



Roj: **SAN 4537/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4537**

Id Cendoj: **28079240012022100131**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2022**

Nº de Recurso: **205/2022**

Nº de Resolución: **130/2022**

Procedimiento: **Conflicto colectivo**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00130/2022

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº 130/2022

Fecha de Juicio: 27/9/2022

Fecha Sentencia: 13/10/2022

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000205 /2022

Proc. Acumulados: CCO 222/2022, CCO 250/2022, CCO 279/2022

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: FESMC-UGT, CGT, SERVICIOS-CCOO, USO

Demandado/s: DIGITEX INFORMATICA SLU, SUC (SINDICATO UNITARIO DE CANTABRIA), STC , IAC-
INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUNYA , CSIF

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

:

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MAD

NIG: 28079 24 4 2022 0000209

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000205 /2022



Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr: RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 130/2022

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. JOSE PABLO ARAMENDI SÁNCHEZ

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

D. RAMÓN GALLO LLANOS

D^a ANA SANCHO ARANZASTI

En MADRID, a trece de octubre de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En los procedimientos de CONFLICTO COLECTIVO 0000205/2022 ,222/2022, 250/2022 y 279/2022 seguidos por demandas de CGT (Letrada Teresa Ramos Antuñano), FESMC-UGT (Letrado Roberto Manzano del Pino), UNION SINDICAL OBRERA (Letrada M.^a Eugenia Moreno Díaz) y FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (SERVICIOS-CCOO) (Letrada Sonia de Pablo Portillo), contra DIGITEX INFORMATICA SLU (Graduado Social Juan Navas Muñoz); CSIF (Letrada Sandra García de la Torre), SUC (SINDICATO UNITARIO DE CANTABRIA) (no comparece), SINDICATO DE TRANSPORTES DE COMUNICACIÓN (STC) (no comparece), IAC-INTERSINDICAL ALTERNATIVA DE CATALUNYA (no comparece sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 17 de junio de 2.022 se presentó demanda, en nombre y representación de CGT en el sobre conflicto colectivo.

Dicha demanda fue registrada con el número 205/2,022, señalándose por Decreto de fecha 1 de julio de 2.022 el día 27 de septiembre de 2.022 para los actos de conciliación y juicio.

Segundo .- El día 22 de julio de 2.022 se presentó demanda por UGT sobre conflicto colectivo que fue registrada con el número 250/2.022. Dicha demanda fue acumulada a la 205/2022 por Auto de fecha 27 de julio de 2.022.

Tercero .- El día 2 de septiembre de 2.022 se presentó demanda por USO sobre conflicto colectivo que fue registrada con el número 279/2.022. Dicha demanda fue acumulada a la 205/2022 por Auto de fecha 7 de septiembre de 2.022.

Cuarto .- El día 2 de julio de 2.022 se presentó demanda por CCOO sobre conflicto colectivo que fue registrada con el número 222/2.022. Dicha demanda fue acumulada a la 205/2.022 por Auto de fecha 9 de septiembre de 2.022.

Quinto .- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que la letrada de CGT se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia reconociendo la NULIDAD DE LA CLAUSULA COMUNICADA POR LA EMPRESA EN FECHA 16 DE JUNIO DE 2022.

En primer lugar esgrimió su condición con suficiente implantación en la empresa (30 por ciento de los representantes unitarios), así su condición de sindicato más representativo en el sector del Contact Center, señalando que la empresa rige las relaciones laborales en su seno conforme al II Convenio colectivo del Contact center publicado en el BOE de 12-7-2.017.

Señaló que en fecha 26-5-2.022 por parte de la empresa se notificó a las secciones sindicales que a partir del 4 de junio en los contratos que se le celebrasen incluirían la siguiente cláusula:

"Ambas partes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1 b) del ET y en virtud de su autonomía contractual (artículo 3.1c del ET), de mutuo acuerdo establecen como motivo válidamente consignado para la resolución



del contrato el bajo rendimiento del Trabajador, en TRES meses consecutivos o en CUATRO alternos dentro de un período de SEIS, no alcance el 75 % de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio al que esté adscrito. El Trabajador estima razonable y proporcionado el referido sistema de extinción por bajo rendimiento".

