

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 815/2019, de 3 de diciembre de 2019**Sala de lo Social**Rec. n.º 141/2018***SUMARIO:**

Grupo el Árbol Distribución y Supermercados, S.A. Remuneración de los permisos y licencias del artículo 37.3 y 4 del ET. *Acuerdo con la representación legal de los trabajadores en el que se establece que el incentivo secciones (vinculado a la efectiva prestación de servicios y a la productividad del empleado) no se devengará 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.* El hecho de que el artículo 37.3 del ET establezca que el trabajador podrá ausentarse con derecho a remuneración por alguno de los motivos que a continuación indica, no implica que deba mantenerse la misma retribución que hubiera percibido el trabajador de haber prestado servicios en los días de permiso, incluyendo la totalidad de complementos que percibe de ordinario, entre ellos, el de incentivos por producción. Así, se permite que la negociación colectiva sea la que delimite los conceptos retributivos que deben devengarse en los permisos y licencias reguladas en el precepto mencionado, y más cuando se trata de un incentivo de productividad indisolublemente ligado a la efectiva presencia en el puesto de trabajo. No obstante, esta posibilidad no es ilimitada, ya que encuentra una excepción en aquellos supuestos en los que la exclusión del complemento, en determinada clase de licencias y permisos, pudiera suponer una merma de la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres. Tal sucede en el caso de los permisos por accidente, enfermedad grave, hospitalización y asistencia durante el reposo domiciliario, en los que se produce un mayor impacto para las mujeres trabajadoras que mayoritariamente son las que se hacen cargo de la atención a los familiares en esas circunstancias, sobre un porcentaje menor de hombres; en el supuesto de ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, así como en el caso del permiso por lactancia del artículo 37.4 del ET. Sala General. **Voto particular.** La remuneración ha de percibirse en su integridad cuando quienes trabajan activan alguno de los permisos remunerados que la Ley contempla con tal carácter. No es necesario que estemos ante licencias vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales para que la ausencia al trabajo se compense en los mismos términos que cuando se desarrolla efectivamente. Sostener otra cosa distorsiona el sentido de la figura, desincentiva el ejercicio del derecho legalmente reconocido e introduce una dualidad extraña a la regulación unitaria que contempla el ET. [Vid. SAN, de 20 de marzo de 2018, núm. 48/2018 (NSJ059047), revocada en parte por esta sentencia].

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 37.3 y 4.

PONENTE:

Don Sebastián Moralo Gallego.

CASACION núm.: 141/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente
D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D. José Manuel López García de la Serrana
D^a. Rosa María Virolés Piñol
D^a. María Lourdes Arastey Sahún
D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Sebastián Moralo Gallego
D^a. María Luz García Paredes
D^a. Concepción Rosario Ureste García
D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 3 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos por el letrado D. Rafael Giménez-Arnau Pallarés, en nombre y representación de Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A., y por el letrado D. Bernardo García Rodríguez, en nombre y representación del sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018, aclarada por auto de 7 de mayo de 2018, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda 8/2018, sobre impugnación de Acuerdo Colectivo de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, seguida a instancia de Unión Sindical Obrera (USO) frente a Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A., así como a los firmantes del Acuerdo de MSCT de fecha 11 de diciembre de 2017: sindicato Comisiones Obreras (CCOO), sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) y el sindicato Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO).

Ha sido parte recurrida el sindicato Unión Sindical Obrera (USO), representado y defendido por la letrada D.^a María Eugenia Moreno Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El día 11 de enero de 2018, el sindicato USO presentó demanda, sobre impugnación de Acuerdo Colectivo de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia por 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".

Segundo.

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

Tercero.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- USO acredita un total de 4 representantes unitarios en el ámbito de la empresa "Grupo El ÁRBOL", 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.-.

2º.- 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 ÁRBOL 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.."

3º.- 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 6PO 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.

4º.- 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.

5º.- 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 DISTRIBUCIÓN, 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 consignara 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 facilitara 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 ÁRBOL, 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.-

6º.- 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-".

Cuarto.

Con fecha 20 de marzo de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "En la demanda de impugnación de MSCT interpuesta por USO frente a GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A., UNIÓN GENERAL DE LOS TRABAJADORES, FEDERACIÓN 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: "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".

La Sala, por auto de 7 de mayo de 2018, procedió a aclarar la precitada sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Aclárese la sentencia de fecha 20-3- 2018 con arreglo a la fundamentación jurídica de esta resolución sin que ello suponga modificación del Fallo de la misma".

Quinto.

1.- En el recurso de casación formalizado por Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A. se consignan los siguientes motivos:

Único.

Al amparo de la letra e) del artículo 207 de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver cuestiones objeto de debate, en concreto, del artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 3.1, c) y 5 del ET, el artículo 4.1, c) del ET y el 1.255 del Código Civil.

2.- En el recurso de casación formalizado por FESMC-UGT se consignan los siguientes motivos:

Único.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 208 LRJS, en su letra c) por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, en concreto el no haberse agotado el trámite preprocesal de mediación previsto en el art. 63

LRJS, en relación con lo dispuesto en los arts. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores y 138.7 LRJS, sobre la modalidad procesal de conflicto colectivo; o subsidiariamente al amparo de lo dispuesto en la letra e/ del art. 208 LRJS, por infracción de los mismos preceptos legales ya referidos.

3.- Ambos recursos han sido impugnados por USO.

Sexto.

Recibido el expediente judicial electrónico de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitidos los recursos de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de octubre de 2019. Por providencia de la misma fecha se acordó suspender el señalamiento anterior y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y la trascendencia del asunto, se acordó que la deliberación y fallo del mismo se hiciera por el Pleno de la Sala, señalándose el día 20 de noviembre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1.- La sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 20/3/2018, autos 8/2018, ha estimado en parte la demanda de conflicto colectivo formulada por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO), y tras rechazar las diferentes excepciones procesales invocadas por las codemandadas, declara la nulidad del punto cuarto del anexo I del acuerdo de MSCT suscrito en fecha 11-12-2017 entre la empresa y los sindicatos UGT, CCOO y FETICO.

Recurren en casación el sindicato UGT y la empresa.

