

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia 48/2018, de 20 de marzo de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 8/2018

**SUMARIO:**

**Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Impugnación del Acuerdo de Implantación de Retribución por Incentivos, acordado en el seno de modificación sustancial de condiciones de trabajo por la Comisión Negociadora del mismo. Grupo el Árbol. Falta de intento de conciliación.** Desestimación: para la impugnación no es necesario acudir a la mediación o a la conciliación previa prevista en los artículos 63, 64 y 154 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. **Falta de legitimación del sindicato demandante.** Desestimación de la excepción: el sindicato USO tiene un ámbito de actuación más amplio que el de la modificación sustancial de condiciones de trabajo impugnada, teniendo 139 representantes unitarios en los centros de trabajo con personal afectado por tal modificación. **Acumulación indebida de acciones.** Acumulación de la acción de nulidad y la de justificación del acuerdo alcanzado. Debe estimarse. En cuanto al fondo, procede declarar la nulidad del acuerdo en cuanto que la retribución por incentivos que se contempla se minorará por el disfrute de los permisos retribuidos previstos en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como en los casos de ausencias debidas a la acumulación de horas por lactancia. Se desestima, por el contrario, la pretensión en cuanto a la nulidad de las diferencias retributivas existentes entre los trabajadores clasificados como dependientes y especialistas, por cuanto que se ha acreditado que los mismos tienen encomendadas funciones diversas, siendo de mayor responsabilidad las de estos últimos.

**PRECEPTOS:**

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 26, 63, 64, 138, 154 y 155.

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 37.3 y 41.

Ley Orgánica 11/1985 (LOLS), arts. 6 y 7.

**PONENTE:**

*Don Ramón Gallo Llanos.*

Magistrados:

Don RAMON GALLO LLANOS

Don RICARDO BODAS MARTIN

Doña EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIALMADRID 00048/2018**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaria D<sup>a</sup>. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N<sup>o</sup>: 48/2018

Fecha de Juicio: 14/3/2018

Fecha Sentencia: 20/3/2018

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000008 /2018

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: UNION SINDICAL OBRERA

Demandado/s: GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS, S.A., UNION GENERAL DE LOS TRABAJADORES, FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO, COMISIONES OBRERAS, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-  
GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2018 0000009

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000008 /2018

Ponente Ilmo. Sr: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 48/2018

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D<sup>a</sup>. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA  
D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veinte de marzo de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000008 /2018 seguido por demanda de UNION SINDICAL OBRERA (letrada D<sup>a</sup> María Eugenia Moreno Díaz) contra GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS, S.A. (letrado D. Rafael Giménez-Arnau Pallares), UNION GENERAL DE LOS TRABAJADORES (letrado D. Bernardo García Rodríguez), FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (letrada D<sup>a</sup> María Delgado Herrero), COMISIONES OBRERAS (letrado D. Héctor Gómez Fidalgo), siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

##### Primero.

Según consta en autos, el día 11 de enero de 2018 se presentó demanda por USO sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 8/2018.

##### Segundo.

La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultad se señaló el día 14 de marzo de 2018 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

##### Tercero.

Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que la letrada de la actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare:

1. El derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a devengar el "Incentivo Secciones" durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión de maternidad, riesgo de durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimiladas, así como cualquier permiso retribuido reconocido en el Estatuto de los Trabajadores o en Convenio Colectivo aplicable.

2. En consecuencia, se declare la nulidad de la cláusula cuarta del Acuerdo impugnado, en los siguientes puntos:

- "Durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada"

- "Durante las ausencias de puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador" por vulnerar la legalidad vigente como el principio constitucional de igualdad.

3. La nulidad de la clasificación de dependiente y especialista del "Acuerdo de 11 de diciembre de 2017" por vulnerar el Principio de Igualdad del Artículo 14 de la Constitución Española .

En defensa de su pretensión alegó que el presente conflicto afecta a un total de 349 trabajadores que prestan servicios en las secciones de Pescadería y Charcutería de la demanda y que prestan servicios en las provincias de Almería, Asturias, Burgos, Murcia, Palencia, Salamanca, Teruel, Valladolid, Zamora y Zaragoza; que la empresa demandada no cuenta con convenio colectivo propio, a pesar de que en el año 2013 se constituyó la Comisión negociadora del mismo, rigiendo en los distintos centros de trabajo los Convenios que refiere en su escrito de demanda, que promovido por la empresa periodo de consultas para MSCT, el día 11 de diciembre de 2017 se firmó el ACUERDO entre los representantes de los trabajadores (CCOO, UGT y FETICO) para establecer un SISTEMA UNICO DE RETRIBUCIÓN VARIABLE APLICABLE A TODO EL COLECTIVO DE TRABAJADORES DE LAS SECCIONES DE PESCADERÍA, CARNICERÍA Y CHARCUTERÍA DE GRUPO EL ARBOL, DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A QUE supone una modificación del sistema de retribución variable denominado "6PO PRIMA DE OBJETIVOS" que venían percibiendo cada trabajador en función de lo pactado individualmente en el momento de su contratación, estableciendo un sistema retribución variable único que denominan "incentivo secciones", cuyo resultado es la suma de los resultados de la evolución de la venta asistida mensualmente de la sección, más la evolución de la aportación mensual de la sección, que la cláusula cuarta del acuerdo manifiesta que tal incentivo no se devengará durante los periodos de IT, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, lactancia o situación asimilada (vgr. periodos de impugnación de altas médicas, etc...) ni será tomado en consideración en ningún caso a efectos de complementar las prestaciones de seguridad social que correspondan, ni durante las ausencias del puesto de trabajo, cualesquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por periodo inferior a la jornada diaria del trabajador; que por otro lado en el Anexo II de la tabla de Cálculo de incentivos Secciones, se establecen dos categoría diferentes especialistas y dependientes, percibiendo casi un 60 por ciento más el primero que el segundo, dándose la circunstancia de que con anterioridad al acuerdo los trabajadores de tienda estaban clasificados de esa forma y que a raíz del mismo han sido reclasificados arbitrariamente por la empresa, estableciendo en la práctica una injustificada doble escala salarial lo que provoca que dos trabajadores que realizan las mismas funciones, uno sea clasificado según como especialista, sin motivo alguno que lo justifique.

Consideró que tal acuerdo vulneraba el art. 37.3 E.T en materia de permisos retribuidos, penalizando las situaciones de I, vulnerando por otro lado, el derecho a la no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental (art. 14) o más específicamente la no discriminación en el contrato de trabajo (art. 35), la protección a la familia, la mujer y los hijos (art. 39) o la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad de los individuos (art. 9), en cuanto que se impide la percepción de incentivos durante las situaciones de maternidad, paternidad y lactancia, introduciendo por otro lado, con la distinción entre especialistas y técnicos una doble escala salarial proscrita por el art. 14 CE .

