



Roj: **SAN 801/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:801**

Id Cendoj: **28079240012020100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2020**

Nº de Recurso: **261/2019**

Nº de Resolución: **34/2020**

Procedimiento: **Conflicto colectivo**

Ponente: **MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00034/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 34/2020

Fecha de Juicio: 25/2/2020 a las 11:30

Fecha Sentencia: 27/4/20

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000261 /2019

Proc. Acumulados:

Ponente: D^a. **MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI**

Demandante/s: SINDICATO COMISIONES DE BASE (CO.BAS)

Demandado/s: SINDICATO UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), EMPRESA GRANDES ALMACENES FNAC SL, SINDICATO COMISIONES OBRERAS (CC.OO), SINDICATO CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT), FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO) FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMER, SINDICATO ELA, MINISTERIO FISCAL, COMITE INTERCENTROS DE FNAC

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JGH

NIG: 28079 24 4 2019 0000275



Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000261 /2019

Procedimiento de origen: /

Ponente Ilmo/a. Sr/a: D^a MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

SENTENCIA 34/20

ILMA. SRA.PRESIDENTE:

D^a EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

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

D. RAMÓN GALLO LLANOS

/D^a. MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

En MADRID, a veintisiete de abril de dos mil veinte.

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 CONFLICTOS COLECTIVOS 0000261 /2019 seguido por demanda de SINDICATO COMISIONES DE BASE (CO.BAS), representado por el letrado D. Alejandro del Rio Correas contra EMPRESA GRANDES ALMACENES FNAC SL representado por D. Gerardo con DNI NUM000 , asistido de la letrada D^a Eva Marin Oliaga, COMITE INTERCENTROS DE FNAC representado por D. Imanol .con DNI NUM001 , asistido del letrado D. Bernardo Garda Rodríguez., SINDICATO ELA representado por la letrada D^o Rosario Martin Narrillos, FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO), representado por el letrado D. Juan Ignacio Quintana Horcajada, .SINDICATO UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) representado por el letrado D. Bernardo García Rodríguez según, SINDICATO COMISIONES OBRERAS (00.00) representado por el letrado D. Héctor Gómez Fidalgo según consta en Secretaría. Y Ministerio Fiscal. No compareció, estando citado en legal forma, CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT). Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. **MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI.**

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el 13/11/19 el representante de COBAS presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO contra EMPRESA GRANDES ALMACENES FNAC, SL, UNION GENERAL DE TRABAJADORES UGT, COMISIONES OBRERAS CCOO, SINDICATO CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT, FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO(FETICO), SINDICATO ELA. Con citación del Ministerio Fiscal.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda. Con carácter previo al pleito se suspende la vista concediendo a la parte actora plazo de cuatro días para ampliar la demanda contra el COMITÉ INTERCENTROS DE FNAC, lo que tiene lugar mediante escrito de 16 de enero de 2020.

Tercero.- El juicio se celebra el día 25 de febrero de 2020, tras intento de conciliación sin avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

No comparece, estando citado en legal forma, SINDICATO CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT).

Cuarto. - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

COBAS se ratificó en el contenido de la demanda, en cuyo suplico solicita que se declare:

"A. Que las modificaciones unilaterales de los objetivos establecidos mensualmente a los trabajadores son contrarias a derecho, debiendo abstenerse la empresa a realizar dichas modificaciones sin consultar previamente con la RLT.

B. Que las cláusulas del plan de incentivos que reducen la cuantía a percibir por los trabajadores en función de la jornada realizada son discriminatorias (punto 2) y por tanto, no deben minorar de forma alguna la consecución de los incentivos cuando la jornada realizada se disminuya por razón del disfrute de permisos retribuidos, disfrute



de vacaciones, reducción de jornada por guarda legal, periodos de lactancia y suspensiones por maternidad/paternidad.

C. Que los objetivos colectivos fijados (punto 3) durante los últimos 12 meses deben ser considerados como alcanzados por la totalidad de la plantilla."