Ambos recursos se sustentan en un único motivo.

El de la empresa cuestiona la decisión sobre el fondo del asunto, para sostener que el acuerdo es conforme a derecho en su totalidad, sin que las disposiciones anuladas por la Sala de instancia contravengan ninguna norma de derecho necesario de la que se derive su ilicitud.

El del sindicato UGT se limita a una cuestión de naturaleza procesal, para reiterar que debió de ser acogida la excepción de falta de agotamiento de la vía previa ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA).

2.- El planteamiento de uno y otro recurso nos obliga a resolver en primer lugar el del sindicato UGT, cuya eventual estimación impediría conocer del recurso de la empresa.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, no tanto por la falta de agotamiento de la vía previa, sino por entender que lo que en realidad está planteando es la inadecuación de procedimiento, para concluir que debería de haberse seguido el trámite del procedimiento de conflicto colectivo.

Segundo.

1.- El único motivo del recurso de UGT se articula al amparo de la letra c), o subsidiariamente la letra e), del art. 207 LRJS.

Denuncia infracción de los arts. 63 LRJS, en relación con el art. 41. 4 ET y 138.7 LRJS.

Sostiene que la impugnación del acuerdo alcanzado entre la empresa y los sindicatos durante el periodo de consultas de la MSCT debe plantearse por la modalidad de conflicto colectivo, y esto obligaba a la demandante al agotamiento de la vía previa ante el SIMA con anterioridad a la interposición de la demanda.

Razona a tal efecto, que la singular previsión contenida en el art. 64 LRJS, en cuanto excepciona del intento de conciliación y mediación a los procesos sobre MSCT, solo es aplicable en los supuestos en los que el periodo de consultas hubiere finalizado sin acuerdo, pero no cuando lo que se impugna es el contenido del acuerdo con el que concluye la negociación, que estaría sometido a la regla general del art. 63 LRJS a la que se

remite el art. 156. 1, y que exige acudir al intento de conciliación o mediación previa a la interposición de la demanda.

Con este argumento niega que sea de aplicación la doctrina contenida en las SSTS 9/12/2013, rec. 263/2013 y 16/9/2014, rec. 252/2013, a las que se acoge la sentencia de instancia.

2.- Debemos empezar por recordar la legislación vigente en esta materia.

Como dispone el art. 153.1 LRJS, se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, un convenio colectivo, o pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan los arts. 40.2; 41.1; 47 y 51.1 ET.

En materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, el art. 41.5 ET se remite al conflicto colectivo como procedimiento de impugnación de la decisión empresarial, sin perjuicio de la acción individual en su caso.

Tanto la sentencia de instancia, como las propias partes recurrentes, aceptan que la aplicación de tales preceptos lleva a considerar que el procedimiento de conflicto colectivo utilizado por los demandantes es la vía procesal adecuada para impugnar el acuerdo alcanzado entre los sindicatos y la empresa durante el periodo de consultas.

Lo que resulta conforme a lo postulado por el Ministerio Fiscal en su informe, pese a que luego parece negar extrañamente que se hubiere utilizado esa específica modalidad procesal.

La cuestión que suscita el recurso no es la de discutir la adecuación de tal procedimiento, sino la de determinar si en este caso era o no preceptivo el intento de conciliación o mediación previa a la interposición de la vía judicial.

3.- A tal efecto hay que estar a los que dispone el art. 156.1 LRJS, que a su vez se remite al art. 63, en el que efectivamente se impone como requisito general la obligación de acudir a la conciliación o mediación previa ante el servicio administrativo correspondiente.

Pero el art. 64 establece seguidamente distintas excepciones a esta regla, entre las que expresamente incluye los procesos relativos a la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En nuestras precitadas STS de 9/12/2013 y 16/9/2014, ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la aplicación de esa excepción a los procesos de conflicto colectivo en materia de MSCT de carácter colectivo.

Como en las mismas decimos: "Desde el punto de vista procesal, el cauce por el que han de discurrir las demandas que versen sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores habrá de ser el del proceso de conflicto colectivo, por exigirlo expresamente el artículo 153.1 de la LRJS, pero naturalmente con las especialidades que para esas acciones se desprende del cuerpo normativo conjunto que regula el ejercicio de tales pretensiones, o, lo que es lo mismo, con observancia de las especialidades que para el ejercicio de tales acciones se desprende de la Ley.

En ese sentido, 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 y 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, como se razona en la sentencia recurrida, 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.

Por esa razón, 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 antes citado, 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, como antes se ha visto. Por ello, si la conciliación previa no es

preceptiva, no hay suspensión posible del plazo de caducidad, que opera en sus propios términos y alcance temporal, a pesar de que se interpusiera tal demanda, como antes se dijo".

El sindicato recurrente no desconoce esta doctrina, pero sostiene que su aplicación estaría exclusivamente limitada a los supuestos en los que el objeto del conflicto colectivo es la decisión unilateral del empresario que aplica la MSCT de carácter colectivo, tras haber finalizado sin acuerdo el periodo de consultas.

Niega que ese mismo criterio pueda hacerse extensivo a los conflictos colectivos en los que se impugna el contenido del acuerdo con el que concluye la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Tercero.

1.- No podemos compartir el criterio de la recurrente, al no encontrar razones para aplicar de manera distinta lo dispuesto en el art. 64 LRJS, en función de que el periodo de consultas de la MSCT hubiere finalizado con o sin acuerdo, y el objeto del conflicto colectivo pueda ser, en uno u otro caso, la decisión unilateral de la empresa o el contenido del pacto alcanzado con los representantes de los trabajadores.

Ante todo, porque la ley no distingue entre una u otra situación cuando en el art. 64 LRJS exige de la conciliación o mediación previa los procesos "relativos" - y este es el término que utiliza el legislador-, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Donde la ley no distingue, no puede hacerlo el intérprete, y esta es la primera consideración que obliga a entender que en este tipo de asuntos no es exigible la conciliación o mediación previa.

A lo que debemos añadir los mismos razonamientos que ya expresamos en nuestras antedichas sentencias.