El letrado de la empresa se opuso a la demanda deducida de contrario, esgrimando con carácter procesal las siguientes excepciones:

1. la de falta de legitimación activa de USO por únicamente constar un delegado de personal en Asturias, sin contar con representantes unitarios en otras provincias, ni acreditar suficientemente el número de afiliados en las mismas;
2. la falta de agotamiento de la vía previa derivada de la inadecuación de procedimiento planteada, por cuanto que consideró que el procedimiento debía tramitarse por la modalidad de conflicto colectivo ordinario, pues no se impugna el acta de acuerdo del periodo de consultas, sino el Acuerdo anejo al mismo,

En cuanto al fondo alegó que el presente proceso a afecta a un total de 879 trabajadores más, pues el sistema se ha implantado en toda la empresa, tramitándose MSCT respecto de aquellos que ya tenían un sistema de retribución por incentivos propios; que el sistema de retribución por incentivos viene ligado a la efectiva prestación de servicios por el trabajador, de ahí que no se devengue por los días en que no hay efectiva prestación de servicios, lo que sucedía igualmente en el sistema anterior, que en todo caso se establecido una garantía para los afectados por la MSCT que se les garantiza el percibo de la media del variable percibido en el año 2017; que el encuadramiento de los trabajadores como dependientes y especialistas lo ha sido a efectos del incentivo y en base a criterios concretos y específicos compartidos por la RT, como consta en el acta de la comisión de seguimiento del acuerdo.

Argumentó que la jurisprudencia ha defendido la posibilidad de vincular un incentivo al efectivo tiempo trabajado, no vulnerándose norma alguna si no se devenga en periodos de inactividad tales como IT, y que por

otro lado no se causa perjuicio patrimonial alguno a las personas que se encuentren en situación de maternidad, paternidad o riesgo durante el embarazo puesto que en el colectivo afectado no existen personas con salarios superiores a las bases de cotización máximas, por lo que durante estas situaciones su prestación se calculará en función de lo cotizado el mes anterior tanto en concepto de salario base como de complementos, percibiendo además el incentivo devengado el mes anterior a la baja, y que una vez se reincorporen pese a no haber devengado incentivo tendrán derecho en todo caso a percibir el mínimo garantizado; finalmente refirió que la jurisprudencia admite como facultad del poder de dirección empresarial el encuadramiento de los trabajadores dentro de diversos niveles retributivos en un mismo grupo profesional cuando obedezca a criterios objetivos.

A la posición de la empresa se adhirieron el resto de los sindicatos demandados.

Contestadas que fueron las excepciones, se acordó el recibimiento del juicio a prueba proponiéndose y practicándose la documental, tras lo cual las partes elevaron a definitivas sus conclusiones.

El Ministerio Fiscal emitió informe no apreciando vulneración alguna de derechos fundamentales.

#### **Cuarto.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos: - Se niega que USO tenga afiliados en la empresa. - Los trabajadores afectados son 879 en 25 provincias. - En Almería el convenio aplicable es de dependencia mercantil; en Burgos, Palencia, Salamanca, Zamora el convenio de medianas superficies de distribución de alimentación de Castilla y León; en Teruel y Zaragoza se aplica el convenio de empresa para Aragón. - La voluntad negociadora era convenir un incentivo unido a la productividad y anudado a la prestación efectiva de servicio. - Por eso se pactó que se cobra en función de los días trabajados lo que sucede en supuestos de sustitución en el que el sustituto cobra la parte proporcional de días de trabajo. - En la primera y segunda reunión se trató de que debía excepcionarse para el cobro, se decidió que no se cobraba si no se trabajaba, salvo vacaciones. - El acuerdo unifica retribución variable en único sistema. En las anteriores también su percepción se anudada a la prestación efectiva de servicios. - El pago garantizado de 12 meses anteriores incluso se cobra en supuestos de suspensión de contrato a partir del mes siguiente. - La empresa envió correo a los representantes de los trabajadores indicando perfiles de dependientes y especialistas relacionados con antigüedad, experiencia, capacidad de tomar iniciativa y gestión de ventas. Se hizo un cuadro de tareas. - Los especialistas son responsables de la sección, por ello cobran más. - En la comisión de seguimiento de 13.3.18 se trata este tema y supuestos de lactancia. - El nuevo sistema comporta incremento de beneficiarios 879 y más dinero 115.000 euros. - Todos los trabajadores afectados ninguno supera el tope máximo de cotización. - El 76% de trabajadores afectados están en Asturias, el 17% en Castilla y León.

Hechos pacíficos: - USO tiene cuatro representantes en Oviedo sobre 246 representantes en la empresa. - El sistema de incentivos afecta a 11 provincias; hay otras en las que se ha extendido. - No se ha pronunciado SIMA. - En acuerdo se garantiza importe mínimo de retribución variable equivalente a retribución recibida en los 12 meses anteriores. - En acuerdo no se regula la clasificación profesional de dependientes ni especialistas. - Las trabajadoras que usan del derecho de lactancia perciben incentivo porque no se excluyen si se ausenta una parte de jornada a diario.

#### **Quinto.**

En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales. < /p>

### **HECHOS PROBADOS**

#### **Primero.**

USO acredita un total de 4 representantes unitarios en el ámbito de la empresa "Grupo El ARBOL", todos ellos elegidos en el comité de empresa de Asturias, que se compone de 23 miembros. En las Provincias de Almería, Asturias, Burgos, Murcia, Palencia, Salamanca, Santander, Teruel, Valladolid, Zamora Y Zaragoza se

han elegido un total de 139 representantes unitarios, siendo el número de electos a nivel empresarial de 246.-  
descriptores 32 y 46.-.

### **Segundo.**

El día 20-11-2017 la dirección de la empresa se dirigió a los representantes de los trabajadores en los Comités de empresa de ALMERÍA, ASTURIAS, BURGOS, CANTABRIA, MURCIA, PALENCIA, SALAMANCA, TERUEL, VALLADOLID, ZAMORA y ZARAGOZA en los términos que obran en el descriptor 27, si bien destacamos que entre otras cosas se refería lo siguiente:

"Por medio de la presente, la Dirección de GRUPO EL ARBOL SUPERMERCADOS Y DISTRIBUCIÓN S.A. (la "Empresa") les informa de que tiene previsto implantar un nuevo Sistema de retribución variable que sería aplicable a todo el colectivo de trabajadores de las secciones de pescadería, carnicería y charcutería de todos los centros de trabajo de la Empresa. Se trataría de un sistema único para el colectivo indicado en todos los centros de trabajo. Teniendo en cuenta que la implantación del nuevo sistema variable único podría referirse a diversas cuestiones, tales como la estructura de la fórmula de cálculo, las condiciones aplicables para el devengo, etc., les comunicamos que es intención de la Dirección de la Empresa tratar conjuntamente dichos aspectos con la representación sindical.

