



Roj: **STS 5667/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5667**

Id Cendoj: **28079140012015100727**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/12/2015**

Nº de Recurso: **326/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1499/2014,**
STS 5667/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 8 de abril de 2014, dictada en autos número 34/14, en virtud de demanda formulada por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, contra TELEFÓNICA MÓVILES SAU.; la Sección Sindical de COMISIONES OBRERAS; la Sección Sindical de FEDERACIÓN ESTATAL DE TRANSPORTES, COMUNICACIONES Y MAR DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (TCM-UGT); la Sección Sindical de STC-TME; y el Ministerio Fiscal, sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. José María Trillo-Figueroa Calvo actuando en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT).

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, se interpuso demanda de IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia: "estimatoria de nuestra demanda por la que declare la nulidad del párrafo cuarto del art. 38 del VI CC de Telefónica Móviles, tal y como se señala en el hecho tercero de nuestra demanda".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose las demandadas según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 8 de abril de 2014 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "En la demanda de impugnación de convenio colectivo, promovida por CGT, desestimamos las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de inadecuación de procedimiento. -Estimamos parcialmente la demanda y anulamos del párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio la exigencia de alta en el momento del cobro para el abono de los incentivos y condenamos a TELEFÓNICA MÓVILES, SAU, UGT, CCOO y STC-TME a estar y pasar por dicha nulidad parcial, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda".



CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º.- CGT es un sindicato de ámbito estatal, implantado en TELEFÓNICA MÓVILES, SAU, donde tiene un miembro en el comité intercentros.

2º.- La empresa demandada ha regulado sus relaciones laborales mediante convenios propios, negociados con el comité intercentros, compuesto actualmente por dos delegados de UGT, uno de CCOO, uno de CGT y uno de STC-TME.

El II Convenio se publicó en el BOE de 25-06-1998; el III Convenio en el BOE de 19-06-2001; el IV Convenio en el BOE de 30-09-2004, cuya prórroga se publicó en el BOE de 31-01-2007; el V Convenio en el BOE de 31-08-2009, cuya prórroga se publicó en el BOE de 21-02-2011 y el VI Convenio publicado en el BOE de 19-06-2013.

CGT no suscribió ninguno de los convenios mencionados.

3º.- En la plataforma reivindicativa, promovida por CGT para la negociación del VI Convenio, se propuso suprimir la exigencia de alta en el momento del cobro para la percepción de la retribución variable.

4º.- En la reunión de la comisión negociadora del VI Convenio, celebrada el 4-04-2013, CGT explicó las razones por las que no firmaba el convenio, entre las cuales no se significó la cláusula cuya nulidad se postula.

5º.- El 21-05-2013 CGT se dirigió por escrito a la Comisión de Negociación Permanente del VI Convenio para solicitar la supresión del párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio. - La empresa demandada se opuso a dicha pretensión, mediante escrito de 17-09-2013, sin que conste que la Comisión Permanente tomara ninguna medida.

6º.- Obra en autos y se tiene por reproducido el Plan de retribución variable para 2013 de la empresa demandada.

Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. en el que se alega los siguientes motivos: 1º y 2º.- Al amparo del artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver la cuestión objeto de debate. 3º.- Al amparo del artículo 207 apartado b) de la LRJS, por entender que concurre Inadecuación de Procedimiento. Que fue impugnado por las partes personadas.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2015, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Confederación General del Trabajo (CGT) interpuso demanda de impugnación de convenio colectivo, en concreto solicitaba la declaración de ilegalidad del párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio Colectivo de la empresa TELEFÓNICA MÓVILES, S.A.U. publicado en el BOE de 19 de junio de 2013. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2014, en la que, tras desestimar las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de inadecuación de procedimiento, estimó parcialmente la demanda y anuló del párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio citado, concretamente la exigencia de alta en el momento del cobro de los incentivos.