La adopción de esta medida viene motivada por la necesidad empresarial de homogeneizar el proceso de medición de los resultados de cada uno de sus servicios y, por ende, una gestión más eficiente de los recursos humanos asociados a los mismos.

El personal que forma parte de cada unidad organizativa. Tendrá conocimiento con carácter mensual del promedio de los resultados alcanzados por el conjunto de los/las trabajadores/as pertenecientes a cada unidad organizativa. En consecuencia, aquellos/as trabajadores/as que no alcancen, el 75 % recibirán las acciones de comunicación individualizada y, en su caso, acciones de apoyo por parte de sus mandos directos para posibilitar que éstos alcancen los resultados del promedio de sus compañeros/as."

Añadió que en fecha 7 de junio de 2.022 la empresa notifica que los contratos que incluirían la referida cláusula serán los correspondientes a las siguientes campañas: IBERDROLA TELEVENTA de Granada, La Carolina, Málaga, Viladecans y Santander, LEGÁLITAS de Talavera y Viladecans, MÁSMOVIL de Granada. Y GNF (NATURGY) de Madrid y Talavera, sin que se incluya en los correspondientes a otras campañas.

Consideró que la cláusula al ser una cláusula de adhesión resultaba contraria abusiva al amparo del art. 7.2 CC, ya que se prescindía de la necesaria culpabilidad que exige la causa de despido prevista en el apartado b) del art. 54.2 E.T., así como vulneradora del principio de buena fe contractual. Citó a la efecto la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 14 de diciembre de 2011 y 30 de octubre de 2007.

Destacó que además, al ser una cláusula negociada de forma individual y en masa vulneraba el derecho a la negociación colectiva.

El letrado de UGT se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de la cláusula comunicada a los representantes de los trabajadores en fecha 19 de mayo de 2022, incluida en los contratos de trabajo suscritos a partir del día 4 de junio de 2022., condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

Alegando idénticos hechos a los referidos por CGT y consideró que la cláusula debía reputarse nula por cuanto que los arts. 67.12 y 68.3 del Convenio aplicable ya prevén como causa de despido disciplinario la disminución continuada o voluntaria del rendimiento normal o pactado, y lo que hace la empresa con esta nueva cláusula es crear mediante negociación individual una nueva causa de despido en la que se prescinde de la necesaria culpabilidad de la conducta, citando al efecto la SAN de 9-2-2.019 y en la STS de 3-7-2.020.

La letrado de USO se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare la nulidad de la de la cláusula comunicada por la empresa el 19 de mayo de 2022 a los representantes de los trabajadores e incorporada en los contratos de trabajo individualmente, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración.

Añadió a lo ya dicho por quienes le precedieron en el uso de la palabra que el trabajador desconoce cuál será el rendimiento medio de la plantilla, y que además tal rendimiento no depende de su voluntad sino de que terceras personas acepten las ventas, que la cláusula se inserta en las nuevas contrataciones, para el con grupo profesional E, y nivel de teleoperador del grupo de operaciones, conforme a los artículos 37, 38 y 39 del Convenio Colectivo aplicable, sin que se incorpore la misma, o similar, al resto de contratos ni al resto de categorías profesionales, siendo la mayoría contrataciones a tiempo parcial de colectivos de especial vulnerabilidad (mujeres con responsabilidades familiares, estudiantes...) y que la empresa cuenta un sistema de objetivos que imponen de forma unilateral.

La letrado de CCOO se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare la NULIDAD de la cláusula resolutoria vinculada a rendimiento mínimo por abusiva y se condene a la empresa a estar y pasar por tal declaración.

Incidió en las funciones que realiza el personal al que se le impone la cláusula en la que el éxito de la venta depende de un factor aleatorio.

CSIF se adhirió a las anteriores demandas.

Por parte de la empresa se solicitó el dictado de sentencia desestimatoria de la demanda.

Se precisó que la cláusula impugnada únicamente se imponía en contratos vinculados a determinadas campañas en las que el número de ventas incide en la remuneración del contratista a la empresa.



Se defendió la validez de este tipo de cláusulas reconocidas por la jurisprudencia al amparo del art. 49. 1 b) del E.T y de la libertad de contratación, refiriendo al respecto las SsS de 3-7-2.020 conviven con el art. 54.2 del Stsj de madrid 14- 7 2022 y 7 7 2022 y del tsj castilla- león de 2 11 2021.