Esto es, que hay fundadas razones para que el legislador haya optado expresamente por excluir de la conciliación o mediación previa esta clase de conflictos, en los que ese trámite sería redundante por tratarse de una materia en la que la acción judicial no puede llevarse a cabo hasta que se haya agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Razonamiento que es sin duda aplicable, tanto cuando finaliza sin acuerdo como de haber concluido en un pacto, porque en ambos casos se ha tenido ya la oportunidad de exprimir las posibilidades de negociación entre las partes. Más si cabe, cuando quedaron definitivamente agotadas con la consecución del acuerdo.

A lo que se anuda, que en las reclamaciones en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo la idea de celeridad y seguridad jurídica subyace de forma muy relevante en la ordenación procesal prevista para su impugnación. Así es de ver en el breve plazo de veinte días para la caducidad de la acción que contempla con carácter general el art. 59.4 ET, y de igual forma el art. 138.1 LRJS, aún incluso cuando la empresa no hubiere seguido el procedimiento de negociación y consultas del art. 41 ET, lo que da idea de hasta qué punto ha querido el legislador agilizar los procesos judiciales de esta singular naturaleza.

Principios de celeridad y seguridad jurídica que resultan de aplicación, tanto en el caso de que la MSCT tenga su origen en una decisión unilateral de la empresa, como en el supuesto de que el periodo de consultas hubiere concluido con acuerdo.

Al mismo resultado conduce la sistemática e integradora interpretación del art. 64 LRJS, si reparamos en que este precepto establece el mismo tratamiento jurídico en los procesos de impugnación de MSCT y de despidos colectivos, en lo que se refiere a la exención del requisito de la conciliación y mediación previa.

Para el despido colectivo el art. 124 LRJS regula el específico procedimiento a seguir, sin contemplar ninguna distinción en lo relativo a la conciliación previa por el hecho de que el periodo de consultas hubiere concluido con o sin acuerdo.

Lo que abunda en que deba de aplicarse ese mismo criterio en toda esta clase de materias colectivas a las que se refiere el art. 64 LRJS, puesto que todas ellas se someten a similar regulación sustantiva y procesal.

2.- Es verdad que el art. 41.4 ET contiene una regla singular para el caso de que el periodo de consultas finalice con acuerdo, al disponer que se presumirá que concurren las causas justificativas de la MSCT y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

En esta relevante disposición reside sin duda la mayor diferencia jurídica entre los supuestos en los que el periodo de consultas acaba con acuerdo, y aquellos otros en los que se trata de una decisión unilateral del empresario.

Los términos de ese precepto legal podrían plantear el debate respecto al alcance, los límites y el contenido que pueda darse a la acción ejercitada en la demanda de conflicto colectivo que impugna ese acuerdo. Pero sobre ese aspecto no se ha suscitado en este caso ninguna cuestión por parte de las codemandadas, y queda por lo tanto sustraído de nuestro conocimiento.

Dicho eso, en lo que atañe estrictamente a la tramitación procesal del asunto, tampoco encontramos razones para que esta singular previsión incida en un aspecto del proceso tan concreto como el referido, exclusivamente, a la exención del requisito de la conciliación o mediación previa.

Y lo mismo cabe decir de lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS, al que se acoge el recurso en defensa de sus tesis, ya que este precepto únicamente contempla cual ha de ser el contenido del fallo de la sentencia que pone fin a esa clase de procedimientos, en función de que se hubieren acogido las pretensiones de una y otra parte sobre la justificación de la medida empresarial. En esa decisión podrá tener su incidencia aquella presunción del art. 41.4 ET, si el periodo de consultas concluyó con acuerdo, pero no incide en el trámite preprocesal de la conciliación o mediación previa para condicionar su exigencia o exención en razón de que hubiere o no acuerdo.

3.- Finalmente, y por dar respuesta a todas las cuestiones que suscita el Ministerio Fiscal en su razonado informe, no cabe alcanzar una distinta conclusión en analógica aplicación de la doctrina de la STS 2/2/2016, rec. 81/2015.

Esta sentencia se limita a aplicar lo dispuesto en el art. 156. 2 LRJS, en cuanto dispone que a lo pactado en conciliación o mediación previa en el proceso de conflicto colectivo se le debe atribuir la misma eficacia prevista para los convenios colectivos por el art. 82 ET. Partiendo de esa consideración concluye que entra en juego la regla del art. 41.6 ET, que impide modificar por el procedimiento del art. 41 ET las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos estatutarios, debiendo acudir para ello a lo previsto en el art. 82,3 ET. Eso conduce a declarar en aquel caso la nulidad de la modificación de condiciones de trabajo acordada por la empresa tras seguir el procedimiento del art. 41 ET, en cuanto suponía alterar el contenido de lo que lo que se había pactado con valor de convenio colectivo en una anterior conciliación judicial.

No es esta, ni parecida, la situación jurídica del caso de autos y no cabe la analógica aplicación de esa doctrina.

Aquí estamos ante la impugnación judicial de un acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas del art. 41 ET, lo que nada tiene que ver con las exigencias jurídicas exigibles para la modificación de un pacto cerrado en la conciliación o mediación previa a la interposición de la demanda de conflicto colectivo a que se refiere el art. 156.2 LRJS.

4.- Conforme a lo razonado, y oído el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso del sindicato UGT, para confirmar la sentencia de instancia en cuanto desestima la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, quedando de esta forma expedita la resolución del recurso de la empresa.

Cuarto.

1.- El único motivo del recurso de la empresa denuncia infracción del art. 26.3 ET, en relación con el art. 3.1 c) CC; arts. 5 y 4.1 c) ET, y 1255 CC, para sostener que no infringe la legalidad vigente lo pactado en el punto cuarto del ANEXO I del acuerdo de MSCT suscrito con la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas.

2.- Para su resolución es necesario exponer los siguientes antecedentes:

1º) La empresa notificó a la representación de los trabajadores la apertura de un periodo de consultas con la finalidad de implantar una MSCT, consistente en cambiar el sistema de retribución variable hasta entonces vigente para los trabajadores de las secciones de pescadería, carnicería y charcutería, de los supermercados de diferentes provincias.

2º) El periodo de consultas concluyó con el acuerdo firmado en los términos que recogen los hechos probados de la sentencia de instancia, que ya hemos reproducido en los antecedentes de esta resolución.