Disconforme con dicha resolución la entidad demandada Telefónica Móviles España S.A.U. se alza en casación formalizando el presente recurso que articula en tres motivos, fundados en el apartado e) del artículo 207 LRJS. El recurso ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal que viene siendo parte en el proceso y por la entidad sindical demandante. El informe del Fiscal de Sala interesa la improcedencia del recurso.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal denuncia la entidad recurrente en su primer motivo de recurso la infracción por inaplicación y aplicación indebida de los artículos 7 del VI Convenio Colectivo de la empresa TELEFÓNICA MÓVILES, S.A.U. y del artículo 4.1.g) del V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (V ASAC). Reproduce, de esta forma, la primera de las excepciones que sobre falta de agotamiento de la vía previa, formuló en el proceso de instancia. En síntesis la recurrente considera que el artículo 7 del Convenio de referencia establece el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 ET y, en concreto al V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos



Laborales (V ASAC); y dado que, por su parte, éste ASAC, en su artículo 4.1.g), incluye en su ámbito de actuación los conflictos que vengan motivados por la impugnación de convenios colectivos, previamente al inicio de la vía judicial, debió estimarse la excepción de falta de agotamiento de la vía de conciliación o mediación previa.

Sin embargo, tal como estableció la sentencia recurrida, los razonamientos de la parte recurrente no pueden ser aceptados. En primer lugar, porque el artículo 7 del referido convenio, al referirse al sometimiento al ASAC de las discrepancias surgidas en su seno, se refiere, indubitadamente a la vista de su tenor literal, a las discrepancias surgidas en el seno de la Comisión Paritaria, imponiendo a ésta que resuelva los asuntos que se le planteen por sus miembros o por los afectados por el convenio y que, en caso, de que hubieran discrepancias dentro de la comisión paritaria, ésta deba someterlas a las soluciones mediadoras o arbitrales, en su caso, previstas en el reiterado ASAC. El párrafo tercero del artículo 7 del Convenio en cuestión dispone que " *Corresponde a esta Comisión Paritaria entender de todas aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores , incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, al V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales colectivos (ASAC), según Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo o a los que pudiesen sustituirle durante la vigencia de este Convenio*". Consta en los incombustibles hechos probados de la sentencia recurrida que CGT el 21-5- 2013, se dirigió por escrito a la Comisión de Negociación Permanente del VI Convenio para solicitar la supresión del párrafo cuarto del artículo 38 del convenio.

En segundo lugar, el artículo 64.1 LRJS , bajo la rúbrica "excepciones a la conciliación o mediación previas", excluye expresamente del requisito de la previa tramitación del intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 63 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , a varios procesos entre los que se encuentran "los de impugnación de convenios colectivos". El uso del plural no es baladí, sino que responde a la regulación de la impugnación de convenios de los artículos 163 a 166 LRJS , que comprenden dos tipos de procesos distintos: el que se inicia de oficio a instancias de la autoridad laboral por propia iniciativa o por petición de parte y el que, una vez publicado el convenio, se inicia por demanda de sujeto legitimado y que se sustanciará (artículo 165.1 LRJS) por los trámites del proceso de conflicto, configurándose de esta forma dos tipos o procedimientos diferentes para la impugnación de un convenio. Las dos modalidades participan de algunos elementos comunes: el objeto del proceso dirigido a declarar la ilegalidad o lesividad de todo o de una parte de un convenio, la intervención del Ministerio Fiscal, la exoneración de la obligación de seguir intento de conciliación o mediación previos y, caso de que la sentencia sea anulatoria, la necesidad de que ésta se publique en el mismo Boletín en que se publicó el convenio. Sin embargo, difieren en cuanto a algunos aspectos de su tramitación, pues la ley se detiene en la legitimación de los sujetos que pueden impugnar el convenio y dispone que en el proceso iniciado de oficio, la comunicación de la autoridad laboral deberá tener unos determinados requisitos y un procedimiento específico, mientras que en la impugnación a instancia de parte seguirá en su tramitación la prevista para el proceso de conflictos colectivos. Resulta claro, por tanto, que la previsión del artículo 64.1 LRJS que excluye del requisito de la previa tramitación del intento de conciliación o, en su caso, de mediación se aplica a las dos modalidades de impugnación de convenios que contiene el capítulo IX del Título II del Libro segundo LRJS.