Consideró que la fijación del objetivo en el 75% no resultaba abusivo, y que en todo caso el trabajador podía aceptar la contratación en esos términos o no.

Sexto.-En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - La empresa demandada rige las relaciones laborales en su seno conforme al II Convenio colectivo del Contact Center (BOE de 12-7-2.017)- conforme-.

SEGUNDO.- El día 19-5-2.022 la empresa comunicó a los Comités de Empresa y a las Secciones Sindicales de la misma lo siguiente:

"Muy Sres./Sras. Nuestros/as,

De conformidad con lo establecido en el art. 64.5 del ET , por medio de la presente, les comunicamos que a partir del próximo día 4 de junio de 2022, todos aquellos contratos que se formalicen a partir de la fecha señalada, incluirán la siguiente cláusula:

"Ambas partes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y en virtud de su autonomía contractual (artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores), de mutuo acuerdo establecen como motivo válidamente consignado para la resolución del contrato el bajo rendimiento del Trabajador. Concretamente, el contrato podrá ser extinguido por la Empresa en caso de que el Trabajador, en TRES meses consecutivos o en CUATRO alternos dentro de un periodo de SEIS, no alcance el 75% de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del Servicio al que esté adscrito. El Trabajador estima razonable y proporcionado el referido sistema de extinción por bajo rendimiento. "

La adopción de esta medida viene motivada por la necesidad empresarial de homogenizar el proceso de medición de los resultados de cada uno de sus servicios y, por ende, una gestión más eficiente de los recursos humanos asociados a los mismos. El personal que forma parte de cada unidad organizativa, tendrá conocimiento con carácter mensual del promedio de los resultados alcanzados por el conjunto de los/las trabajadores/as pertenecientes a cada unidad organizativa.

En consecuencia, aquellos/as trabajadores/as que no alcancen, el 75% recibirán las acciones de comunicación individualizada y, en su caso, acciones de apoyo por parte de sus mandos directos para posibilitar que éstos alcancen los resultados del promedio de sus compañeros/as.- conforme-.

TERCERO.- El día 7 de junio de 2022 la empresa remitió nuevo correo a las secciones sindicales con el siguiente contenido:

"Tal y como se les comunicó el pasado 19 de mayo de 2022, a continuación les relacionamos los servicios que inicialmente incluirán la nueva cláusula, y que aparecerá en las correspondientes copias básicas:

UNIDAD ORGANIZATIVA CENTROS DE TRABAJO DONDE SE PRESTA Indicadores se tienen en cuenta para % resultado

IBE SP GR TELEVENTA IBERDROLA CRC GRANADA SPH (Venta por hora - ratio) + SVA (Servicio de valor añadido)

IBE SP LC TELEVENTA IBERDROLA CRC LA CAROLINA SPH (Venta por hora - ratio) + SVA (Servicio de valor añadido)

IBE SP MA TELEVENTA IBERDROLA CRC MALAGA SPH (Venta por hora - ratio) + SVA (Servicio de valor añadido)

IBE SP VL TELEVENTA IBERDROLA CRC VILADECANS SPH (Venta por hora - ratio) + SVA (Servicio de valor añadido)

IBE SP SN TELEVENTA IBERDROLA CRC SANTANDER SPH (Venta por hora - ratio) + SVA (Servicio de valor añadido)

LEG SP TV TELEVENTA LEGALITAS CRC TALAVERA SPH (Venta por hora. ratio) + DMP (Doble método de pago)



LEG SP VL TELEVENTA LEGALITAS CRC VILADECANS SPH (Venta por hora. ratio) + DMP (Doble método de pago)

XFM SP GR MASMOVIL OUTBOUND CRC GRANADA SPH (Venta por hora. ratio)

CUARTO.- La empresa ha establecido de forma unilateral un sistema de retribución variable en función de objetivos designados por ella.- conforme-.

QUINTO.- Obran en las actuaciones contratos de trabajo celebrados con la referida cláusula todos ellos se suscriben para desempeñar un puesto de trabajo de Operador Telefónico de la categoría de Teleoperador.- descriptores NUM000 y NUM001 -.