3º) Como Anexo I, bajo el título Sistema de retribución variable aplicable a todo el colectivo de trabajadores de las secciones de pescadería, carnicería y charcutería de grupo El Árbol, Distribución y

Supermercados, S.A., y dentro de las condiciones de devengo y abono del incentivo se establece lo siguiente: "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."

4º) El día 13 de marzo de 2018 se reunió la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, extendiéndose acta en la que se hace constar lo siguiente: a) "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"; b) "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"; c) Expresamente se dice que en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo con derecho a una prestación económica de Seguridad Social equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, no se devenga el incentivo porque esa prestación garantiza la íntegra retribución del trabajador."

3.- De las diferentes pretensiones ejercitadas en la demanda, la sentencia acoge exclusivamente la referida al último párrafo de aquel Anexo I que acabamos de transcribir, y declara la nulidad de su punto cuarto, en el que se dispone que el incentivo de Secciones no se devengará: "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".

Considera que es contrario a derecho, en cuanto de su contenido se desprende que no se percibe el incentivo de productividad en las ausencias que traigan causa de los permisos y licencias contemplados en el art. 37. 3 y 4 ET, con excepción de las horas sindicales.

Razona en tal sentido, que el disfrute de tales permisos es retribuido y la norma que los regula no excluye el pago de concepto alguno, por lo que la negociación colectiva no puede limitar su utilización mediante la restricción que supone la exclusión del devengo de determinados conceptos salariales, que supondría una penalización excesiva y desproporcionada del derecho a utilizarlos, puesto que 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 y supondría una vulneración del art. 14 CE, al entorpecer el ejercicio de derechos expresamente reconocidos para garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

Al no haber recurrido en casación el sindicato demandante han ganado firmeza los demás pronunciamientos de la sentencia, lo que sustrae de nuestro conocimiento los restantes apartados de aquel Anexo I.

Queda de esta forma limitado el objeto de la casación, a la exclusiva cuestión de determinar si debe deducirse el incentivo de producción de la retribución a percibir por los trabajadores cuando disfrutaran de los permisos y licencias contemplados en el art. 37.3 y 4 ET, a salvo del uso de horas sindicales que ya se acepta en el propio pacto.

Quinto.

1.- Para analizar el ajuste a la legalidad del pacto en litigio, lo primero que debemos destacar es la enorme generalidad con la que está redactado dicho apartado, que se refiere, sin mayores precisiones, a las ausencias del puesto de trabajo, "cualquiera que sea su causa", de lo que únicamente excluye las vacaciones, horas sindicales y permisos inferiores a un día.

Tan amplio e indiscriminado alcance nos obliga a hacer una labor interpretativa del acuerdo para fijar los límites en los que pudiere colisionar con materias de derecho necesario, ya que tan extensa previsión puede sin

duda afectar al ejercicio de derechos fundamentales, destacadamente al de igualdad y no discriminación por razón de sexo, en la medida en que se entienda que cualquier ausencia superior a una jornada completa de trabajo supone la pérdida del incentivo, aunque el motivo de la misma pueda vincularse a razones de género y resulte directa o indirectamente discriminatorio para las mujeres trabajadoras.

2.- La expresión "ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa", no puede tener un alcance tan amplio como para excluir del sistema de incentivos a las trabajadoras y trabajadores que se encuentren en situaciones especialmente protegidas vinculadas al ejercicio de cualquier derecho fundamental.

Baste recordar la consolidada doctrina de esta Sala IV y del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, para constatar que no puede admitirse una exclusión de esta naturaleza que pudiere resultar discriminatoria si supone privar de esta clase de complemento de productividad a la trabajadora que disfruta del derecho de ausentarse del trabajo por causas vinculadas a la maternidad o a cualquier otra característica biológica.

Como recordamos en la STS 10/1/2017, rcud. 283/2015, : "La igualdad entre mujeres y hombres y el derecho a la no discriminación por razón de sexo que se plasma en el art. 14 de nuestra Constitución, tiene desarrollo específico en la citada LOIMH y, en relación al contrato de trabajo, está asimismo consagrada en el art. 17.1 del Estatuto de los trabajadores (ET), cuando señala que "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta ...por razón de sexo...".

En el mismo sentido, la STS 27/5/2015, rec. 103/2014, invoca la multitud de precedentes en los que hemos "recordado la especial protección que nuestra actual normativa legal establece por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) de todos los trabajadores/as que se acogen al derecho a las excedencias, suspensiones y permisos por motivos de embarazo, maternidad, guarda legal o situaciones conexas (arts. 37.4, 4 bis y 5, 45.1.d, 46.3 ET), destacando de la extrapolación de la doctrina constitucional sobre el despido de la mujer embarazada, entre otras afirmaciones que, "... b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales...".

Discriminación que no solo concurre cuando afecta directamente a una trabajadora, sino que también puede producirse cuando afecta a trabajadores varones, "por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres (así se plasma en el art. 16 de la Directiva 2006/54, que extiende la misma consecuencia establecida en el art. 15). Y es 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" (STS 10/1/2017, rcud. 283/2015, ya citada).

3.- No son necesarias mayores consideraciones para evidenciar que el contenido del acuerdo resultaría contrario a derecho, de entender que sus términos literales permiten excluir del sistema de incentivos cualquier ausencia de los trabajadores vinculadas a las situaciones en las que la propia ley reconoce el derecho a esa clase de permisos vinculados, directa o indirectamente, a la necesidad de alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Como dispone el art. 3 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: "El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".

Este es el parámetro sobre el que debe juzgarse la validez del acuerdo, tanto para valorar la concurrencia de una situación de discriminación directa, como para apreciar la eventual existencia de discriminación indirecta en los términos definidos en el art. 6.2 de la precitada LO 3/2007, es decir, aquella "situación en que una

disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados."

4.- Acogiéndose a ese mismo criterio, la sentencia de instancia ha declarado que el acuerdo es contrario a derecho porque su genérica redacción afecta a todos los permisos a los que se refiere el art. 37.3 y 4 ET, para concluir que en las ausencias del puesto de trabajo que traen causa de todas estas clases de permisos debe abonarse el incentivo de productividad en litigio.

