



Roj: **STS 611/2019 - ECLI:ES:TS:2019:611**

Id Cendoj: **28079140012019100084**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2019**

Nº de Recurso: **223/2017**

Nº de Resolución: **99/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2385/2017,**
STS 611/2019

CASACION núm.: 223/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Sebastian Moralo Gallego**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 99/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. **Sebastian Moralo Gallego**

En Madrid, a 7 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Martín Godino Reyes, actuando en representación de Caixabank, S.A., contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2017 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en materia de conflicto colectivo núm. 122/2017, seguido a instancia de la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), el Sindicat Independent de Balears (SIB) y la Confederación Intersindical de Crédito (CIC) contra Caixabank, S.A.; la Sección Sindical de UGT; la Sección Sindical de CCOO (Federación de Servicios); y como interesados: la Sección Sindical de Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (SECPB); la Sección Sindical FEC (Federació de Estalvide Catalunya-Fec); la Sección Sindical de ELA; y la Sección Sindical de LAB.

Han sido partes recurridas FESIBAC-CGT, representada y defendida por la letrada D.^a Ángeles Morcillo Garmendia; el sindicato SIB, representado y defendido por el abogado D. Ricardo Fortún Sánchez; CIC, representada y defendida por el letrado D. Raúl Palacio San Miguel; la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), representada y defendida por el letrado D. Roberto Manzano del Pino; y el Sindicato de Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (SECPB), representada y defendida por el letrado D. Jonatan Abadía Castelló.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Sebastian Moralo Gallego**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de abril de 2017 se presentó demanda por FESIBAC-CGT, SIB y CIC, en materia de conflicto 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, terminaban suplicando se dictara sentencia estimatoria por la que: "1. Se declare el derecho de los trabajadores afectados a que les sea abonado el Plus Convenio de 2016 ya que el mismo fue generado y consolidado en el 2015, debiendo haber sido abonado en el primer semestre dicha anualidad, conforme a lo indicado en el hecho tercero de la presente demanda. 2. Así como, que se declare el derecho de los trabajadores afectados a que le sea abonada la parte variable consolidada y generada, entre el 1 de enero al 12 de agosto de 2016, restringiendo en todo caso la aplicación del art. 43.3 del convenio a la parte variable correspondiente de manera proporcional al periodo entre el 13 de agosto de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, conforme a lo indicado en el hecho tercero de la presente demanda".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO .- Con fecha 12 de junio de 2017 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "Previo desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento ESTIMAMOS PARCIALMENTE LA DEMANDA POR FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS (FESIBAC-CGT), SINDICAT INDEPENDIENT DE BALEARS (SIB) CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CREDITO (CIC) contra CAIXABANK S.A., SECCION SINDICAL DE ELA, SECCIÓN SINDICAL DE LAB, SECCIÓN SINDICAL FEC, UGT, CC.OO., SECCIÓN SINDICAL DE EMPLEADOS DE LA CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (SECPB) y en consecuencia declaramos el derecho de los trabajadores afectados a que le sea abonada la parte variable consolidada y generada, entre el 1 de enero al 12 de agosto de 2016, restringiendo en todo caso la aplicación del art. 43.3 del Convenio a la parte variable correspondiente de manera proporcional al periodo entre el 13 de agosto de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, absolviendo a los demandados del resto de peticiones contenidas en la demanda".

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

" 1º. - El presente conflicto colectivo afecta a todos los empleados de CAIXABANK.

2º.- Los sindicatos firmantes de la demanda se encuentran plenamente legitimados para interponerlo, ya que su ámbito de actuación es superior al del presente conflicto colectivo, y teniendo implantación en CAIXABANK.

3º. - El Convenio colectivo de Cajas de Ahorro para los años 2003 a 2006- BOE de 19-1-2.014- estableció en su art. 43 lo siguiente: 1. Los empleados de las Cajas de Ahorros percibirán un complemento salarial de devengo anual a satisfacer por una sola vez en el primer trimestre de cada año, a partir del año 2004, en virtud de la polivalencia y la nueva definición funcional contenida, en este Convenio y del pase de categorías a Niveles, cuyo importe se fija en las siguientes cuantías: Año 2004: 180 €. Año 2005: 210 € Año 2006: 240 €. 2. El importe establecido para, el año 2006 se revisa a partir del 1 de enero del año 2007, conforme a los criterios que se establezcan para la actualización del salario base, 3. El citado complemento no tendrán carácter pensionable, ni se contemplará a efectos de incremento por antigüedad (trienios). Dicho complemento se mantuvo en el posterior Convenio colectivo para los (BOE de 10-3-2.009) vigente desde el 1-12-2.007, si bien con modificaciones, así como en el Convenio para los años 2011 a 2014 (BOE de 29-3-2.012), que lo regulaba de la forma siguiente: 1. El personal empleado percibirá un complemento salarial de devengo anual a satisfacer por una sola vez en el primer trimestre de cada año, en virtud de la polivalencia y la definición funcional contenida en este Convenio cuyo importe total anual se integra por dos cuantías: a) Una cuantía lineal cuyos importes se fijan en 300 € para los años 2011 y 2012. El incremento para los años 2013 y 2014, con efectos del 1 de enero de cada año, se calculará conforme a los criterios establecidos para la actualización y revisión, cuando proceda, del salario base. b) Una cuantía variable por nivel retributivo, cuyo importe se fija de conformidad con la tabla siguiente (valores a 31 de diciembre de 2010) para los años 2011 y 2012. El incremento para los años 2013 y 2014, con efectos del 1 de enero de cada año, se calculará conforme a los criterios establecidos para la actualización y revisión, cuando proceda, del salario base: 2. El citado complemento no tendrá carácter pensionable, ni se contemplará a efectos de incremento por antigüedad (trienios).