La implantación de dicho nuevo sistema único de retribución variable, además de implicar un cambio para los trabajadores de dichas secciones que no tengan reconocido el derecho a un variable (que pasarían a percibirlo), supone la necesidad de llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ("MSCT") para los trabajadores que si tengan reconocido el derecho a un variable (a excepción de los trabajadores de León y Aragón, en tanto que se trata de una condición prevista en Convenio). En concreto, las personas que podrían verse afectados por dicha MSCT se encuentran dentro del ámbito de representación de los siguientes Comités en atención al territorio en el que prestan sus servicios:

ALMERÍA 3 afectados  
ASTURIAS 249 afectados  
BURGOS 9 afectados  
CANTABRIA 13 afectados  
MURCIA 1 afectado  
PALENCIA 5 afectados  
SALAMANCA 21 afectados  
TERUEL 1 afectado  
VALLADOLID 1 afectado  
ZAMORA 8 afectados  
ZARAGOZA 2 afectados.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores ("ET")\* la Empresa .."

### **Tercero.**

El 27-11-2017 se conformó la Comisión negociadora con 6 representantes de CCOO, 3 de UGT y 4 de FETICO, por la parte social y dos representantes de la empresa, extendiéndose el acta obrante al descriptor 28, que damos por reproducido, en la que se hacía referencia a la anterior comunicación, a la decisión de las secciones sindicales de intervenir como interlocutoras, que la RE comunica, formalmente el inicio del procedimiento de MSCT de carácter colectivo de los actuales sistemas de retribución variable "Concepto 6 PO Prima por objetivos") aplicables a los empleados de las secciones de Pescadería, Carnicería y Charcutería (a excepción de los sistemas previstos en los Convenios Colectivos de León y Aragón), que serán sustituidos por un nuevo sistema único de retribución variable aplicable a todo el colectivo de trabajadores de las referidas secciones, por causas de carácter organizativo y productivo, en virtud de lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores ("ET"), que la implantación de dicho nuevo sistema único de retribución variable,

fundamentalmente, pretende estimular y motivar a los empleados para que contribuyan en la estrategia de negocio y en los resultados de la Empresa, así como mejorar la organización de los recursos mediante la homogeneización de los diferentes sistemas de retribución variable ("Concepto 6PO Prima por objetivos") aplicables al personal de las precitadas secciones. Se explica el contenido y alcance de la medida propuesta, sin perjuicio de que se vayan concretando a lo largo del periodo de consultas en función de las negociaciones que se desarrollen, aportándose en acto informe técnico y relación de trabajadores afectados y que tras la exposición la RS traslada los siguientes comentarios que se recogen de manera resumida:- Garantizar los importes económicos que actualmente perciben el personal que tiene PVO;- Valorar la no afectación de los repartos en la pérdida conocida, así como la no inclusión de la pérdida desconocida;- Tratamiento de las maternidad y accidente laboral como no ausencia y -otras cuestiones de organización de la tienda.

#### Cuarto.

El día 30-11-2017 se celebró la segunda de las reuniones del periodo de consultas extendiéndose el acta que obra en el descriptor 29 la cual damos enteramente por reproducida, si bien a efectos expositivos destacamos:

- Que la RE efectuó diversas propuestas entre las cuales se encontraban las siguientes:

1. Garantía de lo percibido: Nos centramos en las 100 personas que en la reunión anterior ya vimos que han percibido en 2017 importes por encima del rango máximo de la tabla, con el objetivo de que el sistema sirva de motivación a los mismos, por lo que a ellos se les garantizaría la media de lo percibido en el 2017, en el concepto de PVO Base,

2. Respecto a las ausencias, el incentivo no se devengará durante las ausencias del puesto de trabajo salvo en vacaciones y las horas sindicales. Actualmente en todos los sistemas descuentan en IT (CC, CP, Maternidad, Paternidad, Riesgo, Pago delegado...), El descanso semanal y la acumulación del mismo no son ausencias. Hay que ver si el cómputo, y los descansos de los excesos se están grabando como ausencias.

;

- Que la RS trasladó lo siguiente: "Que se garantice para todas las personas la media de lo cobrado en 2017 y que no sea ni compensable ni absorbible...y que la acumulación de lactancia no se descuente de los incentivos."

;

- Que la RE a dichas alegaciones comunicó: "Respecto a la Garantía de la media de lo cobrado en el 2017 para todos los afectados por la MSCT, se mantiene la primera propuesta respecto a los 100 trabajadores ya hablado en el punto uno y se propone garantizar el 50% para el resto de las personas. Se concreta que no será compensable y absorbible salvo con el sistema de incentivos. En lo que se refiere al listado con las cantidades y por guardar la confidencialidad, se propone que como se comunicará a cada uno individualmente sus cantidades, se dará un plazo para que se manifiesten las discrepancias." y se comprometió a trasladar el listado con la identificación de Especialistas y Dependientes, así como los criterios y funcionalidades.

;

#### Quinto.

El día 11-12-2017 se suscribió el "ACTA FINAL DEL ACUERDO DEL PERIODO DE CONSULTAS DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE GRUPO EL ÁRBOL SUPERMERCADOS Y DISTRIBUCION, S.A." con el contenido que obra en el descriptor 30, que damos por reproducido, suscribiéndose por las partes una serie de acuerdos de los que conviene destacar los siguientes:

"PRIMERO. SUSTITUCIÓN ÍNTEGRA DE LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

Las partes acuerdan que los actuales sistemas de retribución variable ("Concepto 6PO Prima de Objetivos" en nómina) de los empleados de las secciones de pescadería, carnicería y charcutería (a excepción de los sistemas previstos en los Convenios Colectivos de León y Aragón), sean sustituidos íntegramente por el nuevo sistema único de retribución variable aplicable a todo el colectivo de trabajadores de las referidas secciones ("Sistema Variable Único Secciones"), que ha sido acordado entre las Secciones Sindicales con representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados y la Empresa en el día de hoy. Se adjunta como Anexo I dicho Acuerdo de Implantación del Sistema Variable Único Secciones, con sus Anexos I y II, que será aplicable al personal afectado por la presente medida de acuerdo con los términos y condiciones que en dicho Acuerdo expresamente se Consignan...

SEGUNDO. La presente MSCT afectará a los Trabajadores de las secciones de pescadería, charcutería y carnicería de la Empresa que tienen reconocido el derecho a un variable, que se viniera abonando en nómina con el concepto de "6PO Prima por Objetivos". Se acompaña como Anexo II la relación nominal de los Trabajadores acordada en el presente periodo de consultas.

