez perdida la vigencia del Convenio Colectivo del Comercio del Metal y publicado un nuevo Convenio que se entiende "superior", el del Comercio en General, aun siendo 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 empresa a finales del año 2013, con lo que procedería la revocación de la resolución de instancia.

Respecto al Convenio Colectivo la Sala de suplicación afirma lo siguiente: "no podemos cuestionarnos que el Convenio Colectivo del Comercio del Metal finalizó su vigencia el 7 de julio de 2013 a consecuencia de lo ordenado en la disposición transitoria 4 de la Ley 3/2012 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 ultraactividad no se llegó a ningún tipo de concierto a nivel de empresa o superior.

Como ya se ha resuelto en recursos iguales al actual, STS 5/6/2018 (RCUD 523/17) y de 5/6/18 (RCUD 427/2017), "a pesar de las diferencias fácticas existentes, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la contradicción ha de considerarse existente puesto que las diferencias no inciden en el debate jurídico de fondo que consiste en decidir si, decaído en su vigencia un convenio colectivo y existente uno superior, procede aplicar la discutida contractualización de condiciones de trabajo a que se refiere la sentencia de la presente Sala IV de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014 o, por el contrario, debe aplicarse el artículo 86.3 ET y considerar vigente el convenio de ámbito superior. En este sentido, no habrían de considerarse relevantes a efectos de contradicción el hecho de que la sentencia recurrida resuelva un conflicto individual y la de contraste uno colectivo; que en la recurrida la empresa sea renuente a aplicar el convenio de oficinas y despachos de Bizkaia -pues lo que se debate es que en el momento de iniciarse el conflicto que da lugar al pronunciamiento de suplicación éste no estaba vigente-; ni que en la de contraste se considere superior un convenio colectivo de la misma provincia. Igualmente, a ello no obsta que la sentencia recurrida aluda a la aplicación del artículo 8 del citado convenio sobre conservación de condiciones para mejoras adquiridas, pues el argumento se utiliza ex abundancia y por sí solo no constituye la ratio decidendi de la sentencia, habida cuenta de que la cuestión ni se planteó en la instancia, ni se alegó en el recurso de suplicación.

Lo relevante es que en ambos casos el convenio que resultaba de aplicación inicialmente había perdido su vigencia y que en ambos casos existía un convenio colectivo superior. Ante tales incontrovertidas circunstancias, las sentencias resuelven la cuestión discutida de manera diferente, pues mientras la referencial considera que debe aplicarse el convenio superior, la recurrida determina que deben continuar aplicándose las condiciones del convenio cuya vigencia ha decaído."

SEGUNDO.- Por razones de homogeneidad y seguridad jurídica y ante la identidad esencial de las cuestiones resueltas por el Pleno de la Sala en los RRCUD 364/2017, 523/2017 y 427/2017 procede reiterar en cuanto al fondo de la cuestión planteada, norma convencional aplicable al cálculo del salario regulador de la indemnización por despido cuanto en aquellas se razona y decide.

A tal fin procede reproducir los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto que en las STS de 05/06/2018 (RCUD 364/2017) se contienen y cuyo tenor literal es el siguiente: " **TERCERO.- 1.-** La cuestión debatida no ha sido resuelta directamente por la Sala, aunque nos hayamos referido indirectamente a ella. De entrada, la citada sentencia de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014 , cuando estableció la contractualización de las condiciones establecidas en el convenio que perdía su vigencia, lo hizo, precisamente en un supuesto en el que no existía convenio colectivo de ámbito superior que resultase de aplicación; es más, de manera implícita -la redacción de la sentencia- y de forma explícita -los votos particulares- coincidían en que la referida contractualización se aplicaba en el supuesto final en el que, ni hubiera pacto en contrario, ni existiese convenio de ámbito superior que resultase aplicable.

Nuestras SSTs de 17 de marzo de 2015 (rec. 233/2013) de 2 de julio de 2015 (rcud. 1699/2014) y de 7 de julio de 2015 (rec. 193/2014) no hicieron ninguna referencia al problema que aquí se suscita. En efecto, lo que se planteó en aquellas resoluciones se refería a la validez y aplicabilidad de los "pactos en contrario" suscritos en el propio convenio colectivo que perdía la vigencia y que había sido suscrito antes de la reforma del artículo 86.3 ET operada por el RDL 3/2012; concluyendo la Sala en su plena validez. Tal doctrina en nada afecta a la decisión que haya de tomarse en este caso.

2.- Nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014 si se refirió a la aplicabilidad del convenio fenecido por finalización de su vigencia existiendo un convenio de ámbito superior aplicable; pero lo hizo en un supuesto que contenía una particularidad importante consistente en el hecho de que el convenio superior regulaba materias como "la estructura y concurrencia de convenios, la subrogación del personal, el régimen disciplinario, la clasificación profesional y la formación para el empleo, las modalidades de contratación, el periodo de prueba, la igualdad de trato y de oportunidades, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales (art. 10.2),

pero no contempla los aspectos más típicamente "normativos" y relevantes del vínculo laboral individual, tales como retribuciones, excedencias, licencias, jornadas, permisos, vacaciones, horas extraordinarias, etc. (arts. 6 a 21, entre otros, del convenio provincial), y sin duda fueron éstos los que nuestra sentencia de 22-12-2014 pretendía "conservar" (tesis "conservacionista", se decía), la solución ha de ser la misma, sin perjuicio, obviamente, no sólo de lo establecido legalmente en materia de concurrencia de convenios (art. 84ET) sino también de la incidencia que pudiera tener la tradicional doctrina jurisprudencial en torno a la rechazable técnica del "espiguelo normativo" (por todas STS de 15 de septiembre de 2014, rcud. 2900/12 , y las que en ella se citan), cuestiones ambas no suscitadas en absoluto en este proceso".