4º.- Habiéndose constituido la Comisión negociadora del siguiente convenio colectivo de Cajas de Ahorro para los años 2015-2.018, el día 14-3-2.016, en la sesión número 20 de las negociaciones se alcanzó acuerdo entre la patronal ARCAL y las organizaciones sindicales CC.OO. -SERVICIOS, CSICA, FeS-UGT, CIC y CIG, en el que las partes efectúan las siguientes manifestaciones: Primero. Que con fecha 31 de diciembre de 2014 finalizó la vigencia pactada en el artículo 3 del Convenio Colectivo de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro para los años 2011 a 2014 ("BOE" de 29 de marzo de 2012 y código de Convenio n.º99000785011981), habiéndose iniciado las negociaciones para la sustitución del mismo el 21 de enero de 2015 sin que hasta el momento se



haya llegado a un acuerdo global para la aprobación del nuevo convenio colectivo, estando por tanto el citado convenio colectivo en situación de ultraactividad. Segundo. Que entre las materias que están siendo objeto de negociación se encuentra el Plus Convenio regulado en el artículo 43 del citado Convenio Colectivo, que establece el abono del mismo en el primer trimestre de cada año. Tercero. Que siendo voluntad de ambas partes que el transcurso del tiempo y el alargamiento del proceso de negociación no impidan el tratamiento y regulación que las partes quieran dar definitivamente a la regulación del Plus Convenio, se ha alcanzado el acuerdo parcial de modificar el texto del artículo 43 del Convenio Colectivo, que quedará redactado en los términos que siguen: "1. El personal empleado percibirá un complemento salarial de devengo anual a satisfacer en las fechas que se señalan en el apartado 3, en virtud de la polivalencia y la definición funcional contenida en este Convenio cuyo importe total anual se integra por dos cuantías: -Una cuantía lineal cuyos importes se fijan en 300 euros para los años 2011 y 2012. El incremento para los años 2013 y 2014, con efectos del 1 de enero de cada año, se calculará conforme los criterios establecidos para la actualización y revisión, cuando proceda, del salario base. - Una cuantía variable por nivel retributivo, cuyo importe se fija de conformidad con la tabla siguiente (valores a 31 de diciembre de 2010) para los años 2011 y 2012. El incremento para los años 2013 y 2014, con efectos del 1 de enero de cada año, se calculará conforme a los criterios establecidos para la actualización y revisión, cuando proceda, del salario base. 2. El citado complemento no tendrá carácter pensionable, ni se contemplará a efectos de incremento por antigüedad (trienios). ... 3. La parte fija del plus convenio se abonará en el primer trimestre de cada año. La parte variable del plus se abonará en el segundo trimestre de cada año. En aquellas Entidades que hayan acordado el prorrateo del pago del Plus Convenio durante los doce meses del año, dejarán de realizar el pago de la parte variable de dicho Plus desde la fecha del presente acuerdo y lo reanudarán, en su caso, a partir del mes de julio de 2016, abonándose las cantidades dejadas de pagar durante dicho periodo. Cuarto. El acuerdo parcial que aquí se alcanza, al amparo del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá vigencia hasta el 30 de junio de 2016, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo segundo del apartado tercero 3, salvo que sea modificado con anterioridad a dicha fecha por las partes como consecuencia de la conclusión de un Convenio Colectivo que venga a sustituir al que se encuentra en situación de ultraactividad y al que se ha hecho referencia en el apartado primero. Si llegada esa fecha no se ha alcanzado acuerdo de conclusión de convenio, se volverá al redactado original del artículo 43 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro 2011 a 2014. Quinto. Las cantidades que aparecen en el punto 1 y 2 del artículo 43 ahora modificado fueron actualizadas, de conformidad con lo establecido en el Convenio, en virtud de acuerdo de la Comisión Paritaria de fecha 2 de marzo de 2015, publicado en el "BOE" con fecha 11 de abril de 2015, y que, de conformidad con dicho acuerdo, son las siguientes: Cuantía lineal: 303,00 euros. Cuantía variable:... Sexto. El presente acuerdo parcial de modificación del convenio colectivo será registrado ante la autoridad laboral a efectos de su publicación, para lo que se designa como persona encargada de la presentación y firma de la solicitud de registro y publicidad de la presente modificación, ante el REGCON Registro de Convenios y acuerdos colectivos de ámbito estatal y supraautonómico, a Pedro Jesús con DNI NUM000. Dicho acuerdo fue publicado en el BOE de 18 de abril de 2016. - Descriptores 75 a 78-

5º.- El día 12 de agosto de 2016 se publicó en el BOE la Resolución de 2 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro suscrito, con fecha 30 de junio de 2016, de una parte por la organización empresarial Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales (ACARL), en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales CC.00.-Servicios, CSICA-FINE y FeSMC-UGT, en representación del colectivo laboral afectado. En dicho Convenio el art. 43 quedó redactado de la forma siguiente: Artículo 43. Plus Convenio. 1. El personal empleado percibirá un complemento salarial de devengo anual a satisfacer por una sola vez en el primer trimestre de cada año, en virtud de la polivalencia y la definición funcional contenida en este Convenio cuyo importe total anual se integra por dos cuantías: a) Una cuantía lineal cuyo importe se fija en 303 para los años 2015 y 2016. Las cuantías para cada uno de los años 2017 y 2018, con efectos de 1 de enero de cada año, se establecen en los Anexos 3 y 4 respectivamente. b) Una cuantía variable por nivel retributivo, cuyo importe se fija de conformidad con la tabla siguiente con valores a 31 diciembre 2015. Las cuantías para cada uno de los años 2017 y 2018, con efectos de 1 de enero de cada año, ya incrementadas de conformidad con los criterios establecidos para la actualización y revisión del salario base, se establecen en los anexos 3 y 4 respectivamente. ... 2. El citado complemento no tendrá carácter pensionable, ni se contemplará a efectos de incremento por antigüedad (trienios). 3. Excepcionalmente durante el año 2016 únicamente se abonará la parte fija del plus convenio, no abonándose cantidad alguna en concepto de parte variable, teniendo por tanto esta previsión efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2016 y eficacia plena desde la firma del presente convenio colectivo.