El demandante indicó que el actual sistema de incentivos se calcula en función de tres objetivos que se aplican por igual a todos los departamentos, más dos aceleradores. Seguidamente expuso que la comisión de seguimiento dejó de reunirse a partir de 2014 por negativa de la empresa, que, desde inicios de 2019, viene negando al comité de empresa de Callao, al comité intercentros y a la sección sindical de COBAS la información que le solicitan respecto de los objetivos mensuales. Ello supone, según el demandante, que la empresa controla de facto y unilateralmente el sistema de retribución, quedando a su arbitrio los criterios para la fijación de los aceleradores y la modificación de los objetivos.

Por otro lado, la parte demandante arguyó que el sistema penaliza el disfrute de vacaciones, bajas por enfermedad, permisos retribuidos y reducciones de jornada.

Concluyó precisando que no se pretende cercenar la libertad de la empresa de fijar los objetivos, sino de exigir el cumplimiento del derecho a la información.

Dado que, a su juicio, los objetivos se han variado mensualmente sin justificación y sin informar a los representantes de los trabajadores, deben entenderse cumplidos.

FETICO, UGT, ELA, CCOO y CI se adhirieron a la demanda.

La empresa se opuso, alegando los siguientes óbices procesales:

a) falta de legitimación activa de COBAS, pues, aunque la SAN 117/2018 le reconoció un delegado sindical, se encuentra recurrida. El sindicato se opuso, manifestando tener presencia en el comité de empresa. Los restantes sindicatos que se adhirieron a la demanda señalaron que, en cualquier caso, con su adhesión la continuidad de la demanda quedaría garantizada.

b) variación sustancial de la demanda, al no coincidir su tercer apartado con lo solicitado en el SIMA. También se señaló que en ninguna parte de la demanda se hacía referencia a una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Los demandantes se opusieron, defendiendo que en el SIMA se trató sobre el sistema de incentivos y que ahora no se dice que se trate de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

c) falta de acción e inadecuación de procedimiento, tratándose de un conflicto de intereses orientado a que se negocie el sistema de incentivos. Los demandantes rechazaron la alegación, manifestando que se trata de una acción colectiva de reconocimiento de derechos.

La empresa explicó que el sistema de incentivos no es el resultado de una imposición empresarial, sino que se negoció en 2009 con el comité intercentros, revisándose en 2014 para mejorar las condiciones. En ambas ocasiones los acuerdos fueron suscritos por la totalidad de representantes de los trabajadores. Lo que la empresa aplica es lo acordado, no existiendo modificación alguna.

Seguidamente expuso los tres pilares en los que se estructura el sistema, así como los dos aceleradores, precisando que, de todo ello, lo único que se cuestiona en la demanda es el objetivo de venta global y el acelerador sobre objetivos colectivos.

Los objetivos se fijan mensualmente por el responsable del departamento seleccionándolos de una biblioteca, porque así fue acordado. Y aunque todos los empleados de un departamento tienen el mismo objetivo, luego se individualiza en función del tiempo de trabajo.

La empresa afirmó que cada trabajador conoce sus objetivos y el grado de consecución porque se cuelgan en la web en una nómina específica.

En cuanto a los ajustes por horas trabajadas, defendió que las licencias retribuidas del art. 37.6 ET y del art. 36 del Convenio no se reducen y se entienden como jornadas trabajadas. En las prestaciones por nacimiento de hijo ya se incluyen, en su base reguladora, los incentivos devengados previamente. Respecto de la reducción de jornada por guarda legal, mantuvo que, conforme al art. 37.6 ET, opera una reducción proporcional del salario, tanto fijo como variable. Las excedencias no dan derecho a retribución de ningún tipo. Finalmente, respecto de las vacaciones, mantuvo que no existe una minoración sino una regla de distribución del importe.

La empresa afirmó que los objetivos se cumplieron en un 64,40%, lo que demuestra que su consecución no es imposible.



El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de las excepciones alegadas por la empresa y la estimación parcial de la demanda. Consideró que la fijación de objetivos debe ser objeto de información y consulta conforme al art. 64 ET y que los objetivos fundados en el tiempo de trabajo que no distinguen situaciones de conciliación de la vida familiar y laboral podrían albergar una discriminación indirecta por razón de sexo. Por el contrario, se opuso a considerar cumplidos los objetivos.