En definitiva, la *ratio decidendi* de tal sentencia por la que excluyó la aplicabilidad del convenio superior no fue negar la autoridad de la redacción del artículo 86.3 ET , ni siquiera establecer que una supuesta contractualización de las condiciones impediría la aplicación del precepto estatutario en cuestión, fue que el convenio de ámbito superior no era un verdadero convenio en el que se establecen condiciones de trabajo sino que se trataba de un convenio cuyo objetivo declarado consiste en "regular materias de ordenación común para todo el Sector y distribuir competencias normativas reguladoras entre los distintos niveles negociables" (art. 2º.2) que, pese a ello, como hemos visto, no contempla en absoluto derechos y obligaciones relevantes que regulaba el convenio de ámbito provincial (retribuciones, jornada, permisos, vacaciones, etc.). Nada que ver, por tanto, con el presente supuesto en el que el convenio de ámbito superior regula las mismas materias que el convenio fenecido, tratándose ambos de convenios ordinarios que, típicamente, regulan condiciones de trabajo.

3.- Nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014 , se enfrentó, claramente, a un supuesto -similar al presente- en el que lo que se pretendía es la aplicación del convenio de ámbito superior en un asunto en el que el convenio aplicable hasta entonces había perdido su vigencia y no existía pacto alguno respecto de la ampliación de la ultraactividad del convenio fenecido, ni respecto al convenio aplicable en el futuro. En esas circunstancias, nuestra sentencia proclamó, sin ambages, la aplicabilidad del artículo 86.3 ET y, en consecuencia, que, en aquellas circunstancias, el convenio de ámbito superior pasaría a resultar de aplicación. Sin embargo, en aquél caso no aplicó tal doctrina porque entendió que el convenio cuya aplicación se pretendía no era "un convenio de ámbito superior que resulte de aplicación", porque lo que se pretendía en el caso es considerar como tal a un convenio colectivo que nada tenía que ver con la actividad que cubría el convenio que perdió la vigencia.

CUARTO.- 1.- La regla de la ultraactividad esté concebida, como norma disponible para la autonomía colectiva, para conservar provisionalmente las cláusulas del convenio anterior mientras continúe la negociación del convenio siguiente, durante un determinado tiempo que la ley considera razonable, pero no para cubrir vacíos normativos surgidos como consecuencia de la conclusión del convenio cuya vigencia ha terminado, ni para perpetuarse eternamente.

El legislador al objeto de evitar el vacío normativo que se produciría con la pérdida de vigencia del convenio, establece la aplicación del convenio de ámbito superior que resulte de aplicación. En este caso, no existe una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa. No existe, pues, contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado sino su total desaparición del ordenamiento jurídico por decaimiento de su vigencia y completa sustitución por el de sector.

La regulación del régimen de ultraactividad legal implica, como impone el artículo 86.3 ET , que transcurrido un año desde la denuncia del convenio " se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación". La claridad de la voluntad del legislador resulta palmaria de la propia construcción normativa y de las exposiciones de motivos de las normas reformadoras. Éstas, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, introducen modificaciones respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin

necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una "petrificación" de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año. Parece evidente que a tal finalidad y, especialmente, a la de evitar vacíos normativos responde el mandato legal de aplicación, si lo hubiere, del convenio superior que resultase de aplicación. La solución legal implica tener que establecer si existe o no existe un convenio de ámbito superior y, de existir varios, delimitar cuáles, precisamente, el aplicable.

En el presente supuesto ni hay duda sobre la existencia de convenio de ámbito superior, ni de que el existente resulta aplicable, por lo tanto, se impone el cumplimiento de la norma legal en su plenitud, sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales.

Por otro lado, la referencia al artículo 8 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública resulta superflua. Por un lado, porque su contenido no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que procedan del Convenio Colectivo aplicable anteriormente, sino a las que disfrutase cada trabajador ad personam como mejora de las condiciones legales o convencionales; y, por otro, porque en modo alguno de su tenor puede deducirse que el convenio sectorial trate de mantener parcialmente vigente el convenio ya desaparecido.

2.- Consecuentemente, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, por lo que, oído el Ministerio Fiscal, se impone la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida en el único punto cuestionado por el recurso relativo al salario regulador de la indemnización del despido objetivo, manteniendo el resto de pronunciamientos no cuestionados. Sin costas y con devolución de depósitos y consignaciones para recurrir".

TERCERO.- Por último, resuelta la cuestión principal formulada por el recurso en sentido favorable al mismo aun cuando resultaría innecesario entrar a conocer del segundo motivo relativo a la caracterización como error excusable o inexcusable de la cuantía indemnizatoria ofrecida por la empresa, deberá prosperar la censura de infracción de los arts. 53.1b y 52 ambos del ET, al estar vinculada la cuantía del salario a la declaración de improcedencia que dejamos sin efecto, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el art. 235 de la LGS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil AXPE Consulting, S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 15 de marzo de 2016, en el recurso de suplicación nº 318/2016, y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el recurso interpuesto frente a la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, en los autos nº 342/2015, que confirmamos.

Devuelvanse a la parte recurrente las cantidades consignadas y el depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jesus Gullon Rodriguez Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Luis Fernando de Castro Fernandez Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol

Maria Lourdes Arastey Sahun Antonio V. Sempere Navarro

Angel Blasco Pellicer Sebastian Moralo Gallego

Maria Luz Garcia Paredes