6º. - La empresa ha abonado el concepto plus convenio a los trabajadores en activo en la fecha de su pago en las nóminas correspondientes a las siguientes mensualidades, con la salvedad de que en el año 2016 solo se abonó el componente fijo: - Año 2004...Enero - Año 2005...Febrero - Año 2006 Febrero - Año 2007 Febrero - Año 2008 Febrero - Año 2009 Enero - Año 2010 Enero - Año 2011 Enero - Año 2012 Enero - Año 2013 Enero - Año 2014



Enero - Año 2015 Enero - Año 2016 Marzo - Año 2017 Enero. Para aquellos trabajadores que se incorporan a la empresa una vez ha comenzado el año natural y, por lo tanto, el de devengo del PLUS CONVENIO, la empresa abona el PLUS CONVENIO de forma prorrateada al tiempo que se prevé como efectivamente trabajado en el resto del año en curso. - descriptor 72, certificado de empresa, cuya veracidad se justifica por las nóminas que se anejan- .

7º.- Formulada consulta por CGT con relación a la materia objeto del presente conflicto a la Comisión Paritaria, la misma acordó por unanimidad de sus miembros: El art 43 del vigente convenio colectivo regula el Plus Convenio de tal modo que el devengo se produce en la misma anualidad en que se abona, como se colige de la literalidad del mismo, en la que no hay referencia alguna al devengo en un ejercicio y el pago en el siguiente, lo que se confirma y refuerza tanto por la aplicación pacífica en el sector de los criterios de devengo/pago en este sentido desde su creación, El convenio colectivo para los años 2015-2018 (BOE 2-8-16) establece las concretas cuantías que corresponden a cada uno de los años, tanto en la parte fija como en la variable, con efectos del 1 de enero de cada año, De forma excepcional se regula en el apartado 3 del art 43 que la parte variable del año 2016 no se abona y que esta previsión tiene eficacia plena desde la firma del presente convenio colectivo, suscrito el 30-6-2016 y efectos desde el 1 de enero. Por ello, no se puede interpretar el Plus Convenio del art 43 del texto convencional, tanto en su cuantía fija como variable, en el sentido de que se devenga en el año anterior a aquel en el que se abona ni, por tanto, se puede entender que en el año 2016 haya que abonarlo en función del tiempo de servicio prestado en el año 2015. - Descriptores 68 y 69-. Dicho acuerdo de la Comisión paritaria fue comunicado a CGT mediante burofax y telegrama el día 7-4-2.017, constando acuse de su recepción de fecha 10-4-2.017.- descriptor 70-. El acuerdo ha sido inscrito en la Dirección General de Empleo.- descriptor 71-.

8º.- Promovido por CGT intento de mediación ante el SIM, se extendió acta de desacuerdo el día 24 de marzo de 2017".

QUINTO .- 1.- En el recurso de casación formalizado por Caixabank, S.A. se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Se articula con amparo procesal en el artículo 207 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , ya que la pretensión debería haber sido deducida como impugnación de convenio y no como conflicto colectivo (arts. 163 a 166 de la LRJS).

Segundo.- Se articula con amparo procesal en el artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por entender que la sentencia de instancia ha incurrido en infracción por no aplicación del art. 43 del Convenio colectivo aplicable.

Tercero.- Se articula el presente motivo de recurso con amparo procesal en el artículo 207 c) de la LRJS , por vulnerar lo dispuesto en los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española (derecho a la tutela judicial efectiva), así como los artículos 80.1 c) y d) y 157.1 c) y d) LRJS .

Cuarto.- Se articula el presente motivo de recurso con amparo procesal en el artículo 207 e) de la LRJS , por entender que la sentencia de instancia ha infringido, el art. 82.1 , 82.3 , 86.1 y 90.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 37.1 , 9.3 de la Constitución Española y 2.3 del Código Civil .

2.- El recurso fue impugnado por FESIBAC-CGT, el sindicato SIB y CIC.

SEXTO .- Recibido el expediente judicial electrónico de la Sala de lo Social 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 que los motivos del recurso deben ser desestimados, considerando al mismo improcedente.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. - La sentencia de la Audiencia Nacional de 12/6/2017 , autos 85/2017, estima en parte la demanda de conflicto colectivo objeto del litigio y declara el derecho de los trabajadores afectados a que les sea abonada la parte variable del plus convenio consolidada y generada entre el 1 de enero al 12 de agosto de 2016, restringiendo en todo caso la aplicación del art. 43.3 del Convenio a la parte variable correspondiente de manera proporcional al periodo entre el 13 de agosto de 2016 y el 31 de diciembre de 2016.

2.- Contra dicha resolución se presenta el recurso de casación, que la empresa articula en cuatro motivos diferentes.

Para su resolución deberemos comenzar por destacar los hechos relevantes a tal efecto, que son como sigue:



1º) El conflicto afecta a todos los empleados de CAIXABANK.

2º) Resulta de aplicación el convenio colectivo de Cajas de Ahorro. En el vigente para los años 2003 a 2006 se introduce en su art. 43 el derecho a la percepción de un complemento salarial de devengo anual a satisfacer por una sola vez en el primer trimestre de cada año, a partir del año 2004, en virtud de la polivalencia y la nueva definición funcional contenida, en este Convenio y del pase de categorías a Niveles.

3º) Dicho complemento está integrado por dos cuantías diferentes, una de carácter lineal cuyo importe se fija a tanto alzado para cada anualidad, y otra de cuantía variable por nivel retributivo conforme al importe que se establece en las tablas del propio convenio.

4º) En la comisión negociadora del siguiente convenio colectivo de Cajas de Ahorro para los años 2015-2018, se alcanzó un acuerdo en la reunión del día 14-3-2016, publicado en el BOE de 18 de abril de 2016, mediante el que se modificó el texto de ese art. 43 al objeto de que el alargamiento del proceso de negociación no impida el alcance que las partes quieren dar a dicho precepto. Se establece que su vigencia se prolongaría hasta 30 de junio de 2016, sin perjuicio de que concluyan con anterioridad las negociaciones del convenio.