Quinto. - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85.6 de la Ley 36/2011, se precisa que las partes identificaron los siguientes hechos controvertidos:

- Los objetivos se fijan mensualmente por el jefe de departamento.
 - El segundo acelerador, en función de la consecución de ventas por el departamento, no está en la demanda.
 - De diciembre de 2018 a noviembre de 2019 se cumplieron entre el 60% y el 70-80% de objetivos a nivel de empresa.
 - Se publican en una página de la empresa los objetivos por empleados y el grado de consecución y los importes.
- Se reconocieron pacíficamente los siguientes hechos:
- COBAS tiene un delegado sindical a nivel estatal y así se dijo en SAN 4-7-18.
 - El sistema VIM no fue impuesto por la empresa, sino que se negoció con el comité intercentros en 2009 y se modificó en 2014.
 - Este sistema se aplica desde 2009.
 - El objetivo de venta individual y venta de servicios no es objeto de este procedimiento.
 - Los objetivos colectivos son iguales para todo el personal del mismo departamento, y se individualiza en función de las horas trabajadas.
 - Los objetivos se asignan entre el 1 y 7 de cada mes y se cuelgan en una página que hay en la empresa.
 - La composición del comité intercentros es de UGT 3, CCOO 3, FETICO 1, ELA 1 y COBAS 1.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - El 14 de abril de 2009 el Comité Intercentros aborda la implantación de un sistema de incentivos ("variable individual mensual VIM"). En la reunión, la RLT propone que se establezcan los objetivos colectivos previa información y consultas a nivel de cada centro, a lo que la dirección de la empresa responde que es una potestad de la empresa, de los mandos del área concreta y que no se someterán a consulta.

Las representaciones de los trabajadores y de la empresa acuerdan, por unanimidad, la implantación del sistema a partir del mes de junio de 2009, pactándose la constitución de una comisión de seguimiento que se reunirá a finales del mes de noviembre de 2009 para analizar la evolución del nuevo sistema.

SEGUNDO. - La VIM se basa en:

- a) Venta individual: compuesta por las ventas mostrador en los departamentos de producto técnico, ponderadas por una tasa de producto.
- b) Venta colectiva: compuesta por los productos o accesorios no vendidos por el Sistema de Venta Mostrador en todos los Departamentos, ponderados por una tasa de producto. El importe se reparte entre todos los componentes de los Departamentos en función de las horas efectivas trabajadas.

No se computan como horas efectivas trabajadas:

- Vacaciones
- Ausencias no justificadas
- Bajas por enfermedad común
- Excedencias
- Maternidad

c) Objetivos colectivos de departamento: El responsable de Departamento asigna un objetivo colectivo, de cumplimiento y evaluación individual. Estos objetivos podrán asignarse de forma individual a consideración de cada responsable, continuando su evaluación individual.



La consecución de estos objetivos supone un acelerador del importe obtenido por el concepto Venta Colectiva, de tal forma que en el caso de:

- Consecución al 100% ---- acelerador del 50% más, sobre la venta colectiva
- Consecución al 50% --- acelerador del 25% más, sobre la venta colectiva
- No consecución---- no se aplica acelerador

Estos objetivos son asignados mensualmente entre el 1 y 7 de cada mes a través de la página www.fnacrh.com, en la pestaña Objetivos VIM. Así mismo son evaluados del 1 al 7 del mes siguiente.

d) Venta de servicios: supone un importe fijo por cada unidad vendida.

El cálculo de toda la variable se hace con una aplicación informática, que se gestiona por los Departamentos de Recursos Humanos de cada centro de trabajo. A través de la misma se obtienen los resultados, que se comunican mensualmente a través de la nómina, dentro del concepto de nómina Variable Individual Mensual.

Los objetivos por venta individual y por venta de servicios no son objeto de este pleito.

TERCERO. - En el Manual del Empleado, se precisa que, "para tener derecho a cobrar el Bonus deberán haberse alcanzado los objetivos asociados al mismo y establecidos por escrito en la Carta de Bonus: a) objetivos financieros de Empresa y/o Tienda b) objetivos individuales fijados por su Superior Jerárquico y/o Director, y estar el empleado en activo en la Compañía en el momento en que se haga efectivo el pago."