Se excluyen expresamente del presente proceso los Trabajadores con derecho a una retribución variable en el Convenio colectivo

...

#### CUARTO. MEDIDAS ACORDADAS PARA ATENUAR LAS CONSECUENCIAS DE LA MSCT

Con independencia de que el Sistema Variable Único Secciones resultara de aplicación al colectivo afectado a partir del 1 de enero de 2018 en los términos y condiciones que en el mismo se regulan con carácter general, de forma excepcional y a título individual, la Empresa garantiza a los afectados por el presente procedimiento el cobro de un importe mínimo, tanto durante la vigencia del Sistema Variable Único Secciones como tras su formalización, según se detalla a continuación:

En concreto, la Empresa garantizará al personal afectado por la presente medida el cobro del importe mínimo correspondiente a la media mensual de lo efectivamente cobrado por su anterior derecho variable en el 2017 ("Importe mensual mínimo garantizado").

En consecuencia:

A. Mientras el Acuerdo de Implantación del Sistema Variable Único Secciones esté vigente, y de acuerdo con los términos que expresamente se recogen en el apartado 4.2 del mismo.

i. En el caso de que el importe del incentivo Secciones que se devengue mensualmente conforme a lo previsto en el referido Acuerdo sea inferior al Importe mensual mínimo garantizado, el trabajador percibirá dicha cantidad garantizada en la nómina del mes siguiente, por el concepto denominado "6PPVO Base", En ningún caso el concepto 6P PVO base será acumulable con el incentivo Secciones,

ii. En el caso de que el importe del Incentivo Secciones que se devengue mensualmente sea superior al Importe mensual mínimo garantizado, el trabajador percibirá el importe correspondiente al cálculo del Incentivo Secciones con el siguiente desglose en la nómina del mes siguiente; (i) el Importe mensual mínimo garantizado ("6P PVO Base"), y (ii) el importe correspondiente a la diferencia entre el Incentivo Secciones y el Importe mensual mínimo garantizado, que se consignará bajo la denominación 'Incentivo Secciones. En ningún caso, la suma de ambos conceptos de la nómina podrá superar el importe del Incentivo Secciones calculado conforme al Acuerdo.

B. En caso de que la vigencia de dicho Acuerdo.. finalice:

i. Si no se aplicara ningún otro sistema de variable o incentivo, el trabajador afectado por la presente MSCT seguirá percibiendo el importe mensual mínimo.

ii, Si entrara en vigor el nuevo sistema, se estará a lo que se regule en el mismo y las previsiones del apartado A) se adaptarán al nuevo sistema según corresponda,

El importe mensual garantizado se calculará dividiendo el sumatorio de la retribución variable percibida por el trabajador mensualmente en el año 2017 entre 12 meses, La Empresa dentro de los quince primeros días del mes de enero de 2018 facilitará a cada trabajador de forma individual el importe resultante de dicho cálculo. ...".

El acuerdo preveía la constitución de una Comisión de seguimiento del mismo.

El Anexo I suscrito entre las mismas personas que integraron la CN de la MSCT lleva por título "SISTEMA DE RETRIBUCIÓN VARIABLE APLICABLE A TODO EL COLECTIVO DE TRABAJADORES DE LAS SECCIONES DE PESCADERÍA, CARNICERÍA Y CHARCUTERÍA DE GRUPO EL ARBOL, DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A., obra en el mismo descriptor que el anterior y lo damos por reproducido, si bien destacamos:

1. Que dentro del personal incluido dentro de su ámbito subjetivo se incluyen a los trabajadores de pescadería, carnicería y charcutería que no tengan reconocido un variable y que pasaran a percibirlo y los trabajadores que sí tengan reconocido el derecho a un variable que será sustituido por el SVUS.;

2. se fija un ámbito temporal el 1-12-2018 al 31-12-2019 prorrogable por acuerdo expreso y se establecen los parámetros para su cálculo

3. que dentro de las condiciones de devengo y abono del incentivo se establece:

"En concreto, el Incentivo Secciones devengará mensualmente, si bien de modo proporcional a los días en que durante el mes el trabajador haya estado adscrito a un puesto en las condiciones de la Cláusula 1.1 y prestado servicios efectivos. En consecuencia, y puesto que las partes lo han tenido en cuenta a la hora de fijar los importes acordados, el Incentivo Secciones no se devengará:

Durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada (v.gr. periodos de impugnación de altas médicas, etc.), ni será tornado en consideración en ningún caso a efectos de complementar las prestaciones de la Seguridad Social que correspondan.

Durante las ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador."

4. Se recoge expresamente la garantía para el personal afectado por la MSCT

El Anexo II, igualmente obrante en el descriptor 30, determina las cantidades a percibir en función de los objetivos, siendo muy superiores las susceptibles de ser percibidas por los especialistas con relación a los dependientes, se aneja al mismo clasificación como técnicos y especialistas de los afectados suscrita por las partes.

El acuerdo y la clasificación a cada trabajador- bien como dependiente, bien como especialista- a efectos de este sistema fue notificado de forma individual a cada trabajador mediante escrito de fecha 20-12-2017- descriptor 40.-

#### **Sexto.**

El día 13 de marzo de 2018 se reunió la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, extendiéndose el acta aportada como documental por la empresa en el acto del juicio cuyo contenido damos por reproducido, en dicho acta constan los siguientes acuerdos:

-DEVENGO DEL INCENTIVO SECCIONES.-

De acuerdo con lo pactado en el Acuerdo, la voluntad de las partes a la hora de configurar el devengo del Incentivo Secciones fue vinculado a la efectiva prestación de servicios de los trabajadores, al tratarse de un incentivo ligado a la productividad del empleado.

Como consecuencia de ello, y conforme sucedía con los sistemas variables previos existentes en la empresa, las partes acordaron que el mismo no se devengue en los supuestos previstos en la cláusula Cuarta del Acuerdo, en la medida de que dicha ausencia de devengo responde a la vinculación del incentivo con la efectiva prestación de servicios y a la productividad del empleado. Asimismo y por lo que se refiere a las situaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, el no devengo del incentivo durante la baja por dicho motivo no penaliza a los trabajadores/as, dado que el contrato queda suspendido con derecho a una prestación económica de Seguridad Social equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, no viéndose los/las trabajadores/as afectados/as, dado que su contrato queda suspendido con derecho a una prestación económica de la seguridad social equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, no viéndose los/las trabajadores/as afectados/as en términos globales por dicha situación de suspensión de contrato; en todo caso, las partes a través de esta Comisión, harán el seguimiento adecuado de estas situaciones a los efectos de vigilar que dicha afectación no se produzca, y en su caso a tratar las medidas que se consideren oportunas.