5º) En este acuerdo se fija el importe y se dispone un sistema de pago de la cuantía fija y variable de dicho complemento correspondientes a l periodo 2011-2014, en el que además se señala que la parte fija del plus convenio se abonará en el primer trimestre de cada año y la variable en el segundo.

6º) El 12 de agosto de 2016 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro suscrito el 30 de junio de 2016.

7º) El art. 43 quedó definitivamente redactado de la siguiente forma: "1. El personal empleado percibirá un complemento salarial de devengo anual a satisfacer por una sola vez en el primer trimestre de cada año, en virtud de la polivalencia y la definición funcional contenida en este Convenio cuyo importe total anual se integra por dos cuantías:

a) Una cuantía lineal cuyo importe se fija en 303 para los años 2015 y 2016. Las cuantías para cada uno de los años 2017 y 2018, con efectos de 1 de enero de cada año, se establecen en los Anexos 3 y 4 respectivamente.

b) Una cuantía variable por nivel retributivo, cuyo importe se fija de conformidad con la tabla siguiente con valores a 31 diciembre 2015. Las cuantías para cada uno de los años 2017 y 2018, con efectos de 1 de enero de cada año, ya incrementadas de conformidad con los criterios establecidos para la actualización y revisión del salario base, se establecen en los anexos 3 y 4 respectivamente.

... 2. El citado complemento no tendrá carácter pensionable, ni se contemplará a efectos de incremento por antigüedad (trienios).

3. Excepcionalmente durante el año 2016 únicamente se abonará la parte fija del plus convenio, no abonándose cantidad alguna en concepto de parte variable, teniendo por tanto esta previsión efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2016 y eficacia plena desde la firma del presente convenio colectivo".

3. - Con esos antecedentes se formulan dos distintas pretensiones en la demanda de conflicto colectivo.

La primera se sustenta en la consideración de que el plus convenio se genera y consolida durante la anualidad precedente a su abono, y en consecuencia se afirma que el Plus Convenio de 2016 fue generado en 2015 y debió de haber sido abonado en el primer semestre de dicha anualidad.

En la segunda se solicita que se declare el derecho de los trabajadores a percibir la parte variable consolidada y generada entre el 1 de enero de 2016 y el 12 de agosto de 2016, cuando se publica el nuevo convenio en el BOE.

4. - La sentencia de la Audiencia Nacional desestima la primera de dichas pretensiones y concluye que la voluntad de las partes no fue la de que el plus convenio se genere en el año anterior a la fecha en que se paga, sino durante la misma anualidad en la que se procede a su abono y debe hacerse efectivo en el mismo año en que se devenga.

Esta es la razón por la que estima parcialmente la demanda, sin que la representación de los trabajadores haya recurrido este primer pronunciamiento que ha quedado en consecuencia firme.

Acoge sin embargo la segunda de las pretensiones, para establecer que al publicarse el nuevo convenio colectivo en el BOE de 12 de agosto de 2016 ya se había generado y devengado a favor de los trabajadores la parte variable correspondiente a dicha anualidad que va desde el 1 de enero hasta la fecha de publicación del convenio, de forma que ya se consolidó y ganó el derecho a su percepción durante ese periodo que no puede quedar suprimido con efectos retroactivos por aquel párrafo final del nuevo art. 43 que así lo establece.



Tras lo que acuerda remitir testimonio al Ministerio Fiscal a los afectos previstos en el art. 164. 3 LRJS , para que pueda plantear la ilegalidad de esa parte del precepto convencional.

5. - Con la exposición de estos antecedentes ya estamos en condiciones de abordar la resolución de cada uno de los cuatro motivos del recurso.

SEGUNDO. 1.- El primero de ellos se formula al amparo de la letra b) del art. 207 LRJS , para reiterar la excepción de inadecuación de procedimiento que ya fue invocada y desestimada en la instancia.

Sostiene la recurrente que la modalidad procesal adecuada para el ejercicio de la acción planteada en la demanda es la de impugnación de convenio colectivo y no la de conflicto colectivo, a cuyo efecto denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que cita y de lo dispuesto en los arts. 153.2 y 165.1 LRJS .

2. - Pretensión que no puede ser acogida.

Basta la imparcial lectura de la demanda para constatar que no se está solicitando la declaración de nulidad por ilegalidad del art. 43 del nuevo convenio colectivo, sino la declaración de que el plus convenio de 2016 se ha generado y devengado durante 2015, y que los trabajadores tienen asimismo derecho a percibir la parte variable del periodo 1 de enero a 12 de agosto de 2016, de tal forma que lo previsto en dicho precepto convencional debe quedar restringido a la parte proporcional correspondiente al periodo 13 de agosto a 31 de diciembre de 2016 que no se había generado a la fecha de publicación del nuevo convenio colectivo.

Es obvio que para la resolución de tales pretensiones el órgano judicial debe pronunciarse necesariamente sobre la conformidad a derecho de aquel párrafo final del art. 43 del convenio colectivo, en el que claramente se establece de forma excepcional que durante el año 2016 no se percibirá la parte variable del plus convenio correspondiente a dicha anualidad.

Pero eso no supone que los demandantes hayan solicitado la declaración de ilegalidad de esta norma convencional, para lo que efectivamente hubieren debido acudir a la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos de los arts. 163 a 166 LRJS .

La propia Ley procesal ya ofrece una solución específica para este tipo de situaciones, en las que se interpone una demanda de conflicto colectivo para cuya resolución es imprescindible analizar la legalidad de los preceptos convencionales en los que pudiere sustentarse la actuación empresarial que los trabajadores discuten.

Tal y como bien se indica en la resolución recurrida, debe aplicarse en estos casos lo dispuesto en el art. 163. 4 LRJS cuando dice que: "La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos".

Con total rotundidad nos dice este precepto que no hay obstáculo legal para que los trabajadores puedan plantear conflictos colectivos - o individuales- contra las actuaciones que lleven a cabo las empresas en la aplicación de un convenio colectivo, fundadas precisamente en la consideración de que los preceptos convencionales a los que se acoge la empresa son contrarios a derecho, sin necesidad de la impugnación directa de tales preceptos, y sin perjuicio de que el órgano judicial debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal esa circunstancia si entiende finalmente que son ilegales aquellas previsiones convencionales.