Seguidamente, se explicita el procedimiento, basado en venta individual, venta colectiva, objetivos colectivos y venta de servicios.

Se incorpora una "NOTA: Acelerador sobre el factor de cálculo de la VIM relativo a la "Venta Global" (venta colectiva).

En el supuesto que, mensualmente, se alcance la Cifra de Venta estimada en el Business plan para ese Departamento/Tienda/Empresa (en función del colectivo al que pertenezca el empleado) en el 100%, el importe a comisionar por el factor venta global se verá incrementado en un más 100%.

Si mensualmente, se alcanza la Cifra de Venta estimada en el Business plan para ese Departamento/Tienda/Empresa (en función del colectivo al que pertenezca el empleado) en un porcentaje igual o superior al 105 %, el importe a comisionar por el factor venta global se verá incrementado en un más 150%."

Este acelerador entra en vigor en el cálculo de la VIM correspondiente al mes de agosto de 2014.

CUARTO. - El 7 de mayo de 2010 se reúne la comisión de seguimiento de la VIM, debatiéndose sobre la incidencia del nuevo sistema de incentivos comparado con el anterior, particularidades relativas a cambios estructurales en la empresa, y mejora de la VIM.

QUINTO. - El 12 de julio de 2011 se reúne la comisión de seguimiento de la VIM. La RLT solicita información sobre la "evolución global del funcionamiento de la VIM", a lo que la empresa responde que en la reunión de febrero de 2012 se aportarán datos por tienda y por departamento en genérico.

SEXTO. - El 12 de junio de 2014 se reúne la comisión de seguimiento de la VIM. La dirección de la empresa presenta una mejora del sistema, consistente en introducir un acelerador sobre el factor de cálculo de la VIM relativo a la "Venta Global".

CGT manifiesta que la mejora no es suficiente, por lo que no suscribirá la aplicación de la medida.

UGT, CCOO y FETICO valoran positivamente la mejora, y acuerdan con la empresa su implantación, que se abonará a partir de la nómina de septiembre de 2014.

Desde 2014 la comisión de seguimiento no ha vuelto a reunirse.

SÉPTIMO. - El 3 de agosto de 2018 la Inspección de Trabajo de Bizkaia emite informe en virtud de la denuncia presentada por una trabajadora del centro de Bilbao, alegando sufrir acoso laboral por parte de su coordinadora de departamento. La Inspectora concluye que la valoración de los objetivos individuales del departamento, determinados de manera unilateral por la coordinadora, "no responden a criterios objetivos en relación con la jornada y el turno realizado".

OCTAVO. - El 27 de febrero de 2019 se reúne el comité de empresa de la tienda Callao. La RLT pide una variación de los objetivos individuales por considerarlos no motivadores, a lo que la empresa responde que son alcanzables y estratégicos. Se acuerda hacer una prueba de un mes en el departamento de Libros, para ver si el ajuste de objetivos puede suponer una mejora; la RLT pasará una propuesta a la empresa que será estudiada.



NOVENO. - El 6 de junio de 2019 se celebra reunión de constitución del comité intercentros de la empresa, que queda constituido de la siguiente manera: UGT 3 miembros; CCOO 3 miembros; FETICO 1 miembro; ELA 1 miembro; COBAS 1 miembro.

Se acuerda el orden del día para la reunión con la empresa, en el que consta "revisión y actualización de la VIM".

DÉCIMO. - El 17 de junio de 2019 se reúne el Comité Intercentros. La parte social propone la revisión de la VIM para utilizar "toda la biblioteca de objetivos, así como que se fijen objetivos individuales y no grupales y en el caso de los mandos intermedios se adecúe el objetivo a sus funciones."

La empresa responde que el actual sistema cumple la finalidad con la que fue implantado, no teniendo prevista su revisión.

UNDÉCIMO. - El 26 de junio de 2019 se reúne el comité de empresa de la tienda Callao. La RLT informa a la Dirección de que se está ejerciendo presión para la consecución de objetivos de socios y seguros. Solicita que sean revisados los objetivos de la VIM, alternando con otros objetivos de la biblioteca o bien modificando el objetivo marcado de captación de socios.

La Dirección de la empresa se niega a contemplar el cambio solicitado, alegando que los objetivos no son marcados de modo arbitrario, sino que constituyen el resultado de un análisis y resultan alcanzables.