Todo ello, sin perjuicio de que, además, el personal afectado por la MSCT tiene garantizado el cobro del importe mínimo correspondiente a la medida mensual de lo efectivamente cobrado por su anterior derecho variable en 2017. Del mismo modo, la Empresa cumplirá, en todo momento, con las previsiones convencionales en materia de complementos a la Seguridad Social que resulten de aplicación a la Compañía en todo momento.

#### DEFINICIÓN DE LOS PERFILES DE ESPECIALISTA Y DEPENDIENTE.-

Los perfiles de Especialista y Dependiente a los efectos de aplicación del Incentivo Secciones han sido definidos por la empresa atendiendo a criterios concretos y específicos que han sido compartidos con la representación de los trabajadores.

La descripción de los referidos perfiles y de las tareas asignadas a los mismos en cada una de las secciones se acompaña a la presente Acta como Anexo nº1, los cuales habían sido previamente comunicados a las secciones integrantes de la comisión negociadora mediante correo electrónico de fecha 11-12-2.017.- descriptor 35 y testifical de la empresa.-

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### Primero.

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

##### Segundo.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien en cada una de las fuentes de prueba que en los mismos se indican.

##### Tercero.

Expuestos las peticiones de las partes y los argumentos esgrimidos en sustento de las mismas en el antecedente fáctico tercero de la presente resolución, se impone resolver las excepciones de carácter procesal invocadas por las demandadas- de falta legitimación activa de USO, así como la relativa a la falta de agotamiento de la vía previa, las cuales como se verá aparecen íntimamente ligadas a la modalidad procesal por la que debe encauzarse la pretensión de la parte.

Se sostiene por la dirección letrada de la empresa que la demandante USO carece de implantación suficiente en el ámbito del conflicto colectivo que promueve, por cuanto que el fallo de la sentencia que se dicte no afecta solo al colectivo sujeto al proceso de MSCT promovido por la empresa- donde además USO, a su juicio, también carece de suficiente implantación, pues solo cuenta con 4 representantes en un Comité, afectado la medida- sino a todas a las Secciones de Pescadería, Charcutería y Carnicería de la empresa, que es a las que va aplicarse el Anexo I referido en el Acuerdo de MSCT suscrito el día 11-12-2017 entre la empresa y las secciones sindicales de CCOO, UGT y FETICO. Se considera por tal motivo, que la modalidad procesal para impugnar tal acuerdo, debe ser la de conflicto colectivo ordinario y no la especial de impugnación de MSCT, lo que hace que el ejercicio de la acción entablada esté sujeto al presupuesto procesal previsto en el art. 63 de la LRJS , al que no se ha acudido por la actora. Dicha argumentación ha sido reproducida por el resto de codemandadas.

Por la actora, USO, se contesta a la excepción aduciendo que se impugna un Acuerdo de MSCT, estando incorporado el Anexo I al mismo, por lo que la modalidad procesal escogida resulta adecuada para ventilar la pretensión, y que en el ámbito de la MSCT promovida por la empresa, sí tiene USO suficiente implantación por cuanto que tiene 4 representantes en el Comité de Asturias, que representa a la mayor parte de los trabajadores afectados por la medida, lo que hace que por mor de lo dispuesto en el art. 64 de la LRJS la acción entablada esté exenta del presupuesto procesal del agotamiento de la vía previa, se señala en todo caso, y que de entenderse que lo que se impugna es un acuerdo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa, la modalidad a seguir sería de la impugnación de conflictos colectivos, la cual igualmente, se encuentra dispensada del necesario agotamiento de la vía previa.

Con arriba se anunció, para decidir la suerte de las excepciones propuestas, resulta esencial determinar cuál es la modalidad procesal adecuada para la tramitación de la presente litis, para lo cual debemos tener en cuenta lo siguiente:

1. en primer lugar, debemos referir, el contenido del petitum contenido en el suplico de la demanda, en el que solicita se dicte sentencia en la que:

"1. El derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a devengar el "Incentivo Secciones" durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión de maternidad, riesgo de durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimiladas, así como cualquier permiso retribuido reconocido en el Estatuto de los Trabajadores o en Convenio Colectivo aplicable.

2. En consecuencia, se declare la nulidad de la cláusula cuarta del Acuerdo impugnado, en los siguientes puntos:

- "Durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada"

- "Durante las ausencias de puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador" por vulnerar la legalidad vigente como el principio constitucional de igualdad.

3. La nulidad de la clasificación de dependiente y especialista del "Acuerdo de 11 de diciembre de 2017" por vulnerar el Principio de Igualdad del Artículo 14 de la Constitución Española .";

2. en segundo lugar, hemos de tomar en consideración los siguientes datos que obran en relato de HHPP de la presente resolución:

a. con anterioridad a la acuerdo que se impugna en la empresa coexistían, al menos dos colectivos dentro de las Secciones de Charcutería, Carnicería y Pescadería, respecto de la retribución variable de incentivos: en primer lugar, aquellos trabajadores que no tenía reconocido sistema de retribución variable por incentivos, y, en segundo lugar, aquellos otros que venían percibiendo el denominado Concepto 6PO Prima por objetivos, en virtud de acuerdos individuales suscritos por los trabajadores y la empresa;

b. siendo intención de la empresa fijar un sistema de retribución variable común a todas las Secciones de Charcutería, Pescadería y Carnicería, promueve para implantar el mismo un procedimiento de MSCT que es suscrito en su totalidad por una Comisión negociadora en la que la representación social se atribuye a las

Secciones sindicales de la empresa, en función de su representatividad en función del número de representantes unitarios que ostentan en los centros afectados por tal MSCT, acuerdo que como consta en el hecho probado cuarto se estructura de la forma siguiente:

- i. el acuerdo de MSCT, que se remite a unos anexos I y II;
  - ii. el anexo I que es en el que se fija el nuevo sistema de retribución variable el cual será de aplicación no solo al personal afectado por la MSCT, sino también a aquellos trabajadores de la empresa que no tenían reconocida retribución variable por incentivos;
  - iii. el anexo II que es el que fija las cantidades mensuales a percibir por los especialistas y por los dependientes en función de los resultados de sus secciones y la adscripción de todos y cada uno de los trabajadores de la empresa afectados por el nuevo sistema, tanto los afectados por la MSCT como los que no, y se adjunta relación individualizada del personal afectado por la MSCT y su clasificación como dependiente o especialista a efectos del nuevo sistema;
- c. durante el periodo de consultas es objeto de debate y negociación el nuevo sistema de retribución, así como las garantías que se fijan para el colectivo.