Estos son los términos del debate en casación y a ellos hemos de ajustarnos, para decidir si la regulación dichos preceptos legales admite que en virtud de un acuerdo colectivo se prive al trabajador del derecho a percibir el incentivo de productividad durante el disfrute de los permisos retribuidos a que se refieren.

Recordemos la dicción literal de esas normas, en lo que ahora interesa.

El art. 37.3 ET dispone: 3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

- a) Quince días naturales en caso de matrimonio.
- b) Dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.
- c) Un día por traslado del domicilio habitual.
- d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.
 - Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el artículo 46.1.
 - En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.
- e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.
- f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo.

Y el art. 37.4 ET: "En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) , las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito.

Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses".

5.- Su simple lectura es suficiente para evidenciar que, desde la perspectiva jurídica de la discriminación entre mujeres y hombres, no cabe aplicar un tratamiento jurídico unitario para todos y cada uno de los distintos tipos de permisos que contempla.

La norma incluye toda una serie de permisos muy heterogéneos, de muy diferente naturaleza, que obedecen a causas y razones muy diversas, y que no siempre encierran un impacto sobre la efectividad del derecho a la igualdad y no discriminación.

Deberemos por lo tanto analizar uno a uno esas distintas clases de permisos, para decidir hasta qué punto pudiere resultar lesivo al citado principio de igualdad de mujeres y hombres una previsión convencional como la que es objeto del litigio.

Sexto.

1.- Si empezamos por el supuesto más sencillo, el permiso de lactancia del menor de nueve meses del art. 37.4 ET, estamos ante una modalidad de ausencia del puesto de trabajo vinculada al nacimiento de hijos, adopción, guarda o acogimiento.

El permiso puede ejercitarse bajo la modalidad de ausencias por tiempo inferior a la jornada diaria, en cuyo caso no comportará la pérdida del incentivo conforme se dispone en el propio pacto.

Pero también es posible que pudiere acumularse en jornadas completas, y aquí es donde la literalidad del acuerdo entra en colisión con aquel derecho fundamental en la medida que impide alcanzar la finalidad de efectiva igualdad de mujeres y hombres por la vía de penalizar el ejercicio de la corresponsabilidad parental como instrumento de consecución de dicho principio.

Así lo hemos dicho en STS 9/12/2009, rec. 8/2008, en un supuesto igualmente relativo a conceptos salariales variables y vinculados a objetivos, en el que concluimos que la naturaleza y finalidad de estas clases de 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".

2.- El problema más complejo reside sin duda en determinar la validez de ese pacto en relación con los permisos y licencias del art. 37.3 ET.

Lo que le precepto nos dice, es que en todos esos casos -previo aviso y justificación-, los trabajadores podrán asentarse de su puesto de trabajo "con derecho a remuneración".

Configurándose como permisos remunerados, se trata de determinar cuál haya de ser entonces el alcance y contenido de dicha remuneración, sobre lo que el precepto legal guarda silencio sin ofrecer ninguna concreta indicación.

En lo que caben dos distintas posibilidades: a) la de sostener que debe mantenerse exactamente la misma retribución que hubiere percibido el trabajador de haber prestado servicios en los días de permiso, incluyendo la totalidad de complementos que percibe de ordinario, entre ellos el de incentivos por producción; b) o admitir que la propia negociación colectiva que ha creado tales complementos salariales pueda modular y limitar los conceptos retributivos a percibir en los días de permiso.

La literalidad de la ley ("derecho a retribución" ciertamente indeterminada, frente a otras utilizadas en otros pasajes del ordenamiento derecho: al percibo de la totalidad de sus retribuciones, al salario...etc.) no permite deducir, sin más que se está refiriendo a la totalidad de las percepciones del trabajador y menos aún a un tipo de retribución salarial directamente vinculada al rendimiento del trabajador.

Con base en esa premisa, el punto de partida no puede ser otro que lo dispuesto en el art. 26 ET, que deja en manos de la negociación colectiva la configuración de la estructura salarial con la fijación de los complementos

salariales que se estimen oportunos, en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, del trabajo realizado y resultados de la empresa, "conforme a los criterios que a tal efecto se pacte".

3.- Como ya hemos tenido ocasión de precisar sobre esta misma cuestión en STS 6/3/2012, rec. 80/2011, en materia de "las licencias o permisos retribuidos, el art. 37 ET no establece regla alguna sobre el cálculo de su remuneración" ... "a falta de expresa norma legal, serán los términos del convenio colectivo los que determinen el cálculo de la remuneración correspondiente a los días de permiso o licencia", para concluir que "el convenio colectivo puede incidir en la remuneración de vacaciones y licencias y el análisis de conformidad del mismo respecto del mínimo indisponible que surge del mandato de la norma internacional exige que se incluyan los complementos salariales que constituye la contraprestación efectiva de la actividad laboral ordinaria".

Dejando a salvo el especial supuesto de la retribución de las vacaciones, debemos sujetarnos a la doctrina sentada en nuestra precitada sentencia para los permisos y licencias del art. 37.3 y 4 ET, que pasa por permitir que la negociación colectiva sea la que delimite los conceptos retributivos que deben devengarse en los permisos y licencias que regulan esos preceptos.

Más cuando se trata, como en el presente caso, de un incentivo de productividad indisolublemente ligado a la efectiva presencia en el puesto de trabajo, como así lo reconoce en este caso la propia Comisión de Seguimiento del Acuerdo, cuando advierte que la exclusión de su devengo durante las ausencias responde a la vinculación del incentivo con la efectiva prestación de servicios y a la productividad del empleado.

El acuerdo en litigio indica que los incentivos se abonan en las vacaciones, durante los permisos sindicales y cuando las ausencias son inferiores al día, comprendiendo así, con tal exclusión, los supuestos en los que su cobro puede estar plenamente garantizado. Ahora bien, en el resto de ausencias (que no se deben a suspensiones del contrato de trabajo) no existe norma alguna que obligue a configurar el complemento incentivo (perteneciente a los llamados tradicionalmente de calidad o cantidad en el trabajo) de una determinada forma, ni previsión legal alguna que obligue a seguir pagando el incentivo en ausencias distintas a los supuestos previstos como excluidos de la cláusula cuestionada.