DUODÉCIMO. - El 16 de octubre de 2019 se reúne el Comité de empresa de la tienda Callao. A petición de la RLT, la empresa realiza una explicación práctica, a modo de recordatorio, sobre la estructura del cálculo de la VIM.

&nb sp;

DECIMOTERCERO. - En el período de diciembre de 2018 a noviembre de 2019, de un total de 12.653 trabajadores, 8.148 cumplieron objetivos de acelerador de venta colectiva, con un grado de consecución de entre el 50% y el 100%.

Por centro de trabajo, aunque en diciembre de 2018 no se alcanzó el objetivo en Madrid Río, ni en Valladolid se logró en enero y en junio de 2019, ni tampoco en Girona en junio de 2019, en los restantes meses del período examinado y en la totalidad de los centros de trabajo, sí se lograron, con porcentajes que oscilan entre el 16% y el 100%.

Por departamentos, todos alcanzaron objetivos de acelerador venta colectiva, con porcentajes que oscilan entre el 32% y el 99%.

D. Ambrosio, representante de los trabajadores por COBAS, no recuerda cuándo ha cumplido objetivos y cuándo no en este período.

DECIMOCUARTO. - Durante las vacaciones, el variable que no percibe el empleado que las está disfrutando se reparte entre el resto de sus compañeros.

En incapacidad temporal y en bajas por maternidad, no se detrae el variable.

Las personas con jornada reducida cuentan con objetivos reducidos proporcionalmente.

DECIMOQUINTO. - El 18 de septiembre de 2019 tuvo lugar intento de mediación en el SIMA, con resultado de falta de acuerdo.

El motivo de la solicitud de mediación fue *"la apertura de un proceso de negociación para la revisión del sistema de incentivos"*, alegándose que la empresa modifica los objetivos mes a mes sin negociación previa con la RLT, requiriendo un número de nuevas altas de socios que resulta inalcanzable para la mayoría de los trabajadores. También se adujo que el plan de incentivos es discriminatorio por razón de género y que desincentiva el disfrute de vacaciones. Por último, se indicó que la empresa se negaba a proporcionar a la RLT los datos relativos al grado de consecución de los objetivos de altas de nuevos socios a nivel general de la compañía. En razón de todo ello, se identificó la siguiente *"Pretensión del conflicto: De esta parte se solicita la apertura de un proceso negociador del sistema de incentivos que dote de garantías de control sobre los objetivos de la RLT, eliminando además todas las cláusulas que puedan producir algún tipo de discriminación en colectivos de trabajadoras más vulnerables y que no produzca minoraciones en su retribución por causa del disfrute del derecho al descanso u otro tipo de permisos en el seno de la empresa."*

DECIMOSEXTO. - COBAS cuenta con un delegado sindical a nivel estatal, reconocido en la SAN 117/2018, de 4 de julio de 2018 (sentencia recurrida).

DECIMOSÉPTIMO. - En la empresa se aplica el Convenio de Grandes Almacenes 2017-2020, publicado en el BOE de 7-10-17.

Se han cumplido las previsiones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

-El primero, de la descripción 32 de autos.

-El segundo, de la descripción 27, siendo pacífico que los objetivos por venta individual y por venta de servicios no son objeto de controversia.

-El tercero, de la descripción 29.

-El cuarto, de la descripción 47

-El quinto, de la descripción 30.

-El sexto, de la descripción 49. La ausencia de reuniones posteriores a 2014 fue reconocida por la empresa en interrogatorio.

-El séptimo, de la descripción 34.

-El octavo, de la descripción 35.

-El noveno, de la descripción 88, siendo pacífica la composición del comité intercentros.

-El décimo, de la descripción 31.

-El undécimo, de la descripción 37.

-El duodécimo, de la descripción 36.

-El decimotercero, de las descripciones 51, 52 y 53. La afirmación respecto del representante de los trabajadores se obtiene de su propia declaración como testigo.

-El decimocuarto, de la declaración testifical emitida por la persona Responsable de Desarrollo y Compensación en FNAC.

-El decimoquinto, de la descripción 2 de autos y del "Documento 10" aportado en juicio por la empresa.