De lo expuesto, cabe concluir que:

1. que habiendo sido objeto de debate, negociación, y posterior acuerdo en el seno de la Comisión negociadora del proceso de MSCT promovido por la empresa al amparo del art. 41.4 del E.T , tanto el Acuerdo principal, como sus anexos, tanto unos como otros son susceptibles de ser impugnados como tal MSCT, lo que de conformidad con el art. 64.1 de la LRJS , hace que la impugnación de los mismos no se encuentre sujeta al intento de conciliación, operando tal precepto como norma especial respecto del art. 156 de la LRJS - en este sentido, la STS de 16/12/2014 (recurso 263/2013 ) , ha señalado que:" esta Sala de casación en STS/IV 9-diciembre-2013 (rco 85/2013 ) ha interpretado que la posible contradicción entre los y 156.1 LRJS ( debe resolverse en el sentido de que " aun cuando es cierto que con carácter general el artículo 156.1 LRJS dispone como requisito necesario para la tramitación del proceso de conflicto colectivo el intento de conciliación o de mediación en los términos previstos en el artículo 63..., sin embargo en estas reclamaciones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo entra en juego la regla especial citada, la del artículo 64 LRJS que excluye ese requisito de conciliación previa ", argumentándose que " si bien es cierto que el artículo 63 LRJS establece una regla general como requisito previo al proceso de exigir la conciliación previa, sin embargo en el artículo siguiente, el 64.1 LRJS con absoluta claridad se establecen una serie de excepciones a esa exigencia preprocesal, entre las que se encuentra la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, trámite que, por otra parte, parecería redundante en una materia en la que la impugnación en vía judicial la de la decisión del empresario se ha de llevar a cabo después de agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Además... en las reclamaciones referidas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la idea de celeridad impulsa evidentemente la ordenación procesal que se hace del cauce para impugnarla en un breve plazo de tiempo, lo que además redundaría en beneficio de la seguridad jurídica, razones de la regulación del proceso y de la decisión que adoptó la sentencia recurrida que excluyen cualquier planteamiento de vulneración del artículo 24 CE "; en el mismo sentido se pronuncia la STS/IV 16-septiembre-2014 (rco 251/2013 )."

2. en segundo lugar, que habiendo sido los acuerdos, el fruto de una MSCT, la legitimación activa para la impugnación del mismo, debe determinarse con arreglo al ámbito de afectación de dicho proceso de MSCT;

3. que habiendo ratificado la actora su decisión de promover acción de impugnación de MSCT, la Sala debe apreciar de oficio la excepción de acumulación indebida de acciones respecto del punto 1 del suplico de la demanda, por ser una pretensión propia de conflicto colectivo ordinario y no de impugnación de MSCT, ya que no versa sobre la nulidad o injustificación de la MSCT operada, pretensión a la que no cabe acumular ninguna otra de conformidad con el art. 26.1 de la LRJS

Descartada la concurrencia de la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, debemos examinar la legitimación de la activa de la actora para efectuar tal impugnación. Al respecto cabe referir que la legitimación activa de la organización sindical para promover un conflicto colectivo ha sido objeto de estudio por esta Sala en la SAN 12-1-2018- proc. 310/2017 - que al respecto razona:

"El art. 154.a LRJS dispone que estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos, los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.

El art. 17.2 LRJS precisa que los sindicatos con 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; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

Consiguientemente, son requisitos constitutivos, para la legitimación del sindicato en los procesos de conflicto colectivo, que el ámbito del sindicato se igual o más amplio que el del conflicto y que acredite implantación suficiente en dicho ámbito.- Dichos requisitos conforman el necesario "principio de correspondencia".

El principio de correspondencia ha sido estudiado por la jurisprudencia, por todas STS 14-10-2015 , rec. 336714, donde se sostuvo lo siguiente: El referido " principio de correspondencia " , se ha formulado, entre otras, en la STS/IV 2-julio-2012 (rco 2086/2011 ) , estableciendo que La jurisprudencia social ha venido interpretando de forma uniforme y reiterada los preceptos citados sobre la legitimación activa para promover procesos sobre conflictos colectivos, configurando el denominado "principio de correspondencia " , -- mediante el que destaca la finalidad legal de que, en especial cuando se insta el conflicto en representación de los trabajadores, la representación que se exige en el proceso es la que corresponde a los trabajadores afectados por el mismo por lo que se rechaza que el pronunciamiento judicial alcance a trabajadores no representados por el sujeto actuante y que el ámbito del conflicto se fraccione o quede reducido por la sola voluntad del órgano que lo promueve -- y que La normativa procesal social en que se fundamentaba la citada jurisprudencia de esta Sala sobre la legitimación activa en la modalidad procesal de conflictos colectivos y el principio de correspondencia se reitera y complementa en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10-octubre (EDL 2011/222121) - LRJS) (EDL 2011/222121), en cuyos artículos 154.a y b coinciden con lo dispuesto en los ahora derogados art. 152.b ) y 153 LPL pero además, el referido principio se reitera en los dos nuevos supuestos de legitimación activa que adiciona el citado art. 154 LRJS y se proclama, con carácter general, en el art. 17.2 LRJS igualmente en materia de distribución competencial en instancia para el conocimiento de los litigios tramitados a través de esta modalidad procesal de conflicto colectivo entre los Juzgados de lo Social o las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, se mantienen los mismos principios en los actuales arts. 8.1 , art. 10.2.h ) y 11.1.a) LRJS .

La jurisprudencia, por todas STS 21-07-2016, rec. 134/15 , que confirma SAN 2-01-2015, proced. 276/14 , ha establecido, como requisito sine qua non, para la legitimación del sindicato en la promoción de procesos colectivos, que acredite implantación suficiente en el ámbito del conflicto: Procede en primer lugar el examen del de SCAT, en cuanto se plantea en su primer motivo la cuestión de su propia legitimación, que la sentencia impugnada examina en primer lugar y a la que da respuesta negativa al acoger la excepción correspondiente en su parte dispositiva, lo que lógicamente condiciona el resto de dicho recurso (su segundo y último motivo), debiéndose confirmar lo resuelto por los mismos argumentos que se dan en el tercer fundamento de derecho de la referida resolución, que sobre el particular, y entre otras cosas, dice que "en este caso la prueba practicada por el sindicato SCAT no llega a acreditar su implantación en el ámbito del conflicto y ello tomando en consideración única y exclusivamente el ámbito del concurso de traslados de la antigua FEVE, por ser éste el ámbito del presente conflicto, y no el conjunto de la entidad ADIF en el que se integró. Los documentos obrantes en el descriptor 51 de los autos acreditan la existencia, al menos en la fecha a la que se refieren los mismos (1999 y 2008), de una sección sindical en la empresa FEVE, aparte de otras actividades generales del sindicato, pero ni queda acreditado que dicho sindicato tenga representación en los órganos unitarios de la empresa y cuál sea ésta, ni tampoco su nivel de afiliación, por lo que no está acreditada la necesaria implantación de SCAT en el ámbito del conflicto, cuya carga probatoria correspondía a este sindicato". A ello no da más respuesta el sindicato recurrente que tales exigencias no rigen cuando se trata de una cuestión de legalidad, como ocurre con el concurso de traslado cuya validez se impugna, por lo que, en tal caso, no es necesario, al actuar en defensa de los intereses de los trabajadores, que represente a todos los afectados por el conflicto, correspondiendo, según entiende, a cualquier sujeto colectivo que actúe en la esfera jurídico laboral -dado el carácter colectivo de la acción ejercida- y tenga interés legítimo en tal impugnación, "y ello aunque su nivel de representatividad no se extienda a todo el ámbito funcional o territorial del concurso de traslado impugnado". No niega, pues, dicha parte que carece de representatividad suficiente, ni señala que tal razonamiento lo haya dado ya en la instancia para oponerse a la