Todo ello comporta la desestimación del primer motivo del recurso, en tanto que no pueden apreciarse las infracciones denunciadas por el recurrente.

TERCERO.- Aunque formulado en tercer lugar, por razones de método, la Sala lo resolverá ahora, la parte recurrente formula su tercer motivo de casación con correcto amparo procesal, denunciando infracción por inaplicación del artículo 153.1 LRJS . La recurrente entiende que la demanda debió tramitarse a través del procedimiento de conflictos colectivos desde su inicio. Para sostenerlo, amparándose en un ejemplo de las consecuencias que derivarían de la redacción del convenio impugnado, la entidad recurrente sostiene que no sería el texto del convenio lo que resultaría ilegal, sino la aplicación del mismo en alguna concreta circunstancia. De esta forma, si el sindicato accionante entiende que si se despide improcedentemente a un trabajador, éste debería seguir teniendo derecho al cobro del incentivo, el proceso del conflicto colectivo sería el indicado pues estaríamos en presencia de la aplicación o interpretación de una norma convencional.

La Sala no puede compartir esta tesis que confunde el ejemplo o una determinada consecuencia con el verdadero objeto de la demanda. Para ello no hay más que estar al suplico de la misma en donde con concisión y claridad se solicita del órgano judicial que "dicte sentencia estimatoria de nuestra demanda por la que se declare la nulidad del párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio Colectivo de Telefónica Móviles ". Tal petición sólo puede tramitarse a través del proceso de impugnación de convenios más aún si se tiene en



cuenta que la solicitud de impugnación está basada en que el párrafo cuya nulidad se pretende es contrario a la legalidad vigente. En efecto, en el proceso de impugnación de convenio, en principio y salvo supuestos excepcionales, el contenido necesario y único de la pretensión ha de ser la nulidad de los preceptos cuya ilegalidad se denuncia, con independencia de la naturaleza de la infracción legal, ordinaria o constitucional (STS de 26 de enero de 2009, rec. 28/2006).

CUARTO.- Con el mismo amparo procesal que los dos motivos anteriores, el recurso denuncia la infracción del artículo 85.1 y artículo 26.3 ET en relación con el artículo 38 del VI Convenio Colectivo de Telefónica Móviles y con el artículo 37 en relación con el 28 de la Constitución Española . En síntesis, para la recurrente la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, al anular una parte del párrafo cuarto del artículo 28 del citado convenio habría inaplicado los preceptos que señala infringidos porque, a su entender, la cláusula anulada estaba amparada por las posibilidades de regulación de condiciones de trabajo que al convenio otorga la Constitución (artículo 37) y la Ley (artículos 85 y concordantes del ET).

El artículo 85.1 ET viene a disponer, entre otras precisiones, concretando la posición que el instrumento convencional tiene en nuestro sistema de fuentes de la relación laboral (artículo 3 ET) que los convenios colectivos podrán establecer condiciones de trabajo dentro del respecto a la ley. Y de eso trata la cuestión examinada si lo pactado en el convenio colectivo respeta o no la ley.

El artículo 38 del VI Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles España, SAU establece una retribución variable denominada incentivo, que podrá llegar hasta el 10% de la retribución fija de cada trabajador, que se percibirá en atención a las siguientes circunstancias: los resultados de la evaluación anual del desempeño de cada trabajador; el período de prestación efectiva de trabajo por cada trabajador; el grado de cumplimiento de los objetivos del negocio y el grado de cumplimiento de los objetivos que se asignen a cada trabajador. Se trata, obviamente, de un complemento de carácter salarial que el convenio, en uso de sus legítimas posibilidades, ha introducido en la estructura salarial de la empresa (artículo 26.3 ET) y cuya cuantía -como suele ocurrir en los complementos ligados al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa- no es fija sino que depende del grado de cumplimiento de los criterios que, al efecto, se hayan establecido en el propio convenio. Además de ello, de la regulación contenida en el reseñado artículo 38 del convenio, se infiere que el complemento salarial incentivo que examinamos tiene carácter anual y la percepción del mismo por el trabajador dependerá del tiempo de servicios que haya prestado durante el año.