-El decimosexto fue pacífico en cuanto a la existencia del delegado sindical. El recurso se deduce del "Documento 11" de la prueba de la empresa, aportado en el acto del juicio.

-El decimoséptimo no fue controvertido.

TERCERO. - La empresa demandada plantea excepción de falta de legitimación activa de COBAS, pues mantiene que, aunque nuestra Sentencia núm. 117/2018 reconoció el derecho del sindicato a contar con un delegado sindical en la empresa, dicho pronunciamiento se encuentra recurrido.

El art. 17 LRJS establece que los sindicatos ostentan legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios y, si poseen implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate. Respecto de la implantación suficiente, constituye jurisprudencia indubitada que puede apreciarse en el nivel de representatividad derivada del número de afiliados, o bien a partir de su pertenencia a los órganos unitarios de representación (por todas, STS 6 de junio de 2011, rec. 162/2010).

En el relato fáctico del caso que nos ocupa, consta que COBAS tiene presencia en el comité intercentros, lo que, por sí mismo, acredita suficientemente su implantación en el ámbito del conflicto. En consecuencia, se desestima la excepción propuesta.

CUARTO. - Igual suerte desestimatoria han de correr las excepciones de falta de acción y de inadecuación de procedimiento, sustentadas en que la reclamación sindical persigue la negociación del sistema de incentivos y eso se sitúa en el ámbito de un conflicto de intereses y no de un conflicto jurídico.

Lo que se defiende en la demanda es que, conforme al marco normativo aplicable, la empresa está obligada a negociar los objetivos y se reclama el derecho a que así se haga. Por tanto, esta pretensión forma parte del fondo del asunto, y es en tal sentido que deberá ser analizada, sin que proceda descartarla en fase de excepción procesal.



QUINTO.- La parte demandada mantiene que la tercera pretensión del suplico introduce una variación sustancial de la demanda, pues no figuraba en el intento de mediación previa.

Recordemos que el art. 80.1.c) LRJS establece que la demanda debe consignar *"la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previa variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad"*. Conforme al art. 80.1.d) LRJS, la demanda deberá contener *"la súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada."*

En la solicitud cursada en el SIMA no constaba la pretensión de que los objetivos colectivos de los últimos doce meses se consideren alcanzados por la totalidad de la plantilla, que ahora se identifica como tercera pretensión de la demanda rectora de autos. Puede decirse, por tanto, que la pretensión controvertida introduce una innovación en la delimitación del objeto del proceso, por lo que la Sala estima, respecto de ella, la excepción de variación sustancial de la demanda.

En cualquier caso y a mayor abundamiento, la pretensión merecería ser desestimada en cuanto al fondo porque se ha acreditado que los objetivos se asignan mensualmente entre los días 1 y 7 de cada mes a través de una página web de la empresa, en una pestaña específica para los objetivos. También consta que la gran mayoría de trabajadores de la empresa cumple objetivos en porcentajes significativos, y que, si en algún centro en concreto no se logran, ello es absolutamente puntual. En el período examinado, no existe ni un solo departamento que no haya logrado objetivos de acelerador de venta colectiva, al menos en un 32%. Hay empleados, departamentos y centros en los que el grado de consecución es del 99% o 100%.

Corroborar esta situación el testimonio de quien depuso a propuesta de la parte demandante, puesto que, preguntado sobre si él mismo había cumplido objetivos en dicho período, admitió implícitamente que así había sido cuando respondió que no recordaba cuándo los había alcanzado y cuándo no, lo que descarta su naturaleza inalcanzable.

SEXTO.- La parte actora afirma que la empresa establece los objetivos mensuales de modo unilateral, introduciendo modificaciones que no consulta con los representantes de los trabajadores.

El art. 64 del Estatuto de los Trabajadores regula los derechos de información y consulta de los órganos de representación social, y, a tal efecto, el apartado 5 reconoce el *"derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: (...) f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo."*

Pues bien, el relato fáctico desvela que la empresa no se limitó a dirigirse a los representantes de los trabajadores para pedir informe previo a la implantación del sistema de incentivos, sino que lo negoció y alcanzó un acuerdo al respecto. Y ese acuerdo se suscribió por unanimidad a pesar de precisarse que la fijación de objetivos colectivos sería potestad empresarial y no se sometería a consulta con los representantes de los trabajadores.

