



Roj: **SAN 4401/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4401**

Id Cendoj: **28079240012018100167**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2018**

Nº de Recurso: **292/2018**

Nº de Resolución: **171/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00171/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrado de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 171/2018

Fecha de Juicio: 13/11/2018

Fecha Sentencia: 15/11/2018

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000292 /2018

Materia: IMPUG.CONVENIOS

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO

Demandado/s: Florinda , QDQ MEDIA SAU , Gracia , Guadalupe , Martina , Alexis , Alvaro , Ambrosio , Josefina , Nicolasa , Juliana , Argimiro , Artemio , Lidia , MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

AUD.NACION AL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: CEA

NIG: 28079 24 4 2018 0000315

Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000292 /2018

Procedimiento de origen: /



Sobre: IMPUG.CONVENIOS

Ponente Ilmo/a. Sr/a: RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 171/2018

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a quince de noviembre de dos mil dieciocho.

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 el procedimiento IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000292 /2018 seguido por demanda de FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO (letrado David Chaves Pastor) contra QDQ MEDIA SAU (letrado José Luis Carracedo Núñez) Florinda (no comparece), Gracia , Guadalupe (no comparece), Martina , Alexis , Alvaro , Ambrosio , Josefina , Nicolasa (no comparece), Juliana , Argimiro , Artemio , Lidia (no comparece), MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 26 de octubre de 2018 se presentó demanda por CCOO sobre impugnación de acuerdo de descuelgue.

Segundo.- La Sala designó ponente señalándose el día 13 de noviembre para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.- Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que no lográndose avenencia en la conciliación se procedió al acto del juicio en el que:

-El letrado de CCOO se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare la nulidad del apartado quinto de dicho Acuerdo en lo relativo a la prórroga del anterior procedimiento de descuelgue en el periodo temporal comprendido entre el 1 de enero hasta el 30 de junio de 2018.

Alegó que la actora promovió el 27-12-2017 un procedimiento de inaplicación de convenio que concluyó con acuerdo de fecha 3-7-2018, al accederse por la mayoría de la RLT, en cuya cláusula 5^a se dispone que las anteriores medidas entraran en vigor el 1 de julio de 2018 y se mantendrá su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019, acordándose, igualmente prorrogar hasta el 30 de junio de 2018 las condiciones pactadas en el anterior procedimiento de descuelgue, cuya nulidad se postula.

Refirió que estando la empresa afectada por el Convenio colectivo de empresas de Publicidad- BOE de 16-1-2016-, la empresa desde el año 2016 venía inaplicando determinadas condiciones laborales como consecuencia de otro procedimiento de descuelgue en el que se logró acuerdo cuyo ámbito temporal, se extendía desde el momento de su firma (28 de abril de 2016), hasta el 31 de diciembre de 2017 y que no obstante haber perdido su vigencia, la empresa lo prorrogó unilateralmente durante el periodo de negociación del nuevo acuerdo de descuelgue, manteniendo las tablas de salariales de 2011- no aplicando las establecidas en el Convenio para 2016, ni su posterior actualización-, así como una jornada de 39 horas semanales en lugar de la establecida en el convenio de 37, 5 horas semanales lo que fue denunciado por CCOO.

Consideró que el Acuerdo adolecía de ilegalidad al contener disposiciones que implicaban una retroactividad restrictiva de derechos ya adquiridos por los trabajadores.

El letrado de la empresa solicitando la desestimación de la demanda.

Defendió la legalidad del acuerdo, no existiendo dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, refirió que se ratificó en asamblea de trabajadores de fecha 26-5- 2018, y que las tablas salariales de 2018 no se



aprobaron hasta el 13-6-2018; refirió que había trabajadores que percibían retribuciones sobre convenio en virtud de sus contratos y que la empresa había procedido a otorgar tres días de permiso y a fijar la jornada de julio y agosto de 2018 en 35 horas.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos: -Previamente se había acordado en asamblea el 24.5.18 por el 64% de la plantilla que decidió refrendarlo.-Desde el 1-1 hasta 30-6 si aplicará la jornada de 37,5 que serla 21 horas.-El periodo julio-agosto la jornada era de 35 horas.-Los trabajadores perciben participación en ventas que se refleja al celebrar sus contratos y forma parte de su salario global anual.

Hechos pacíficos: -Previamente se había acordado en asamblea el 24.5.18 por el 64% de la plantilla que decidió refrendarlo. -Desde el 1-1 hasta 30-6 si aplicará la jornada de 37,5 que serla 21 horas.-El periodo julio-agosto la jornada era de 35 horas.-Los trabajadores perciben participación en ventas que se refleja al celebrar sus contratos y forma parte de su salario global anual.

Quinto.- Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Sexto.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El día 27 de diciembre de 2018 la empresa QDQ MEDIA SAU, comunicó a los representantes de los trabajadores en la empresa su intención de iniciar un procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en el Convenio Colectivo Sectorial de Publicidad de aplicación en la empresa. (Convenio colectivo de empresas de Publicidad- BOE de 16-1-2016).