Eso es justamente lo que así sucede en el caso de autos y conforme a dichas previsiones legales ha actuado correctamente la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dando traslado al Fiscal de esta situación para que, en su caso, pueda plantear la ilegalidad del art. 43 del convenio por la modalidad procesal - ahora sí- de impugnación de convenios colectivos.

Ha tenido ya esta Sala IV ocasión de aplicar esa misma solución en la sentencia 26/10/2016, rec. 3826/2015 , que es fiel reflejo del criterio que acabamos de exponer, en la que se estima el pleito individual con base a la ilegalidad de lo dispuesto en determinados preceptos del convenio colectivo de aplicación por vulnerar las previsiones legales del art. 16 ET sobre contratación temporal, y se acude al mecanismo previsto en el art. 163.4 LRJS para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la ilegalidad de dicho precepto a efectos de que pueda plantear su ilicitud a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivo.

3. - Bien es verdad que la aplicación de lo dispuesto en aquel art. 163.4 LRJS resulta mucho más sencilla en los pleitos individuales que en los colectivos, en tanto que los trabajadores individualmente considerados



carecen de legitimidad activa para impugnar por ilegalidad los preceptos del convenio colectivo conforme a lo dispuesto en el art. 165. 1 b) LRJS .

Pero lo cierto es que el propio art. 163.4 LRJS admite expresamente que en los conflictos colectivos puedan impugnarse los actos que se produzcan en aplicación del convenio colectivo, sin que sea necesaria la impugnación directa del convenio y pese a que la acción pueda estar fundada en que sus disposiciones no son conformes a derecho.

Se abren de esta forma dos situaciones jurídicas diferentes.

De una parte, la posibilidad de que los legitimados activamente para ejercitar la acción de impugnación de convenios colectivos puedan acudir a esa modalidad procesal para cuestionar la legalidad de un determinado precepto convencional, sin tener que esperar a la consumación de actos que se produzcan en su aplicación.

Y de otra, que los actos ya realizados que se produzcan en aplicación del convenio puedan ser impugnados a través de conflictos colectivos con fundamento en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a derecho, sin que sea necesaria la impugnación directa del convenio.

La primera de esas opciones permite la activación del procedimiento de impugnación de convenio colectivo cuando todavía no se ha producido ninguna actuación empresarial en aplicación de los preceptos convencionales cuya ilegalidad se cuestiona, mientras que la segunda tan solo cabe una vez que tal actuación ya se ha llevado a efecto y queda por este motivo condicionada a que dicha situación se presente.

Pero una vez que ya se ha producido la actuación empresarial en aplicación del convenio y puesto que el legislador habilita esa posibilidad, la inadecuación de procedimiento solo concurre cuando se estuviere interesando la declaración de nulidad por ilegalidad del precepto convencional a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo.

5.- En tal sentido debe interpretarse la doctrina acuñada por esta Sala IV en la materia, para cuando la pretensión del conflicto colectivo estuviere articulada de una forma que inequívocamente suponga la impugnación del precepto convencional en litigio, de tal manera que el objeto del proceso fuese realmente impugnatorio y no interpretativo, debiendo haberse acudido entonces a la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo (STS 11/12/2008, rec. 86/2006).

Como recuerda la STS 15/2/2018, rec. 51/2017 , citando a su vez la de 3/11/2015, rec. 334/2014 , "Es cierto que la expulsión del precepto convencional del ordenamiento jurídico ha de buscarse por los cauces de la modalidad procesal de impugnación del convenio colectivo. Sin embargo, no es éste el objeto de la pretensión, lo que aquí se postulaba es la revisión de la concreta constitución del comité intercentros en los términos en que se llevó a cabo..."

En el mismo sentido la STS 30/1/2017, rec. 44/2016 , se acoge al art. 163.4 LRJS , para abonar el criterio de que ha de estarse a la pretensión plasmada en el escrito de demanda y estimar adecuada la modalidad del conflicto colectivo "si no comporta la impugnación de ningún precepto del convenio colectivo".

Gran parte de las sentencias de esta Sala que se invocan en el recurso en favor de sus tesis insisten precisamente en la idea de que "Solicitándose la nulidad de determinados preceptos de un convenio...por oponerse a los mandatos de una norma imperativa, la única vía procesal adecuada es la modalidad de impugnación de convenio" (SSTS 2 y 7 de marzo de 2017).

Pero ese no es el caso cuando lo que se combate es una determinada actuación de la empresa en la aplicación del convenio y para ello se alega que los preceptos convencionales no son ajustados a derecho, sin pretender la declaración de ilegalidad de estos.

Como hemos dicho, así lo admite expresamente el art. 163.4 LRJS , en lo que también es una vía para salvar las tachas de legitimación activa que pudieren concurrir en las diferentes reglas de legitimación aplicables a los conflictos colectivos y los procesos de impugnación de convenios colectivos, que puedan imposibilitar las facultades de intervención de los demandantes bajo una u otra modalidad procesal.

6. - Se argumenta finalmente en el recurso que la Comisión Paritaria ya se ha pronunciado sobre la interpretación que debe darse al art. 43 del convenio, en el acuerdo de 4-4-2017 al que se refiere el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, de lo que a su juicio se desprendería la consecuencia jurídica de que eso aboca necesariamente a la utilización de la modalidad procesal de impugnación del convenio colectivo para discutir la posible ilegalidad o lesividad del mismo.

Argumento que no podemos acoger, pues al margen de cualquier consideración sobre la premisa de partida en la que se sustenta el motivo, ese acuerdo se limita a señalar que el plus convenio no se devenga en el año



anterior a la fecha de su abono sino en la misma anualidad en curso en la que se hace efectivo, por lo que no cabe entender que el año 2016 haya que abonarlo en función del tiempo de servicio prestado en 2015.