Lo que nos lleva a admitir que la propia negociación colectiva que es origen del complemento salarial puede establecer las condiciones en las que se genera el derecho a su percepción.

4.- Pero como venimos apuntando, esa posibilidad no es ilimitada. Encuentra una excepción en aquellos supuestos en los que la exclusión del complemento, en determinadas clases de licencias y permisos, pudiera suponer una merma de la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres, como a continuación se dirá.

En esta situación, hemos de recordar que el órgano judicial debe llevar a cabo una interpretación de las normas a aplicar de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que bajo el título "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas", establece que "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Y en igual sentido, el art. 15 de la misma LO, dispone que "El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos".

Séptimo.

1.- Expuesto todo lo anterior estamos en condiciones de abordar la diferenciada solución que merece la cuestión litigiosa, respecto a cada una de las distintas clases de permisos que contempla el art. 37. 3 ET, conforme pasamos a analizar individualizadamente.

2.- El permiso de quince días naturales en caso de matrimonio al que se refiere la letra a) del precepto, es objetivamente neutro en términos de circunstancias de género, afecta por igual a hombre y mujeres, y no hay por lo tanto razón para considerar que la exclusión del complemento de incentivos por productividad durante tales ausencias pudiese generar ninguna clase de discriminación directa o indirecta de las mujeres respecto a los hombres.

3.- Distinto es el caso de los permisos contemplados en la letra b), por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Aquí sí que es de apreciar la concurrencia de circunstancias de género de las que se deriva una discriminación indirecta que debe ser corregida, en la medida en que las ausencias del puesto de trabajo en uso de este permiso tienen mayor impacto en el colectivo de mujeres.

No en el supuesto de que el permiso sea por fallecimiento de un pariente, en el que el impacto de género es neutro y no hay motivos para considerar la eventual concurrencia de una discriminación.

Pero sí en las demás situaciones a las que se extiende la norma: accidentes, enfermedad grave, hospitalización y asistencia durante el reposo domiciliario, en los que sin duda se produce un mayor impacto para las mujeres trabajadoras que mayoritariamente son las que se hacen cargo de la atención a los familiares en esas circunstancias, sobre un porcentaje menor de hombres.

Lo que no solo es manifiestamente notorio y conocido en la realidad social que nos envuelve, sino que resulta además patente en los resultados de las encuestas y estudios realizadas a tal efecto, como así lo evidencia la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015. España. 6ª EWCS, publicada por el Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo (INSHT) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en la que se concluye que el reparto de horas entre trabajo remunerado y no remunerado de hombres y mujeres, pone de manifiesto el desigual reparto de las tareas de cuidados, educación, trabajo doméstico, cuidado de personas dependientes, y las jornadas de trabajo totales más largas que realizan las mujeres. Según es de ver en la misma, el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias, mientras que el porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. Un 47,4% de mujeres trabajadoras y un 31,5% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos.

Ante la ausencia de estudios más específicos sobre el número de trabajadoras y de trabajadores que hacen uso de esta clase de permiso, para atender a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que precisan de su cuidado en ese tipo de situaciones, los datos de esa encuesta a partir de la realidad constatada de que es muy superior el porcentaje de mujeres que dedica mayor tiempo a la atención de esos parientes, lo que resulta suficiente para constatar que el criterio aparentemente neutro del acuerdo en litigio tiene mayor impacto en el colectivo femenino, al que coloca en situación de desventaja sobre el masculino en lo que se refiere al devengo del complemento salarial en litigio.

4.- El permiso por traslado del domicilio habitual de la letra c), debe considerarse igualmente neutro a estos efectos. No hay razón para considerar que tenga mayor impacto en las mujeres trabajadoras que en los hombres, por lo que esa admisible que en este supuesto se excluya el devengo del incentivo de productividad en la negociación colectiva.

5.- Otro tanto sucede en el supuesto de la letra d), el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, en el que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias de género que permitan afirmar la existencia de un mayor impacto para las mujeres trabajadoras.

6.- En las ausencias del puesto de trabajo que traen causa de la realización de funciones sindicales de la letra e), el propio pacto ya contempla el devengo del incentivo por productividad, lo que hace innecesaria cualquier otra consideración.

7.- Por último, en el caso de la letra f), las ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, nos encontramos ante una evidente situación de discriminación directa de las mujeres trabajadoras que no precisa de mayores razonamientos en atención a la finalidad de dicho permiso.

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, puesto que, sin duda, una eventual exclusión de este tipo de permisos provoca las consecuencias punitivas antes vista sobre la puesta en

acción sobre la deseable corresponsabilidad familiar, como mecanismo de consecución efectiva de la igualdad efectiva entre las personas de ambos sexos.

Dos son las razones que conducen a esta última consideración. La primera de ellas, que la pérdida del incentivo solo opera cuando la ausencia del puesto de trabajo abarque la totalidad de la jornada, lo que sin duda afectará en mayor medida al colectivo de trabajadores a tiempo parcial conformado en su mayoría por mujeres. Y la segunda, por las mismas razones que ya hemos expuesto para las situaciones de asistencia a familiares de los permisos de la letra b).

Motivos por los que no es admisible la pérdida del incentivo de productividad, cuando resulte necesario ausentarse durante toda la jornada de trabajo por cualquiera de estas causas.

Octavo.

Conforme a lo razonado, y oído el Ministerio Fiscal, el recurso de la empresa ha de ser parcialmente estimado, para revocar en parte la sentencia de instancia, limitando la declaración de nulidad del pacto en litigio a los supuestos de los permisos y licencias del art. 37.3 y 4 ET, en los que hemos apreciado la existencia de discriminación por razón de sexo en los términos expuestos anteriormente. Sin costas y con devolución del depósito constituido por la empresa para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por el sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018, aclarada por auto de 7 de mayo de 2018, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda 8/2018, sobre impugnación de Acuerdo Colectivo de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, seguida a instancia de Unión Sindical Obrera (USO) frente a Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A., así como a los firmantes del Acuerdo de MSCT de fecha 11 de diciembre de 2017: sindicato Comisiones Obreras (CCOO), sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) y el sindicato Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO), para confirmar en sus términos la resolución recurrida y declarar su firmeza.