La reunión de inicio del procedimiento de descuelgue de convenio se celebró el día 1 de febrero de 2018. Se celebraron con posterioridad otras reuniones los días 7 y 20 de febrero, 2, 13 de marzo y 23 de marzo, 11, 13, 18, 20, y 25 de abril, 8 de mayo, 7, 14, 19, 21 y 29 de junio, y la última en la que se firmó el Acuerdo de 3 de julio de 2018.

El acuerdo fue ratificado por la empresa y respecto de los representantes de la parte social: 6 votaron a favor, 5 votaron en contra y 1 se abstuvo.- conforme-.

SEGUNDO.- El texto del acuerdo obra en el descriptor 3, así como en documento número 3 de los aportados por la empresa en el acto de la vista en el se expone que el acuerdo fue ratificado en asamblea de trabajadores celebrada el 24-5-2.018 y en su apartado quinto se dispone:

"las anteriores medidas entrarán en vigor el 1 de julio de 2018 y se mantendrá su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019. Se acuerda igualmente prorrogar hasta el 30 de junio de 2018 las condiciones pactadas en el anterior procedimiento de descuelgue,."

TERCERO.- El día 16-4-2.016 en la empresa se concluyó un anterior acuerdo de inaplicación del Convenio colectivo sectorial, cuya contenido obra en el descriptor 4, cuya vigencia se extendía desde dicha fecha hasta el día 31-12-2017- conforme.-

CUARTO.- La empresa siguió manteniendo la aplicación del acuerdo de descuelgue del convenio sectorial firmado en el año 2016, durante los seis primeros meses del año 2018

En concreto, en materia salarial siguió aplicando las tablas correspondientes al año 2011, publicadas en el BOE del 4 de marzo de 2011 y no las vigentes en el Convenio sectorial, cuyas tablas para el año 2018 fueron objeto de actualización que fue publicada en el BOE de fecha 12 de junio de 2018.- conforme-.

Igualmente, se mantuvo el régimen de jornada de 39 horas semanales previsto en el acuerdo de descuelgue en lugar de las 37 horas y media previstas en el Convenio. - Conforme-.

QUINTO.- En el acta final del periodo de consultas del acuerdo de descuelgue que se *impugna constan las siguientes manifestaciones de CCOO:*

"SEGUNDO: La parte social ha manifestado que la dirección de la compañía debería de haber aplicado el convenio colectivo vigente desde el día 1 de enero de 2018 y por consiguiente proceder a la actualización de los salarios así como reducir la jornada laboral a 37,5 horas semanales. Se ha señalado que no existe efecto de descuelgue hasta la firma de un nuevo acuerdo en esos términos, ya que, en ningún caso, los efectos desfavorables de un



descuelgue de convenio pueden tener carácter retroactivo, según la jurisprudencia existente establecida por el Tribunal Supremo. (...).

QUINTO: Se considera negociación de mala fe por parte de la empresa el hecho de que se plantea el descuelgue de un convenio que no se está aplicando, es decir, que se pretende negociar un nuevo descuelgue sobre el acuerdo de descuelgue firmado en 2016. Asimismo, durante el periodo de consultas la empresa se niega desde el inicio a tratar de negociar la parte económica con la RLT, centrándose exclusivamente en la modificación de jornada."

SEXTO.- Existen trabajadores en la empresa que perciben un complemento salarial no previsto en el Convenio y que aparece denominado como "comisiones" en el clausulado adicional de sus contratos individuales de trabajo - documento 4 de los aportados por la empresa-.

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 h) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos declarados probados, los mismos o bien se trata de hechos conformes o se obtienen de las fuentes de prueba que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

TERCERO.- Se ejercita por CCOO una acción de impugnación de Convenio colectivo solicitando se declare la nulidad del inciso segundo del apartado quinto del Acuerdo de Inaplicación de convenio suscrito por la dirección de la empresa demandada y la mayoría de la RLT, en cuanto que considera que el mismo incurre en irretroactividad restrictiva de derechos conculcando en consecuencia el art. 9.3 de la CE, en cuanto que restringe derechos de los trabajadores ya devengados e incorporados a su patrimonio.

Por la empresa, como consta en los antecedentes fácticos de la presente resolución, se defiende que la validez íntegra del acuerdo sosteniendo que no adolece de vicio del consentimiento alguno en su conformación, ni supone fraude o abuso de derecho. Por otro lado, se alega que la Sala en caso de estimar la demanda, debe valorar el hecho de que el acuerdo establece una jornada de 35 horas en julio y agosto, 3 días de libranza y que existen trabajadores en la empresa que perciben un complemento salarial denominado comisiones que deberá compensarse y absorberse, en su caso, con los derechos económicos que resulten de una eventual estimación de la demanda.

Los representantes de los trabajadores que suscribieron el acuerdo se oponen a la demanda, al contrario que el Fiscal que asume las tesis de CCOO.