SEXTO.- El día 30 de junio de 2.022 se celebró intento de mediación en el SIMA- descriptor NUM002 -.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-, La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial* , en relación con lo establecido en los *artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social* .

SEGUNDO.- De conformidad con el art. 97.2 de la LRJS los hechos declarados probados se fundan bien en hechos conformes, bien en las fuentes de prueba que en los mismos se especifican.

TERCERO.- Como ha quedado plasmado en los antecedentes fácticos de la presente resolución la cuestión que debe dilucidarse en el presente conflicto colectivo no es otra que determinar si la cláusula que la empresa ha introducido en los contratos de trabajo celebrados en determinadas campañas a partir del día 4 de junio de 2.022 y cuya inclusión fue notificada previamente a la RLT en fecha 19 de mayo de 2.022, es una válida cláusula de resolución contractual al amparo de los arts. 49. 1 b) y 1124 Cc, o si por el contrario supone una cláusula abusiva que trata de eludir las previsiones del art. 54.2 b) del TRELET y los arts. 67 y 68 del Convenio colectivo, amén de lesionar el derecho a la negociación colectiva por tratarse una negociación individual en masa respecto de una materia ya regulada en el convenio colectivo

Analizaremos en primer lugar, el carácter abusivo o no de la cláusula, y seguidamente, si la introducción de la misma vulnera el derecho a la negociación colectiva.

CUARTO.- De cara a determinar el carácter abusivo de la cláusula de rendimiento impugnada, y si la misma rebasa los términos del art. 49.1 b) del E.T que establece como causas de extinción del contrato de trabajo las consignadas válidamente en el contrato sin que en ningún caso pueda existir abuso de derecho por parte del empresario, intentando soslayar la necesaria voluntariedad en la disminución del rendimiento para que pueda operar como causa de despido disciplinario a que hace referencia el apartado 2 del art. 54 E.T, y expresamente se recoge en los arts. 67 y 68 del Convenio sectorial, así como la gravedad y culpabilidad que todo hecho del trabajador ha de revestir para ser merecedor despido disciplinario- art. 54.1 E.T- debemos traer a colación la doctrina que al respecto viene manteniendo la Sala IV del TS y que expresa claramente la STS de 3-7-2.020- rec 217/2018- en los términos siguientes:

"La jurisprudencia de la Sala, por todas STS 14 de febrero 2011, rcud. 774/2011 , ha examinado los requisitos para la validez de las cláusulas extintivas, pactadas conforme a lo dispuesto en el art. 49.1.b ET y su relación con el despido por bajo rendimiento, regulado en el art. 54.1.e ET , en los términos siguientes: "...la doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del pacto de rendimiento mínimo establecido en el contrato, que se contiene resumida en SSTS como la 16 de noviembre de 2.009 (recurso 592/2009) , en la que se recoge la del Pleno de 30 de octubre de 2007 (recurso 220/06) , en la que se afirma que "la causa de extinción contractual del artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , cuando se trata del rendimiento en el trabajo, coexiste con la causa de despido disciplinario prevista en el artículo 54.2 e) del mismo texto estatutario, es decir, 'la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado hasta el punto de que, no siendo fácil fijar una línea divisoria, la jurisprudencia en algunos casos ha entendido que la única forma de resolver el contrato de trabajo por bajo rendimiento, es la de despido prevista en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores , con un tratamiento idéntico a la causa de despido del artículo 54.2 e) del mismo estatuto - Sentencias de esta Sala de 18 de noviembre de 1982 ; 18 de noviembre de 1982 y 28 de abril de 1987 , si bien de forma mayoritaria ha admitido abiertamente en otros casos, el incumplimiento del pacto de rendimiento como condición resolutoria, de acuerdo con el ya citado artículo 49.1.b) de la repetida norma estatutaria - Sentencias entre otras de 11 de junio de 1.983 ; 20 de octubre de 1986 ; 13 de noviembre



de 1986 ; 27 de septiembre de 1988 y 23 de febrero de 1990 , y siempre que el rendimiento pactado no pudiera considerarse abusivo.