2º) Estimar parcialmente el formulado por Grupo El Árbol Distribución y Supermercados, S.A., para revocar en parte dicha sentencia, y declarar la nulidad parcial de lo dispuesto en el punto cuarto del ANEXO I del acuerdo de MSCT suscrito en fecha 11-12-2017, en cuanto se trate de su aplicación a las situaciones de licencias y permisos retribuidos que contempla art. 37. 3 ET, en sus letras: b) - excepto el permiso por fallecimiento-; e) y f); así como el permiso de lactancia del art. 37. 4 ET.

3º) Sin costas y con devolución del depósito constituido por la empresa para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D. José Manuel López García de la Serrana D^a. Rosa María Virolés Piñol
D^a. María Lourdes Arastey Sahún D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Ángel Blasco Pellicer D. Sebastián Moralo Gallego
D^a. María Luz García Paredes D^a. Concepción Rosario Ureste García
D. Juan Molins García-Atance

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE con el fallo, que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO, al que se adhiere la MAGISTRADA EXCMA. SRA. D.ª ROSA MARÍA VIROLÉS Piñol, a la sentencia del Pleno dictada en el recurso de casación nº 141/2018.

De conformidad con lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo Voto Particular a la sentencia dictada en el recurso de casación número 141/2018 para explicitar algunos argumentos que sostuve en la deliberación, así como para separarme de ciertos pasajes de la resolución definitiva.

El presente Voto Particular acepta sin reserva los Antecedentes que alberga la sentencia del Pleno y las consideraciones desestimatorias del recurso interpuesto por la UGT. Sin embargo, como seguidamente expondré, con suma brevedad, considero que el recurso de Supermercados El Árbol debiera haber sido íntegramente desestimado y confirmada la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

1. El enfoque metodológico de la sentencia.

A) La sentencia de que discrepo es muy generosa con la tutela judicial de la entidad recurrente, en el sentido de que asume -en sus propias palabras- una verdadera "labor interpretativa del acuerdo" cuya validez se debate y entra a examinar, detalladamente, qué supuestos de los permisos remunerados contemplados en el artículo 37 ET pueden ser válidamente retribuidos según lo pactado.

Es decir, frente a un enfoque globalizador tanto del recurso (conforme al cual el acuerdo es válido en todos sus extremos) cuanto de la sentencia recurrida (el acuerdo no es válido porque reduce la remuneración de los permisos), la sentencia del Pleno no opta por enjuiciar su acierto o error, sino que se esfuerza por acomodar lo pactado con la legalidad. Frente a la tesis empresarial de que los negociadores pueden delinear libremente los contornos de los complementos retributivos, nuestra sentencia deja bien claro que los acuerdos colectivos están sujetos a limitaciones. Esto debiera haber abocado al fracaso del recurso y a la confirmación de lo resuelto por la Audiencia Nacional. En mi opinión, la sentencia de que disiento comporta que la SAN recurrida no vulnera los preceptos del Código Civil y del Estatuto de los Trabajadores que el motivo de casación identifica; y huelga advertir que estamos en el seno de un remedio procesal de corte extraordinario.

B) El Pleno de la Sala entiende que la autonomía colectiva puede diseñar libremente el régimen retributivo de los permisos establecidos por el legislador salvo que los mismos afecten a derechos fundamentales, muy particularmente a la no discriminación por razón de género.

Por descontado, comparto la preocupación por la salvaguarda de los derechos fundamentales y la necesidad de vigilar la existencia de discriminaciones en todo caso. Si acaso, me resulta extraño que el permiso por matrimonio sea considerado como "neutro" desde la perspectiva asumida, muy atenta a la conciliación de la vida familiar y laboral, por el hecho de que afecte igualmente a hombres y a mujeres. O que el traslado de domicilio también quede al margen de esa consideración promocional sin abrir la puerta a los casos en que pueda estar basado en causas dignas de tutela desde esa óptica.

De no asumirse la tesis de la sentencia de instancia, como así sucede, quizá hubiera sido más conveniente que esta Sala dejase abierta la posibilidad de que los diversos permisos estuvieran conectados con una libertad o derecho fundamental, como seguramente sucederá con el cumplimiento de algún deber público, dictando una sentencia de signo abierto.

C) Con el máximo respeto a la opinión del resto de la Sala, debo reiterar que no comparto la premisa doctrinal a partir de la cual edifica la sentencia, y que condiciona su expuesta metodología (reparar el elenco de permisos para determinar cuál de ellos comporta ejercicio de derechos fundamentales, en especial asociados a la no discriminación de género).

La afirmación de que la negociación colectiva puede delinear libremente la estructura y cuantía del salario resulta incontestable. Pero, una vez ejercida esa autonomía, el régimen retributivo se proyecta sobre las diversas instituciones (cotización a la Seguridad Social, tributación, cálculo de indemnizaciones, remuneración de vacaciones y permisos, etc.) dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico para cada una de ellas.

Por tanto, de la libertad para determinar cuándo se devenga un complemento de puesto de trabajo, de cantidad o calidad, no deriva la posibilidad de precisar si el mismo opera de uno u otro modo ante cada una de las referidas instituciones; al menos, digamos que esa libertad para disciplinar la dinámica del complemento en

cuestión debe ejercerse respetando las exigencias específicas del caso (Seguridad Social, impuestos, interrupciones contractuales, etc.). Una vez fijada libremente la estructura retributiva, es claro que la misma ha de someterse a las exigencias legales y que en cuanto las ignore habrá de reconducirse adecuadamente.

D) Problemas similares al ahora abordado vienen dividiendo a la doctrina judicial, mientras que la nuestra tampoco ha mantenido una línea clara sobre el particular. En este sentido, me resulta cuestionable la inspiración en el criterio que esta Sala sostenía años atrás sobre libertad negocial para fijar "la remuneración de vacaciones y licencias" (STS 6 marzo 2012, rec. 80/2011). Bien podría haberse entroncado con el criterio favorable a seguir percibiendo durante el permiso los típicos complementos de puesto de trabajo, como es el plus de montaña (STS de 20 de mayo de 1992, rec. 1634/1991) o, desde luego, con la nutrida doctrina actual sobre mantenimiento de la remuneración ordinaria durante las vacaciones.