Esta es precisamente la razón por la que la sentencia de instancia hace valer ese acuerdo en favor de su tesis a la hora de pronunciarse sobre esa primera pretensión del litigio.

Pero no afecta sin embargo a la cuestión a la que ha quedado reducido el recurso de casación, que es la de determinar la eficacia jurídica de los efectos retroactivos que el art. 43 atribuye a la supresión de la parte flexible del plus convenio desde 1 de enero de 2016, por lo que es del todo irrelevante para su resolución.

TERCERO . 1. - El motivo segundo se formula al amparo de la letra e) del art. 207 LRJS y denuncia infracción por inaplicación del art. 43 del Convenio colectivo.

La tesis que se desarrolla en el escrito de recurso es que la demanda se sostiene y fundamenta en el argumento de que el plus convenio se genera y devenga en la anualidad anterior al momento de su percepción y se abona al año siguiente.

De lo que extrae como consecuencia que "la pretensión de la actora parte y gira en base a un hecho que no es cierto (devengo del Plus Convenio y pago en el siguiente), ello es motivo suficiente para desestimar ambas pretensiones del Suplica".

A lo que añade que la estimación del segundo punto de la demanda provoca una clara distorsión y no es compatible con lo que se ha acreditado.

2.- Lo primero que debemos significar para resolver este motivo, es que no es necesario insistir en los argumentos del recurso que están dirigidos a sostener que el plus convenio se devenga en la misma anualidad en la que se percibe. De manera que el del año 2016 se genera desde 1 de enero a 31 de diciembre de esa anualidad.

Eso es precisamente lo que dice el pronunciamiento de la sentencia de instancia que desestima en parte la demanda - que ya hemos dicho que ha quedado firme al no ser recurrido por la parte actora-, lo que hace innecesaria cualquier otra consideración al respecto.

Acogiendo los argumentos de la propia demandada esa es la solución que la sentencia ha dado a la primera de las pretensiones de la demanda, por lo que no cabe ahora la posibilidad de desestimar la segunda con base precisamente en la rechazada tesis de la parte actora, para considerar que el plus convenio de 2016 ya estaría pagado con el abono de las cantidades pertinentes por parte de la empresa al hacer efectivo el plus convenio de 2017.

Más bien parece que estemos ante un razonamiento puramente retórico de la empresa, a título meramente dialéctico, como de forma expresa así se indica en el recurso, que no tiene fácil acomodo con la línea argumentativa que mantiene.

Sea como fuere, ninguna duda cabe que el pronunciamiento firme de la sentencia de instancia - en coincidencia con la posición de la demandada-, conduce necesariamente a considerar que el plus convenio de 2016 es el que se genera durante dicha anualidad, y que los abonados en años anteriores o posteriores corresponden cada uno de ellos al año en curso en el que se pagan.

Y lo cierto es que ambas partes coinciden en que no se ha hecho efectivo el pago de la parte flexible del plus convenio por el periodo 1 de enero a 12 de agosto de 2016, y lo que la empresa sostiene es que su actuación es conforme a derecho porque es consecuencia de lo dispuesto en el art. 43 del Convenio colectivo, mientras que los demandantes niegan que de la norma convencional pueda deducirse ese efecto, en lo que nada inciden los argumentos de este segundo motivo de recurso que debe por ello desestimarse.

CUARTO . 1. - Idéntico resultado desestimatorio merece el motivo tercero que se formula al amparo de la letra c) del art. 207 LRJS y denuncia infracción de los arts. 216 y 218.1 LEC, en relación con el art. 24 CE, así como de los arts. 80.1.c) y d) y 157.1.c) y d) LRJS.

Sostiene la recurrente que la sentencia incurre en incongruencia *extra petita* por haber resuelto sobre unas pretensiones diferentes a las ejercitadas en la demanda, concediendo cosa distinta a lo peticionado.

Alega a tal efecto que la parte actora ha sustentado la demanda en la idea de que el plus convenio se devenga y genera en el año anterior al momento de su abono, reiterando en este extremo los razonamientos que ya hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho y no vamos a repetir.

De lo que el recurso quiere deducir que la sentencia incurre en incongruencia al declarar el derecho de los trabajadores afectados por el convenio colectivo a percibir la parte flexible del plus convenio correspondiente al periodo reconocido en la anualidad de 2016.



2.- Como recuerda la STS 7/3/2017, rec. 58/2016, esta Sala tiene una consolidada doctrina en esta materia, en la que decimos que "la incongruencia por exceso o extra petitum es aquella por la que "el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3)" (STC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3)".

3.- La aplicación de esa doctrina al caso de autos nos lleva a concluir que no incurre la sentencia en el defecto denunciado por la recurrente.

Es cierto, como sostiene el recurso, que el alegato fundamental en el que la parte actora sustenta la acción es el de considerar que el plus en litigio se devenga en la anualidad anterior al año en el que se produce su abono, lo que ya hemos dicho que ha sido expresamente desestimado en la sentencia de instancia en un pronunciamiento que ha ganado firmeza.

Con apoyo en ese alegato es por lo que reclaman que se declare el derecho a percibir del plus convenio correspondiente a toda la anualidad de 2015, así como la parte variable del periodo transcurrido entre el 1 de enero al 12 de agosto de 2016 que sería pagadero en el primer trimestre de 2017.

Lo que en definitiva sostienen los demandantes es que la previsión del art. 43 del Convenio colectivo debe interpretarse en el sentido de que no puede afectar al plus convenio que ya estaba generado y devengado cuando es publicado en el BOE.

A juicio de los demandantes ese periodo abarcaría toda la anualidad de 2015, así como también el periodo de 2016 ya transcurrido a la publicación del Convenio y que sería pagadero en 2017.

Lo que hace la sentencia de instancia es acoger parcialmente esa petición, y al entender que lo dispuesto en el art. 43 del Convenio tan solo es aplicable a partir de su fecha de publicación en el BOE, acaba reconociendo un periodo inferior al reclamado por los demandantes que limita a la parte variable del plus convenio ya consolidada entre el 1 de enero y el 12 de agosto de 2016, en una decisión que resulta perfectamente acorde y congruente con las pretensiones ejercitadas en la demanda.