Ahora bien, en cualquier caso, con independencia de otras circunstancias como la gravedad, voluntariedad y continuidad, que pudieran servir para delimitar las dos figuras de extinción contractual, lo que parece claro es que la consideración del bajo rendimiento como incumplimiento contractual a efectos de justificar la extinción del contrato de trabajo, requiere, ineludiblemente, la existencia de un elemento de comparación para llegar a la conclusión del bajo rendimiento, ya sea atendiendo a un criterio subjetivo tomando como medida el conseguido por el propio trabajador con anterioridad, ya sea atendiendo a un criterio objetivo, remitiéndose al rendimiento marcado por otros trabajadores que realicen la misma actividad.

...Como puede observarse nuestra doctrina mayoritaria entiende que debe distinguirse entre la resolución contractual por incumplimiento del pacto de rendimientos mínimos y el despido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento, pero que en ambos supuestos el bajo rendimiento deberá ser imputable al trabajador, lo que, normalmente, requerirá la existencia de elementos comparativos y de pruebas exculpatorias o justificativas.

Los problemas jurídicos que plantean las cláusulas contractuales de rendimiento mínimo se han puesto de relieve reiteradamente por la doctrina de esta Sala, admitiéndose en las sentencias antes citadas que, en principio, las mismas son válidas y no abusivas si en su ejercicio se respetan los límites normales o ajustados a los principios de la buena fe.

Precisamente porque en el desarrollo extintivo de sus efectos, se mezclan los principios que inspiran la resolución de las obligaciones recíprocas a que se refiere el artículo 1.124 del Código Civil , con las facultades disciplinarias del empresario, en los términos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y particularmente la letra e) del número 2, donde se establece como causa de despido "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado".

En nuestro caso, la cláusula obedece al siguiente tenor:

"Ambas partes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1 b) del ET y en virtud de su autonomía contractual (artículo 3.1c del ET), de mutuo acuerdo establecen como motivo válidamente consignado para la resolución del contrato el bajo rendimiento del Trabajador, en TRES meses consecutivos o en CUATRO alternos dentro de un período de SEIS, no alcance el 75 % de la m el 75 % de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio al que esté adscrito. El Trabajador estima razonable y proporcionado el referido sistema de extinción por bajo rendimiento."

Y siendo este el tenor de la misma coincidimos con los sindicatos accionantes a la hora de considerar su carácter abusivo por las siguientes razones:

1º.- Como se deduce de la comunicación efectuada por la empresa a la RLT se trata de una cláusula no negociada que la empresa impone en el texto del contrato de trabajo de manera que no la aceptación de la misma por el trabajador equivale a la no suscripción del contrato de trabajo.

Nótese a demás que todos los contratos de trabajo en los que inserta la referida cláusula no se trata para cubrir puestos de trabajo en los que el nivel de formación del trabajador, no es excesivamente alto, de ahí que las oportunidades de encontrar una ocupación son menores, y que la libertad de éste se encuentre todavía más limitada.

A la hora de fijar el sistema de clasificación profesional en el Convenio colectivo los puestos de teleoperadores se encuentran en nivel retributivo más bajo de su grupo profesional - el grupo D- (art. 39 del Convenio) y además sus funciones con arreglo al art. 38 del Convenio se encuentran fuertemente protocolizadas por la empresa ("Atienden o emiten contactos siguiendo métodos de trabajo con actuaciones protocolizadas, y reciben llamadas para la prestación o atención de cualesquiera servicios enumerados en el artículo 2 de este Convenio.");

2º.- Si bien la cláusula a la hora de fijar el rendimiento a alcanzar contiene un elemento comparativo -el 75 % de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio al que esté adscrito - , hace que la misma opere ipso facto como una causa de resolución contractual prescindiendo de aquellos elementos subjetivos u objetivos que han podido incidir en dicha falta de rendimiento.

A juicio de la Sala, en este punto el abuso de derecho es manifiesto, pues el empleador mediante esta cláusula lo que pretende es no tener acudido a la causa de despido prevista en el apartado e) del art. 54.2 E,T para resolver el contrato por bajo rendimiento, lo que exigiría acreditar la culpabilidad y gravedad de la conducta, y las exigencias formales que impone el art. 55 E.T, y que el bajo rendimiento en los términos que refiere la cláusula faculte a la empresa para extinguir sin más el contrato de trabajo.