excepción referida dando ocasión entonces a su examen por la Sala que nada dice sobre ese concreto particular argumental, ni el recurrente, en fin, apoya su tesis en norma ni jurisprudencia alguna fuera del art 155 de la LRJS que dice vulnerado, señalando éste, como puntualización a la regla general en la materia establecida en el art precedente (154), que es la contenida en su apartado a) relativa a los sindicatos cuyo ámbito de actuación sea igual o superior que el del conflicto, que " En todo caso , los sindicatos representativos, de conformidad con los artículos art. 6 ) y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical , las asociaciones empresariales representativas en los términos del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.". De la dicción literal del precepto se infiere, que, "en todo caso", es decir, que como precisión al anterior y siempre sobre la base de la regla contenida en el mismo según se reitera in fine , para poder personarse como parte en el proceso se ha de tratar de un "sindicato representativo", entendiéndose por tal el que cumpla los requisitos de los artículos que se mencionan de la LOLS , sin distinción de casos ni materias, siendo, pues, estos dos preceptos los que marcan la pauta al respecto, sin que se haya alegado ni se acredite que el recurrente puede incardinarse en alguno de los contenidos de los mismos. Por otro lado, en fin, y como resulta de la jurisprudencia que la sentencia recurrida cita expresamente en ese mismo fundamento tercero, el hecho de que haya de considerarse legitimados a los sindicatos para accionar en los procesos en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores no exime del requisito de la implantación suficiente en el ámbito del conflicto. Consecuentemente con cuanto antecede y como propone el Mº Fiscal, el motivo no puede acogerse, lo que no permite ya el examen del segundo y último, imponiendo ello la desestimación de este recurso.

Esos criterios han sido seguidos por la Sala en múltiples sentencias, entre otras SAN 17-05-2016 , proced. 374/2015 ; SAN 19-01-2017 ( , proced. 297/2016 y SAN 18- 05- 2017, proced. 6/17 .- También STS 9-05-2017, rec. 85/16 , confirma SAN 16-09-2015 )."

Partiendo de tales parámetros doctrinales, y circunscribiendo, como se ha dicho el ámbito del presente conflicto al de los centros afectados por la MSCT operada, debemos rechazar la excepción por las siguientes razones:

1. es notorio que la USO es una organización sindical de ámbito de nacional, lo que implica que su ámbito de actuación resulta más amplio que el de la MSCT impugnada, cuya afectación queda circunscrita a determinados centros de trabajo de la empresa demandada;

2. en lo tocante a la implantación de dicha organización en el ámbito del conflicto hemos de tomar en consideración los siguientes datos:

a. USO no contaba con representación unitaria suficiente para formar parte de la Comisión negociadora pues únicamente acreditaba 4 representantes en el Comité de Empresa de Asturias formado por un total de 23 miembros, existiendo un total de 139 representantes unitarios en los centros de trabajo con personal afectado por la MSCT;

b. de los 313 trabajadores afectados por la MSCT 249 están representados por el Comité de Empresa de Asturias;

Y de tales datos, se infiere, con independencia del número de afiliados que acredite USO que dicha organización tiene implantación suficiente en el ámbito del conflicto pues cuenta con el 17, 39 por ciento de los representantes en el Comité que representa a más del 76 por ciento de los trabajadores afectados por la medida impugnada.

Por ello, y recapitulando, se apreciará de oficio la excepción de acumulación indebida de acciones, y se rechazarán las excepciones invocadas por los demandados de falta de agotamiento de la vía previa a la judicial, y de falta de legitimación activa.

#### **Cuarto.**

Habiéndose depurado procesalmente las peticiones de la actora, procede examinar la primera de las peticiones ejercitadas aquella en la que se interesa la nulidad de los siguientes párrafos del punto cuarto del

acuerdo que consta como Anexo I al Acuerdo de MSCT, en concreto, referidos a las situaciones en que no se devengará el incentivo:

- "Durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada"
- "Durante las ausencias de puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador".

Se sostiene por la letrada de USO que tales untos del acuerdo vulneran:

- a. el derecho a la salud de los trabajadores, pues se condiciona el uso de la baja laboral, desincentivando tal derecho al no devengarse el mismo durante las situaciones de IT;
- b. El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo ( art . 14 CE , 17 ET y normas concordantes), en lo referente al no devengo durante los periodos de maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada;
- c. el art. 37 E.T en cuanto que señala que los permisos deben ser retribuidos.

Para resolver la cuestión que se plantea consideramos que debemos distinguir dos situaciones diferenciadas, aquellas en las que la ausencia se debe a una causa de suspensión del contrato de trabajo, comprendidas como tales en el art. 45 E.T , y aquellas otras en las que la ausencia al trabajo tiene su fundamento en el art. 37 sin que la misma afecte a la vigencia del vínculo contractual entre las partes.

a. En lo que se refiere a las primeras ("Incapacidad temporal de los trabajadores; maternidad, paternidad...; riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses"), previstas como causa de suspensión del contrato de trabajo en los apartados c ), d ) y e) del referido art. 45 E.T , el no devengo del incentivo por el periodo de tiempo en que concurren dichas situaciones resulta perfectamente ajustado a derecho con arreglo a lo dispuesto en el art. 45.2 E.T que dispone que : "La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo", luego sino hay efectiva prestación de servicios, durante dicho periodo no existe el derecho a al percibo de retribución alguna durante los mismos. Por ello, la legislación en materia de seguridad social, contempla en el art. 42.1 c) del vigente TRLGSS aprobado por R. D. Legislativo 8/2015 de 30-10, dichas causas de suspensión del contrato de trabajo como situaciones protegidas que generan una prestación económica del sistema que compensa la pérdida de rentas derivadas del trabajo ocasionadas por la concurrencia de tal causa de suspensión del contrato.< /p>

Igualmente, y en lo que se refiere a las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, el no devengo del incentivo durante las mismas no supone una discriminación por razón de sexo, proscrita por los arts. 14 CE , 17 E.T y 8 de la LO 3/2007 de la ley 3/2.007 de igualdad entre mujeres y hombres, puesto que no se acredita trato desfavorable por razón del embarazo o maternidad, ya que como ha explicado la empresa en el acto de la vista, dicho trato de desfavorable se enerva por la dinámica conjunta del devengo y percepción del objetivo y de las prestaciones de seguridad social, ya que las prestaciones económicas de seguridad social correspondiente a dichas situaciones se calculan sobre el 100 por 100 de la base reguladora tenida en cuenta para la prestación de IT- arts. 179.1 , 185.1 , 187.3 y 189 de la LGSS , esto es de la base de cotización en ese momento que tenga cada trabajador, lo que incluirá tanto el salario base como los complementos salariales, de conformidad con el art. 147.1 de la LGSS .