Por tanto, es claro que la fijación de objetivos por la empresa no constituye una modificación de condiciones, sino el cumplimiento de un acuerdo colectivo en cuya virtud se encomienda a la empresa la selección de los objetivos de entre los incluidos en una "biblioteca". El que la representación de los trabajadores venga insistiendo de modo constante en la voluntad de revisar el sistema y participar de la selección de los objetivos, no desnaturaliza el origen y naturaleza de la práctica empresarial, ajustada a lo pactado mientras no se acuerde lo contrario.

Cuestión distinta es que, habiéndose pactado la conformación de una comisión de seguimiento, esta no esté cumpliendo su labor desde 2014, lo que, de resultar imputable a la empresa -extremo que no se ha acreditado- podría haber dado lugar, en su caso, a la correspondiente declaración si así se hubiera solicitado.

En virtud de lo que acaba de exponerse, debemos desestimar la primera pretensión del suplico.

SÉPTIMO.- Se alega que los empleados ven reducida la cuantía a percibir en función de la jornada realizada, lo que la parte demandante considera discriminatorio cuando esto ocurre por razón del disfrute de permisos retribuidos, vacaciones, reducción de jornada por guarda legal, períodos de lactancia y suspensiones por maternidad/paternidad.

Según se ha acreditado, el importe resultante de los objetivos de venta colectiva se distribuye en función de las horas efectivas trabajadas, no computándose a estos efectos, entre otras circunstancias, las vacaciones, las excedencias y la maternidad. Sin embargo, se ha probado que durante las suspensiones del contrato por



"maternidad" (nacimiento y cuidado del menor) no se detrae retribución variable, lo que resulta coherente con el hecho de que durante las mismas no se percibe salario sino una prestación cuya base reguladora no excluye las percepciones por incentivos. Lo mismo cabe decir respecto de la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante.

En cuanto a las reducciones de jornada por guarda legal, el propio art. 37.6 ET establece que en tales casos la reducción de jornada conlleva una disminución proporcional del salario. Habiéndose acreditado que quienes se encuentran en esta situación tienen unos objetivos también reducidos -sin perjuicio de algún caso aislado en que esto no se respeta, que podría dar lugar a reclamación individual-, no hay razón para apreciar discriminación alguna en la merma de la retribución variable, tal como esta Sala ya mantuvo en la sentencia dictada en autos 224/2019.

OCTAVO.- Por lo que respecta a los permisos retribuidos, la demanda precisa que el sistema resulta discriminatorio por razón de sexo para quienes disfrutan de los reconocidos en los arts. 37.3 y 37.4 ET, así como el art. 36 del convenio de aplicación.

Respecto de los permisos previstos en el art. 37.3 y 4 ET, el Tribunal Supremo (STS 3-12-19, rec. 141/2018) ha aclarado cuáles entroncan con el principio de igualdad por razón de género, de modo que su exclusión del devengo de incentivos supone una discriminación de las mujeres respecto de los hombres por el mayor impacto en el colectivo de las primeras. En concreto, se trata de los permisos por lactancia; por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; así como las ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. Deberán también incluirse las ausencias para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Por el contrario, considera neutros en cuanto al género los siguientes: el permiso por matrimonio, por fallecimiento de un pariente, por traslado del domicilio habitual, por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

Proyectando estas consideraciones del Alto Tribunal a las licencias previstas en el art. 36 del Convenio, entendemos que existe un componente de género que convierte en discriminatoria la merma retributiva derivada del disfrute de los siguientes permisos:

- Por el accidente grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Por nacimiento de hijo, enfermedad grave diagnosticada por el facultativo, de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Por acompañar a hijos menores de 15 años a urgencia médica no previsible en horas coincidentes con el horario de trabajo.

En conclusión, pues, la Sala coincide con el Ministerio Fiscal en que la merma de incentivos por descontar el tiempo no trabajado a raíz del disfrute de estos concretos permisos que acaban de citarse, resulta discriminatoria por razón de sexo.