CUARTO.- Expuestos los argumentos de las partes, la primera cuestión que debe abordarse por la Sala es delimitar el objeto de la presente litis. Como se ha dicho, por la actora se ejercita una acción de impugnación de Convenio colectivo por ilegalidad, prevista para el caso que nos ocupa en los arts. , y en consecuencia, nuestro análisis debe circunscribirse a determinar si el precepto del Convenio que se impugna conculca o no la legalidad vigente y en caso de que aprecie tal conculcación, el fallo estimatorio habrá de limitarse a anular y a expulsar del ordenamiento jurídico el precepto impugnado (ex art. 166.2 de la LRJS), sin que sea esta la sede procesal oportuna para determinar el alcance económico que pueda derivarse de tal declaración, lo cual deberá ventilarse en ulteriores conflictos, ya individuales ya colectivos que puedan suscitarse entre la empresa y los trabajadores o sus representantes legales.

Por otro lado, si bien el art. 82.3 E.T, a la hora de determinar los efectos del acuerdo que pueda alcanzarse en los periodos de consultas de inaplicación de Convenio, dispone que "*Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.*", ello no impide que tales acuerdos puedan ser impugnados por imponer condiciones de trabajo contrarias a los mínimos de derecho legalmente establecido, pues ello implicará sin duda la existencia de un evidente fraude de ley, pues la tramitación de un procedimiento de inaplicación y el ulterior acuerdo que alcance no pueden dar lugar a que se apliquen condiciones de trabajo que vulneren derechos reconocidos en normas legales de derecho necesario , suponiendo, por otro lado, un manifiesto abuso de derecho con arreglo al art. 7,2 C. c.



QUINTO.- Para resolver la cuestión de fondo que se plantea hemos de señalar que es criterio de esta Sala expresado entre otras en las SSAN de 25-9-13 y de 29-13 (proc. 130/2013), interpretando acuerdos de inaplicación de Convenio desde el prisma del arts. 9.3 de la Constitución en relación con el art. 2.3 del Código Civil y 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, que el trabajador tiene derecho a la "percepción puntual de la remuneración pactada o convenida" y, por lo tanto, los trabajadores tienen el derecho a percibir el salario pactado para su trabajo "en ese periodo", pues carece de base legal "que la reducción salarial se retrotraiga contra el precio de trabajos ya realizados, porque dichas retribuciones estaban perfectamente consolidadas al momento de la retroacción, tratándose, por consiguiente, de manifestaciones de retroactividad máxima, que no están amparadas por el art 9.3 CE ". En este mismo sentido se ha manifestado la Sala IV del TS de 6-5-2015 (rec 68/2014) cuando señala que "el descuelgue actúa hacia el futuro . Así se colige del propio art. 82. 3 ET cuando, incluso con acuerdo, se señala que lo que se determina en él son " las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración " .

El examen de cuanto obra en los hechos probados de esta resolución desde el prisma de las consideraciones expuestas no ha de llevar a la estimación de la demanda por cuanto que en tal relación fáctica consta:

1.- que en fecha 16 de abril de 2016 tras tramitarse el procedimiento del art. 82.3 E.T se acordó entre la dirección de la empresa y la RLT la inaplicación del Convenio sectorial en materia de jornada y salario, y en consecuencia en la empresa se aplicó una jornada semanal de 39 horas en lugar de las 37,5 previstas en el Convenio sectorial y se mantuvieron las tablas salariales de 2011, en lugar de aplicar los incrementos que se establecían en dicho marco normativo, fijándose la vigencia de las mismas hasta el 31-12- 2017;

2.- que en el acuerdo que ahora se impugna suscrito en fecha 3.7-2.018 se acuerda la prórroga del acuerdo de 16-4-16 durante el periodo que abarca desde el 1-1-2018 hasta el 30-6-2018.

Y así las cosas, resulta que los trabajadores durante el periodo que abarca del 1-1-2.018 a 30-6-2.018, devengaron salarios que debieron ser retribuidos con arreglo al. Convenio sectorial y sus posteriores actualizaciones, así como que debieron realizar una jornada semanal con arreglo al mismo, debiendo en su caso considerarse como horas que jornada ordinaria las que superen las establecidas en dicho marco normativo en su cómputo anual (art. 35.1 E.T), y que el apartado del Acuerdo que se impugna al cercenar dichos derechos que ya se encontraban incorporados al patrimonio de los trabajadores, incurre en una irretroactividad proscrita por los preceptos constitucionales y legales arriba referidos, lo que implica que resulta contrario a la misma.

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

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda deducida por CCOO frente a QDQ MEDIA SAU Florinda , Gracia , Guadalupe , Martina , Alexis , Alvaro , Ambrosio , Josefina , Nicolasa , Juliana , Argimiro , Artemio , Lidia y en consecuencia declaramos la nulidad del siguiente inciso del apartado quinto del Acuerdo de fecha 3-7-2018:

"Se acuerda igualmente prorrogar hasta el 30 de junio de 2018 las condiciones pactadas en el anterior procedimiento de descuelgue."

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 Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de los 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 0292 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0292 18, 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.