Sin que tampoco pueda imputarse a la sentencia una posible incongruencia respecto a los fundamentos jurídicos esgrimidos por la parte actora para sustentar sus pretensiones, puesto que en la demanda ya se expone un extenso argumentario con el que se niega que lo dispuesto en el art. 43 del Convenio pueda aplicarse con efectos retroactivos al periodo anterior a su publicación que ya ha sido devengado. Los mismos argumentos a lo que se atiene la sentencia para acoger la pretensión de los actores, por más que la limite a un periodo temporal más reducido porque considera que el plus convenio de 2016 no comienza a devengarse hasta el 1 de enero de esa misma anualidad.

QUINTO. 1.- El último motivo del recurso denuncia infracción de los arts. 82.1, 82.3, 86.1 y 90.4 ET, en relación con los arts. 37.1, 9.3 CE y 2.3 CC y doctrina jurisprudencial que se invoca.

Sostiene como pretensión principal que ninguna tacha de legalidad puede imputarse a lo pactado en el art. 43 del Convenio colectivo que es fruto legítimo de la negociación colectiva.

Subsidiariamente plantea otra serie de cuestiones para limitar el alcance de la irretroactividad en la sentencia a todo el periodo transcurrido desde el 1 de enero 2016 y hasta la publicación en el BOE del convenio.



En definitiva, se trata de establecer en qué términos debe ser aplicado el art. 43 del convenio en cuanto dispone que durante el año 2016 únicamente se abonará la parte fija del plus convenio, sin que deba abonarse cantidad alguna en concepto de parte variable, teniendo esta previsión efectos retroactivos desde 1 de enero de 2016.

Ambas partes aceptan que de dicho precepto convencional resulta la supresión de la parte variable del plus convenio durante el año 2016.

La discrepancia estriba en que los demandantes entienden que esa regla no pueda ya afectar al periodo devengado con anterioridad al momento de la publicación del convenio en el BOE, sino tan solo a la parte proporcional que resta por devengarse desde esa fecha hasta fin de año, tal y como ha concluido la sentencia. Mientras que la empresa considera que se trata de un acuerdo fruto de la negociación colectiva que debe ser aplicado en los términos pactados, sin que resulte contraria a derecho la retroactividad que las partes decidieron otorgarle.

2.- La doctrina de esta Sala IV en la materia viene perfectamente resumida en la reciente STS 29/11/2018, rcud. 938/2017.

Conoce esta sentencia de un asunto muy similar - en este aspecto-, al presente, en el que un convenio colectivo publicado en octubre de 2015 establecía unas retribuciones inferiores a las que venían percibiendo los trabajadores en aplicación del convenio colectivo anterior, y lo que hace el nuevo convenio es atribuir efectos económicos retroactivos a la reducción salarial que contempla.

La empresa recurrente aduce en aquel caso los mismos argumentos que aquí se alegan, para venir a sostener que los Convenios Colectivos obligan a todos los trabajadores y empresarios comprendidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, teniendo el ámbito de aplicación que las partes acuerden, siendo su duración y extensión temporal la que fijen las partes negociadoras del convenio.

Tal y como en la antedicha sentencia decimos, hemos resuelto una cuestión muy similar en la STS 18/2/2015, rec.18/2014, en la que se examina si es ajustado a derecho que el nuevo convenio colectivo, que contempla unas retribuciones inferiores al que regían anteriormente, pueda retrotraer estos efectos económicos perjudiciales para los trabajadores a una fecha anterior a la de su firma y publicación, afectando a un periodo temporal durante el que tales retribuciones ya se habían generado y devengado en la superior cuantía resultante de la aplicación del correspondiente convenio colectivo de aplicación en tal periodo.

Concluimos en aquella sentencia que el establecimiento de condiciones salariales inferiores "producirían eficacia a partir de su firma, sin que pueda darse una aplicación retroactiva, porque ello supondría una normalización del incumplimiento, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala IV/ TS para supuestos similares al presente (entre otras, 11-3-2002 (rec. 2412/2001). 28-6-2002 (rec. 3675/2001) ó 15-10-2003 (rec. 4553/2002).

En el mismo sentido la STS 13/10/2015, rec. 222/2014, conoce de un asunto en el que un convenio colectivo que se publica en el BOE de 9/10/2012, suprime determinados complementos salariales con efectos de 1 de julio de 2012. Como es de ver, una situación jurídica idéntica a la que se contempla en el presente.

Decimos en aquella sentencia que debe aplicarse la más reciente jurisprudencial al respecto, "que aun relativa a conflictos colectivos y descuelgue, se pronuncia sobre la materia en resoluciones tales como nuestras sentencias de 7 de julio de 2015 (rc 206/2014) y 16 de septiembre de 2015 (rc 110/2014), que señalan al respecto que "el convenio colectivo regula las condiciones del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador. Ciertamente que el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colectivo anterior (art. 82-3 del E.T., en relación con el 86-4 del mismo texto), pero tal disposición no le faculta a disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador".

Otro precedente doctrinal lo constituye la STS 7/7/2015, rec. 206/2014, en la que establecemos el siguiente criterio "un acuerdo logrado al amparo del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, no puede modificar en perjuicio del trabajador, con carácter retroactivo, las condiciones salariales que venía disfrutando en virtud de un convenio colectivo, pronunciándose en los siguientes términos".

Como en ella decimos: "El "descuelgue" o apartamiento del convenio colectivo es algo que como su propio nombre indica sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro, como dijimos en nuestra sentencia de 6 de mayo de 2015 (RO 68/2014) en supuesto diferente y evidencia el hecho de que la norma hable de las nuevas condiciones aplicables en la empresa y su duración, por cuanto al obligar a fijar "las nuevas condiciones... y su duración", la norma se está refiriendo a la permanencia en el tiempo de lo nuevo, lo que indica la imposibilidad de retroacción de efectos porque lo nuevo es antónimo de lo antiguo y la norma nueva sólo es aplicable a partir de su creación. Y es



lógico que así sea porque el convenio colectivo regula las condiciones del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador. Ciertamente que el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colectivo anterior (art. 82-3 del E.T ., en relación con el 86-4 del mismo texto), pero tal disposición no le faculta a disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador".