El artículo 38 del Convenio dispone, también, que los incentivos "se devengarán y abonarán" dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren. Confunde así el texto convencional el devengo y el abono. El devengo se refiere a la adquisición del derecho y el abono a su pago. El complemento configurado por el convenio se ha ido devengando a lo largo del año natural que corresponde y, lógicamente, se abona al finalizar el mismo, en el cuatrimestre primero del año siguiente una vez realizadas las operaciones pertinentes para el cálculo de lo devengado a fin de conformar el liquido a abonar.

La cuestión controvertida es que, a renglón seguido, el apartado cuarto del artículo 38 en cuestión, establece que para tener derecho al complemento "será condición inexcusable estar de alta en la empresa en la fecha de su pago". Tal expresión es la que el sindicato demandante consideró ilegal, lo que asumió la sentencia recurrida y ratifica esta Sala por cuanto que resulta evidente que el salario ya devengado por el trabajador debe ser abonado en el lugar y la fecha convenidos (artículo 29.1 ET) y su cobro no puede quedar condicionado a ninguna circunstancia o situación que acontezca después de su devengo y, por tanto, no puede condicionarse a la permanencia del trabajador en la empresa en el momento del pago del complemento.

La condición establecida en el convenio no sólo es, como señala la sentencia de instancia, claramente abusiva porque puede dejar el cumplimiento de la obligación en manos de una sola de las partes, teniendo en cuenta, además, la indeterminación del momento del pago (durante el primer cuatrimestre del año siguiente al de su devengo) y porque puede provocar el enriquecimiento injusto de la empresa que ya ha percibido el trabajo convenido pero se exime de pagar el complemento pactado en el convenio. La cláusula es, además, directamente ilegal porque contraviene el artículo 4.2.f) ET que reconoce y garantiza el derecho del trabajador a la percepción de la remuneración pactada o legalmente establecida, derecho absoluto y básico del trabajador, y como tal, de carácter incondicionado que no puede quedar sujeto a ninguna circunstancia impeditiva de su cobro, una vez ha sido devengado. Por tanto, someter el cobro de la partida salarial de referencia, ya devengada, a la condición de que el trabajador se encuentre de alta en la empresa en el momento de su pago es una disposición convencional totalmente ilegal que así debe ser declarada y suprimida del texto del convenio colectivo, como así hizo el fallo de la sentencia recurrida que confirmamos, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

La desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia conlleva la ilegalidad del párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio Colectivo de la empresa TELEFÓNICA MÓVILES, S.A.U., en



concreto de la frase "y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar de alta en la empresa, en la fecha de su pago". De conformidad con el artículo 166.3 LRJS, la presente sentencia deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado, puesto que en tal Boletín se publicó el convenio de referencia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 8 de abril de 2014, dictada en autos número 34/14, en virtud de demanda formulada por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, contra TELEFÓNICA MÓVILES SAU.; la Sección Sindical de COMISIONES OBRERAS; la Sección Sindical de FEDERACIÓN ESTATAL DE TRANSPORTES, COMUNICACIONES Y MAR DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (TCM-UGT); la Sección Sindical de STC-TME; y el Ministerio Fiscal, sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO.

2.- Confirmamos la sentencia recurrida y, en consecuencia, declaramos ilegal el párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio Colectivo de la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A.U., en concreto de la frase "y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar de alta en la empresa, en la fecha de su pago".

3.- Publíquese en el Boletín Oficial del Estado

4.- Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.