NOVENO.- Respecto de las vacaciones, el acuerdo las excluye expresamente, pero la empresa ha acreditado que el variable que no percibe el empleado durante su descanso anual se reparte entre el resto de sus compañeros, de modo que, según argumentó, finalmente nadie experimenta una merma porque lo que no se cobra durante las vacaciones propias se compensa con lo que se cobra durante las vacaciones de los demás. Sin embargo, no ha quedado probado que este sistema garantice la percepción íntegra de la retribución correspondiente a vacaciones, pues el mecanismo de distribución del importe depende, para su efectivo equilibrio, de una situación completamente estable de la plantilla. Cualquier incidencia en el número de empleados, por ejemplo, ocasionaría un desajuste.

La jurisprudencia sobre la retribución en vacaciones se sintetiza, por todas, en STS 23-4-2019 (rec. 62/2018), de la que cabe extraer la siguiente premisa: *"si un complemento se percibe por actividad que se realiza de modo habitual, constituye una retribución ordinaria y, en consecuencia, ha de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones; únicamente si estamos ante complemento devengado por actividad que se realiza de manera puntual, se califica como retribución extraordinaria y no ha de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones"*. A lo que cabe añadir: *"La alteración cuantitativa del complemento es algo bien diverso a su carácter esporádico. Si todos o casi todos los meses vienen percibiéndolo quienes están afectados por el conflicto colectivo, es evidente que también ha de suceder así en vacaciones. Cosa distinta es que la cuantía haya de obtenerse acudiendo al promedio de lo percibido durante aquellos meses en que sí se ha recibido."*



Por otro lado, la STS 28-2-2019 (rec. 16/2018) precisa que la *"habitualidad de los referidos pluses en la actividad ordinaria de la empresa justifica su necesaria inclusión en el Convenio Colectivo como obligado factor de cálculo en la retribución de las vacaciones, pero ello no significa que proclamemos un derecho automático a su cómputo para todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, sino que tan sólo tiene derecho a percibir su «promedio» quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que -a falta de especificación convencional- hemos de entender que sólo tiene lugar cuando se hubiese percibido en seis o más meses de entre los once anteriores."*

En definitiva, se debe garantizar que no exista merma retributiva por razón del disfrute de vacaciones y, dado que la actual regla de distribución aplicada en el sistema VIM no establece esa garantía, procede estimar la demanda en este punto, declarando contraria a derecho la minoración de los incentivos por disfrute de vacaciones.

DÉCIMO.- En suma, más allá de que los objetivos pudieran considerarse, en su caso, difíciles de alcanzar y que los representantes de los trabajadores defiendan su legítima pretensión de que se revisen, disponen para ello de los mecanismos propios de la acción sindical y la negociación. En lo que a este procedimiento respecta, la Sala no aprecia que estemos en un escenario general de objetivos arbitrarios, opacos e irrealizables, sino ante un acuerdo colectivo al que se está dando cumplimiento. Ello sin perjuicio de que deba ser corregido en aquellos aspectos que resultan contrarios al principio de no discriminación por razón de sexo y a la jurisprudencia sobre retribución en vacaciones, lo que conduce a la estimación parcial de la demanda.

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

FALLAMOS

En la demanda de conflicto colectivo CCO 261/19 presentada por COBAS contra EMPRESA GRANDES ALMACENES FNAC, SL, UNION GENERAL DE TRABAJADORES UGT, COMISIONES OBRERAS CCOO, SINDICATO CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO CGT, FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO), SINDICATO ELA, se estima la variación sustancial de la demanda en cuanto a la tercera pretensión, desestimándose las restantes excepciones procesales.

Se estima parcialmente la demanda, declarando discriminatorias por razón de sexo las cláusulas del sistema de incentivos que minoran la consecución de los mismos al no computar como tiempo trabajado el correspondiente al disfrute de los permisos retribuidos por lactancia; por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; por realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto; por asistencia a sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; por nacimiento de hijo; por acompañamiento de hijos menores de 15 años a urgencia médica no previsible en horas coincidentes con el horario de trabajo.

Igualmente, se declara contraria a derecho la minoración de los incentivos por disfrute de vacaciones.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el 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 0261 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0261 19, 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.