Con base a todos estos antecedentes, en la citada STS 29/11/2018, rcud. 938/2017 , concluimos que "si bien, a tenor del artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquel, tal posibilidad de disposición no se refiere a los derechos ya nacidos y devengados por el trabajador. Durante los años 2012 a 2014 la relación laboral del hoy recurrido, a efectos retributivos, se regía por el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Pontevedra del año 2009 y, al amparo del mismo, el trabajador prestó sus servicios y devengó sus salarios, por lo que no cabe que un Convenio posterior -el publicado el 14 de octubre de 2015- establezca efectos económicos retroactivos y prive al trabajador de unos derechos económicos devengados y consolidados que, aun cuando no le hayan sido satisfechos, tiene derecho a los mismos pues pertenecen a su patrimonio. La interpretación propugnada por el recurrente conduciría a dejar sin efecto el contenido económico de un convenio colectivo válidamente suscrito, posibilitando el incumplimiento del mismo por parte de la empresa".

3.- La aplicación de estos mismos criterios al caso de autos nos lleva a desestimar el alegato principal de este cuarto motivo del recurso.

El art. 43 del nuevo convenio colectivo suprime una parte del plus convenio durante el año 2016, lo que es perfectamente ajustado a derecho por así permitirlo el art. 82.4 ET cuando establece que "El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquel. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio".

El derecho a la negociación colectiva que consagra el art. 37.1 CE garantiza la validez y eficacia de los pactos alcanzados en convenio colectivo que no sean contrarios a derecho y normas de carácter imperativo, y abarca la posibilidad de que el nuevo convenio venga a sustituir y modificar los superiores o mejores derechos que pudieren estar reconocidos en el anterior.

Lo que no admite es que puedan otorgarse efectos retroactivos al nuevo convenio que dejen sin efecto los derechos económicos ya generados y devengados conforme al régimen legal o convencional aplicable con anterioridad a la relación laboral, que por este motivo han quedado ya integrados y consolidados en el patrimonio del trabajador.

4. - Y contra lo que se sostiene en el recurso, en nada varía esta conclusión el acuerdo de 14-3-2016 de la comisión negociadora del convenio colectivo publicado en el BOE de 18-4-2016.

El contenido de dicho acuerdo viene recogido en los antecedentes de esta resolución y referenciado en el primero de los fundamentos de derecho, y lo que establece es que la parte fija del plus convenio se abonará en el primer trimestre de cada año y la parte variable en el segundo, disponiendo la suspensión de su pago- que no la supresión-, únicamente para las empresas que lo vengán pagando de forma prorrateada, lo que no consta que sea el asunto de autos.

A diferencia de lo que finalmente se dispone en el art. 43 del Convenio colectivo, nada se dice en ese acuerdo sobre la pérdida de la parte variable del plus convenio durante la anualidad de 2016, y el simple hecho de que se establezca el segundo semestre como su fecha de abono no supone la supresión de esa parte del complemento, ni altera de ninguna otra forma su devengo desde 1 de enero.

El acuerdo se limita simplemente a separar el momento de pago de la parte fija y la variable del plus convenio, pero no incide sobre el régimen jurídico bajo el que se genera su devengo.

5.- La última alegación subsidiaria del recurso consiste en sostener que no debe estarse a la fecha de publicación del Convenio colectivo en el BOE, sino a la de su firma el 30-6-2016.

Pretensión que debe ser acogida, porque en el propio art. 42 ya se dice que tendrá "eficacia plena desde la firma del presente convenio colectivo", y ese es el momento en el que las propias partes fijan sus efectos y a partir del que se deja ya de generar y devengar la parte variable del plus convenio de 2016.

Lo que no resulta contradicho por la disposición final del convenio en la que se contempla su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, puesto que excepciona de esa regla lo dispuesto en el art. 43.

Y si bien ya hemos dicho que no es acorde a derecho la aplicación retroactiva de ese mismo precepto en los términos expuestos, ninguna tacha puede hacerse al acuerdo de las partes que optan por residenciar la eficacia



de ese concreto precepto en el momento de la firma del convenio sin necesidad de esperar a su publicación en el BOE, lo que supone que a partir de su firma dejó de devengarse la parte variable del plus convenio.

En este único sentido debe estimarse parcialmente el recurso.

SEXTO. Conforme a lo razonado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos estimar parcialmente el recurso en el único sentido de limitar la irretroactividad de la disposición convencional al periodo comprendido entre el 1 y el 20 de junio de 2016, para confirmar en todo lo demás los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Se decreta la devolución del depósito constituido por la empresa para recurrir, sin que haya lugar a la imposición de costas por tratarse de un procedimiento de conflicto colectivo, ex art. 235.2 LRJS .

FALLO

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

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Caixabank, S.A., contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2017 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en materia de conflicto colectivo núm. 122/2017 , seguido a instancia de la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), el Sindicat Independent de Balears (SIB) y la Confederación Intersindical de Crédito (CIC) contra Caixabank, S.A.; la Sección Sindical de UGT; la Sección Sindical de CCOO (Federación de Servicios); y como interesados: la Sección Sindical de Empleados de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (SECPB); la Sección Sindical FEC (Federació de Estalvide Catalunya-Fec); la Sección Sindical de ELA; y la Sección Sindical de LAB.

2º) Revocar la sentencia recurrida en el único sentido de limitar al periodo 1 de enero a 30 de junio de 2016 el derecho de los trabajadores a la parte variable ya devengada del plus convenio de esa anualidad, restringiendo en todo caso la aplicación del art. 43.3 del Convenio a la parte variable correspondiente de manera proporcional al periodo entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de ese año.

Reintégrese el depósito constituido para recurrir, sin que haya lugar a la imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.