2. La "retribución" de los permisos legalmente contemplados.

El "derecho a retribución" que el legislador anuda al disfrute de los permisos o licencias (art. 37.3 ET) es considerado como genérico por la sentencia de que discrepo. El evidente acierto de tal valoración, sin embargo, no me conduce a legitimar la libertad negocial para abonar o no el plus de referencia ("Complemento de Secciones") durante los permisos que obedezcan a móviles ajenos al ejercicio de derechos fundamentales. Son varias las razones de ello:

1ª) La hermenéutica clásica enseña que donde la norma no diferencia, tampoco debe hacerlo el intérprete. Si el artículo 26 ET delinea la estructura salarial y el artículo 37 de la misma norma alude a la retribución de modo indiferenciado, es evidente que toda ella queda incluida en la categoría.

2ª) La genericidad con que se expresa el precepto es más significativa de lo que parece; basta su contraste con el artículo 45.2 ET para evidenciarlo. La suspensión del contrato comporta que sus sujetos quedan exonerados de las obligaciones de prestar el trabajo y de remunerarlo, mientras que en el caso de las licencias solo desaparece uno de los dos deberes en cuestión.

3ª) Si la norma es inconcreta o dudosa, resulta poco comprensible que asumamos la interpretación menos favorable a quienes el Derecho del Trabajo desea compensar la situación de desigualdad estructural que les resulta inherente (art. 9.3 CE).

4ª) Establecer dos categorías de permisos remunerados no es que sea ajeno a su configuración normativa, sino que introduce una jerarquización innecesaria y ajena a su diseño. De este modo, por ejemplo, el supuesto que a la norma le merece mayor relevancia temporal (el matrimonio) queda relegado a la posición subalterna en materia retributiva.

5ª) La interpretación acogida por nuestra sentencia desentona con el perfil propio de una institución con tanta solera como la de las interrupciones no periódicas del contrato de trabajo. Esta idea merece contemplación específica.

3. Ontología de los permisos remunerados.

Bajo la tradicional denominación de "permisos" (utilizada, por ejemplo, en la rúbrica del artículo 37 ET) u otras similares ("licencias", "permisos retribuidos", "interrupciones no periódicas", etc.) se alude a una serie de supuestos en los que quien presta su actividad posee un verdadero derecho a ausentarse del trabajo sin pérdida alguna de retribución. A diferencia de lo que sucede en otras interrupciones ordinarias (vacaciones y descanso semanal), por virtud de estos permisos el trabajador deja de desarrollar una actividad a la que sí estaba obligado.

Por otro lado, así como en los supuestos de suspensión contractual se produce (en general) el cese "de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo" (art. 45.2 ET), en los permisos se mantiene la obligación retributiva y la derivada de cotizar a la Seguridad Social (art. 69.1.III del Reglamento General de Cotización a la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre). El empresario asume así un riesgo al que es ajeno (pues la interrupción trae su origen de eventos que imposibilitan o tornan gravoso para el trabajador el cumplimiento de su obligación de trabajar), quizá por la ocasionalidad, excepcionalidad o breve duración de la mayoría de circunstancias que dan derecho al disfrute del permiso.

Se trata de una vicisitud del contrato de trabajo, de duración acotada, durante la cual cesa temporalmente la obligación de desempeñar la actividad laboral pero no la de retribuir, configurándose como auténtico derecho y

procediendo sólo en los casos previstos por el ordenamiento. La finalidad del permiso no consiste en relevar del trabajo sino en permitir la atención a otras obligaciones, situaciones o necesidades.

El legislador pondera los intereses en presencia y acuerda dispensar de la obligación de trabajar porque entiende que existe otra prioridad, pero el desarrollo de la relación laboral no debe verse afectado en ninguna otra faceta. Es decir, habrá de abonarse el salario en los mismos términos que se hubiera hecho caso de haberse desarrollado de manera efectiva la prestación laboral en los términos que estuvieren previstos. Si el ejercicio del derecho (al disfrute del permiso) comporta minoración retributiva se produce cierto desincentivo o desaliento a quienes atraviesen por los supuestos legalmente tipificados como merecedores de la ausencia remunerada.

En suma: creo que son razones de pura legalidad las que abocan a que la remuneración debida mientras se disfruta uno de los permisos contemplados en el art. 37 ET deba ser la misma que si se hubiera desempeñado la actividad productiva. Con independencia de que estemos ante una concreta licencia que persiga la satisfacción de derechos o libertades constitucionales. Que la ausencia al trabajo posea una causa de esta índole no arrastra a uno u otro régimen retributivo (basta recordar la ausencia de compensación en los casos de huelga, o la percepción de subsidios en los casos de suspensión por nacimiento de hijo), sino que ello depende de la naturaleza que la novación contractual posea para la Ley.

4. Conclusión.

De cuanto antecede deriva mi conformidad con el criterio de la sentencia recurrida: la remuneración ha de percibirse en su integridad cuando quienes trabajan activan alguno de los permisos remunerados que la Ley contempla con tal carácter.

No es necesario que estemos ante licencias vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales para que la ausencia al trabajo se compense en los mismos términos que cuando se desarrolla efectivamente. Por razones distintas a las que anidan en el derecho a vacaciones, pero también en estos casos debe defenderse que subsiste el derecho a percibir las retribuciones que ordinariamente vienen devengando quienes disfrutan del permiso.

Creo que sostener otra cosa, aunque sea para avalar el acuerdo alcanzado en el seno de una negociación, distorsiona el sentido de la figura, desincentiva el ejercicio del derecho legalmente reconocido e introduce una dualidad extraña a la regulación unitaria que contempla el Estatuto de los Trabajadores.

Para dejar patentes estas razones, y su fracaso, he considerado conveniente formular este Voto Particular, sin que de ello deba derivarse cualquier tipo de consideración negativa a la sentencia del Pleno ni, mucho menos, a quienes la suscriben.

Madrid, 3 de diciembre de 2019

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.