Se trata pues de una cláusula contractual que contraviene el art. 3.1 c) del E.T que a la hora de señalar las fuentes del contrato de trabajo dispone: "c) *Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*", ya que resulta patente que con esta cláusula lo que se pretende es privar al trabajador de las garantías que tanto la legislación como el Convenio colectivo le otorgan de cara a enfrentarse ante un despido disciplinario por bajo rendimiento.

QUINTO.- Por CGT se ha señalado que la introducción de esta cláusula convencional implica una negociación individual en masa de condiciones de trabajo que vulnera el derecho a la negociación colectiva.

Con relación a los pactos en masa y la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva existe un amplio cuerpo de doctrina jurisprudencial al respecto que expone la STS de 15-6-2.022 - rec. 52/2.020- de la forma siguiente:

"La STS de 6 de septiembre de 2021, rec. 65/2020 recoge la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional (STC 225/2001) en orden a la promoción de acuerdos individuales masivos y el derecho de libertad sindical, en la vertiente de la negociación colectiva que corresponde a las organizaciones sindicales. Así, con cita de la STS de 11 de diciembre de 2015, rec. 65/2015, "< (...) conviene reiterar la síntesis efectuada en nuestra STS 12-4-2010 (R. 139/2009, FJ 7º) que dice así: "la jurisprudencia constitucional, reflejada esencialmente en la STC 238/2005 de 26-septiembre y en las que en ella se citan (entre otras, SSTC 105/1992 de 1-julio, 208/1993 de 28-junio, 107/2000 de 5-mayo y 225/2001 de 26-noviembre), en la que se aborda el problema "relativo a determinar si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación voluntaria de una oferta formulada por la empresa, puede, sin vulneración del derecho de negociación colectiva, modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable", dándose una respuesta negativa "al entender que de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE "..., razonando la citada sentencia que "no cabe argumentar en contrario que el convenio colectivo permanece vigente pues su contenido no se altera para aquellos trabajadores que no acepten la oferta de la empresa, toda vez que ello significaría la quiebra de la fuerza vinculante y el carácter normativo que tienen legalmente reconocido los pactos sustanciales del convenio. Con ello, añadíamos a continuación, "no queremos decir, naturalmente, que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas. Pero en los propios convenios colectivos y en el ET, se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes. De no hacerse así y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo..., sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio. Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan, permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos"...concluyendo que "la autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio".

Doctrina que también se recoge en la STS de 20 de junio de 2019, rec. 98/2018 diciendo que "ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual, "pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes".

Siendo ello así, tampoco es posible obviar que la negociación colectiva está dotada de un marco claro de actuación que debe respetarse. Y a tal efecto, se viene diciendo que las previsiones del Convenio Colectivo no pueden verse modificadas por decisiones unilaterales del empresario ni por la autonomía individual, en tanto que ello implica eludir el derecho de negociación colectiva [...] o soslaye la función negociadora de las organizaciones



sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio." y que " no es lícito pactar de manera individual y masiva o en pactos colectivos sin carácter normativo, en términos distintos a los establecidos en un convenio colectivo, de modo que suponga desvirtuar sus mandatos".

Estando sancionada con despido disciplinario en el apartado 12 del art. 67 del Convenio sectorial ". La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento." Como muy falta grave, la introducción de la cláusula impugnada mediante negociación individual en masa implica desconocer lo pactado en el Convenio y prescindir de la necesaria voluntariedad que el bajo rendimiento ha de tener para operar como causa de despido disciplinario, amén de eludir las garantías que en orden al despido disciplinario imponen las leyes sustantivas (art. 55 E.T) y procesales (arts. 105 y ss de la LRJS), así como el art. 58.1 del E.T que remite a la negociación colectiva el régimen sancionador por incumplimientos contractuales.

SEXTO.- Por todo ello estimaremos las demandas interpuestas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimando las demandas interpuestas por CGT, UGT, USO Y CCOO contra DIGITEX INFORMATICA SLU declaramos la nulidad de la cláusula comunicada por la empresa el 19 de mayo de 2022 a los representantes de los trabajadores e incorporada en los contratos de trabajo individualmente, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0205 22 (IBAN ES55) ; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0205 22 (IBAN ES55), pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.