Por ello no procede declarar la nulidad del primero de los párrafos impugnados.

b. En lo que concierne a los permisos retribuidos del art. 37.3 del E.T que habilita al trabajador previo aviso y justificación, para ausentarse del trabajo sin pérdida del derecho al salario, así como en la acumulación de horas por lactancia por días completos ( art. 37.4, párrafo 2º del E.T ) la situación es distinta.

Con relación a los primeros, debe traerse a colación la doctrina que sostuvo esta Sala en la SAN de 8-6-2016- proc. 131/2016 -, con relación al plan de incentivos de la empresa EMERGIA CONTACT CENTER, donde razonábamos lo siguiente: "debemos aclarar, a continuación, si la empresa puede implantar un sistema de incentivos, cuyo disfrute comporta neutralizar el derecho al disfrute pleno de los permisos retribuidos, reconocidos como tales en la ley y en el convenio colectivo, a lo que vamos a adelantar una respuesta absolutamente negativa.- Nuestra respuesta es claramente negativa, porque el art. 37.3 ET y el art. 28 del convenio dejan

perfectamente claro que el disfrute de esos permisos es retribuido, tratándose de un derecho subjetivo pleno de los trabajadores, sin que ninguna de dichas normas excluya concepto retributivo alguno.- Por consiguiente, si el plan de incentivos controvertido es un concepto salarial, cuya naturaleza jurídica corresponde a los complementos salariales propios del trabajo realizado, regulados en el art. 26.3 ET , no hay razón alguna para restringir o penalizar el disfrute de los permisos controvertidos y constituye ciertamente un abuso de derecho negar el incentivo a quienes utilizan permisos retribuidos reconocidos legal y convencionalmente, puesto que no cabe que la empresa promueva un complemento salarial, condicionándolo a la no utilización de derechos reconocidos legítimamente en el art. 37.3 ET ".

A ello debemos añadir ,en nuestro caso , que no resulta legítimo penalizar ni directa ni indirectamente el ejercicio por parte de los trabajadores de derechos que se encuentren vinculados a las situaciones de embarazo, parto o lactancia ( art. 8 de la LOLS ), o al cumplimiento de deberes parentales o al ejercicio de derechos de conciliación de la vida profesional con la personal y laboral- en este sentido cabe referir la doctrina contenida en la STS de 10-1-2017 - rec 283/2015 - que indica que "la consecución de la igualdad efectiva, tal y como persigue la LOIMH y se plasmaba ya en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, pasa, no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica"- pues el derecho a la ausencia retribuida en estos casos, tanto sea ejercitado por varones como por mujeres, se configura como una medida para garantizar el principio de igualdad de trato antes referido..-, como son los permisos contemplados en los apartados b ) y f) del art. 37.3 E.T , o los que mejorando los mismos puedan establecerse en Convenios colectivos, u otros instrumentos normativos como son los Planes de Igualdad, pues supondría una vulneración del art. 14 CE en cuanto que suponen un entorpecimiento del ejercicio de derechos expresamente reconocidos para garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

< /o:p>

En relación a la acumulación de horas por lactancia superiores a un día, debe referirse la doctrina contenida en la STS de 9-12-2009 - rec.8/2008 -, que considera que durante las ausencias de los trabajadores por lactancia del art. 37.4 E.T debe garantizarse la retribución íntegra, incluyendo en la misma los conceptos variables por objetivos, razonando al respecto que " La naturaleza y finalidad de las aludidas ausencias o reducción de jornada han de interpretarse a la luz de la Ley 39/1999 de 5 de Noviembre), de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, avanzando en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, permitiendo que ambos puedan acogerse a este beneficio, lo que redundará, en definitiva, en pro de la protección del interés de los menores. Por ello, como acertadamente razona la resolución recurrida, " es preciso entender que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley ". Por ello, el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica."

Por ello procede declarar la nulidad del segundo de los párrafos del apartado 4 del pacto, sin que tal nulidad afecte a la totalidad del mismo en virtud del principio de conservación del negocio.

#### **Quinto.**

En el último de los puntos del suplico de la demanda se solicita la nulidad del anexo II del acuerdo de MSCT por cuanto que se afirma que se establece una doble escala salarial injustificada, ya que la distinción entre especialistas y dependientes, entre trabajadores que realizan idénticos cometidos, obedece a criterios arbitrarios, por lo que se vulnera el art. 14 de la CE .

Esta petición de la actora no puede ser acogida, desde el momento en que constan aportados a autos los criterios tenidos en cuenta por la empresa, para la clasificación a efectos del sistema único de retribución incentivo secciones, del que se da cuenta en el quinto de los hechos probados de esta resolución, de donde se infiere con claridad la mayor responsabilidad que entraña el ejercicio de los puestos de trabajo clasificados como de especialista, con relación a los dependiente, de ahí que nos encontremos ante colectivos homogéneos a la hora de comparar las retribuciones correspondientes a unos y otros.

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

## FALLAMOS

En la demanda de impugnación de MSCT interpuesta por USO frente a GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS, S.A., UNION GENERAL DE LOS TRABAJADORES, FEDERACION DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO, COMISIONES OBRERAS, siendo parte el Ministerio Fiscal, previa desestimación de las excepciones de falta de legitimación activa de USO y falta de agotamiento de la vía previa, con estimación de oficio de la acumulación indebida de acciones respecto de la contenida en el punto 1 del suplico de la demanda y con estimación parcial de la misma, declaramos la nulidad del punto cuarto del ANEXO I del acuerdo de MSCT suscrito en fecha 11-12-.2017 en cuanto que señala que: el Incentivo Secciones no se devengará:< /i>

"Durante las ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador."

Absolviendo a las demandadas del resto de pedimentos en la demanda.

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 0008 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0008 18, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.