



Roj: SAN 2174/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2174
Id Cendoj: 28079240012016100098
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 131/2016
Nº de Resolución: 102/2016
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: RICARDO BODAS MARTIN
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00102/2016

28079 24 4 2016 0000141

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaría de D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 102/2016

Fecha de Juicio: 07/06/2016

Fecha Sentencia: 08/06/2016

Fecha Auto Aclaración:

Núm. Procedimiento: 131/2016

Tipo de Procedimiento: DEMANDA

Procedim. Acumulados: 154/2016

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr.:D. RICARDO BODAS MARTÍN

Índice de Sentencias:

Contenido Sentencia:

Demandante: -CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO C.G.T.

Codemandante:

Demandado: -EMERGIA CONTACT CENTER SL

-FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO

-FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT

-GRUPO INDEPENDIENTE

Codemandado:

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia : Pretendiéndose que la práctica empresarial de penalizar el incentivo, si los trabajadores utilizan los permisos retribuidos y no retribuidos, reconocidos legal y convencionalmente, así como cuando sean sancionados, o se encuentren en situación de IT, se estima parcialmente la excepción de incompetencia funcional de la Sala, puesto que solo el plan de incentivos

VODAFONE afecta a centros de trabajo de más de una comunidad autónoma. - Se estima parcialmente la demanda y se declara contraria a derecho la práctica empresarial de penalizar los permisos retribuidos reconocidos legal y convencionalmente, porque no puede construirse un incentivo sobre la negación del ejercicio de derechos legítimos, así como a los trabajadores sancionados, porque constituye una multa de haber. - Se desestima, sin embargo, la reclamación de permisos no retribuidos, por cuanto no se retribuyen de ningún modo y no penalizan indirectamente a las mujeres, puesto que su ejercicio no superará normalmente el 5%, así como las bajas de IT, que siendo ausencias justificadas, es legítimo y razonable que el empresario primer su no utilización en porcentajes que se consideran razonables.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Núm. de Procedimiento: 131/16 y 154/16 (acumuladas)

Tipo de Procedimiento: DEMANDA DE CONFLICTO COLECTIVO

Índice de Sentencia:

Contenido Sentencia:

Demandante: -CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO C.G.T.

Codemandante:

Demandado: -EMERGIA CONTACT CENTER SL

-FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO

-FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT

-GRUPO INDEPENDIENTE

Ponente Ilmo. Sr.:

DON RICARDO BODAS MARTÍN.

SENTENCIA Nº: 102/2016

Ilmo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. Emilia Ruíz Jarabo Quemada

D. Ramón Gallo Llanos

Madrid, a ocho de junio de dos mil dieciséis.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº 131/16 y 154/16 (acumulados) seguido por demanda de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO C.G.T. (letrado D. José M^a Trillo) contra EMERGIA CONTACT CENTER SL (graduado social D. Jesús Navas Muñoz), FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) (letrado D. Roberto Manzano), no comparece estando citado en Legal forma GRUPO INDEPENDIENTE ni FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO-SERVICIOS) contra sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 03-05-2016 y 18-05-2016 se presentaron demandas por FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCO-SERVICIOS) y CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO C.G.T. contra EMERGIA CONTACT CENTER SL, FEDERACIÓN DE SERVICIOS

DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), GRUPO INDEPENDIENTE y FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO-SERVICIOS) sobre conflicto colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 07-06-2016 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es de prueba

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia con CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto . - En la demanda, promovida por CCOO, a la que se acumuló la demanda de CGT, se alcanzó acuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido.

Quinto . - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, mediante la cual pretende dictemos sentencia, en la que declaremos:

- Que se reconozca el derecho de la RLT a ser debidamente informados sobre los planes de incentivos en la empresa, a los efectos de emitir informe conforme a lo señalado en el art. 64.5 ET .

- Que se declare contraria a derecho la práctica empresarial de sancionar respecto a la retribución variable las ausencias del puesto de trabajo derivadas por el ejercicio de permisos retribuidos, declarando el derecho de los trabajadores de la empresa demandada que dichos período de permisos retribuidos, legalmente reconocidos, no les sea computado como ausencias, a los efectos de minorar la remuneración variable respecto a los objetivos cumplidos.

- Que se declare contraria a derecho que las situaciones de IT que les son legal o convencionalmente reconocidas o permisos justificados no retribuidos, puedan conllevar la pérdida del incentivo.

- Igualmente, que se declare el derecho de dichos trabajadores a que les sean abonadas, en su caso, las diferencias retributivas que, en perjuicio de las mismas, hubiera podido ocasionar la decisión de computar como ausencias o permisos retribuidos, el periodo citado.

Destacó, a estos efectos, que los incentivos controvertidos están regulados en el art. 26.3 ET , tratándose, por consiguiente, de retribuciones salariales, cuyo devengo se penaliza por la empresa, puesto que excluye la mayor parte de los permisos retribuidos contemplados en el art. 37.3 ET , así como en el art. 29 del convenio colectivo aplicable, que se vulneraban frontalmente.

Defendió, a mayor abundamiento, que incluir, entre los absentismos penalizados, a los permisos retribuidos, así como las situaciones de IT, vulnera el derecho a la salud de los trabajadores y provoca, además, una discriminación indirecta, al ser notorio que son las mujeres quienes utilizar mayoritariamente este tipo de permisos.

Denunció, del mismo modo, que penalizar las sanciones con la pérdida del incentivo, aunque se hubiera alcanzado el objetivo, suponía una manifiesta condena de hacer.

Denunció finalmente, que la empresa incumple los deberes informativos con la RLT, quien no puede emitir su preceptivo informe sobre la implantación de retribuciones variables.

La FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde ahora) solicitó una sentencia conforme a derecho.

EMERGIA CONTACT CENTER (EMERGIA desde aquí) se opuso a la demanda, excepcionando incompetencia funcional de la Sala, en lo que afecta a los incentivos MASMOVIL; BANCO POPULAR y ENDESA, por cuanto los dos primeros afectan únicamente a Madrid y el tercero al centro de Córdoba. - Admitió, sin embargo, la competencia de la Sala respecto al incentivo VODAFONE VENTA VALOR, puesto que se promueve en los centros de Madrid, Barcelona y Córdoba.

Admitió que el incentivo trae causa en el art. 26.3 ET , si bien advirtió que los incentivos se proponen por la empresa a cada trabajador, quien los acepta o no, adhiriéndose, en el primer supuesto a la propuesta empresarial, cuyos objetivos son asegurar la asistencia de los trabajadores, promover la calidad y la productividad. - Defendió, por tanto, la penalización de determinados permisos, puesto que

constituyen objetivamente absentismo, así como la exclusión del incentivo de los trabajadores sancionados por incumplimiento de las reglas de calidad, así como las situaciones de IT, que tampoco pueden incentivarse. - Destacó, en cualquier caso, que el porcentaje de absentismo es del 8%, puesto que entre el 5% y el 8% se percibe el 75% del incentivo.

Negó finalmente cualquier incumplimiento del art. 64.5 ET, puesto que la RLT tiene acceso en el departamento de recursos humanos a todos los planes de incentivos, que puede imprimir cuando lo estime necesario.

CGT se opuso a la excepción de incompetencia funcional de la Sala, porque en todos los planes de incentivos, fuere cual fuere el lugar en que se despliegan, tienen las mismas características.

UGT se opuso por las mismas razones.

Sexto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos controvertidos

-La campaña mas movil y Banco Popular sólo se despliega en Madrid.

-La campaña Endesa sólo se despliega en Córdoba.

-Los trabajadores se adhieren individualmente a la oferta del plan de incentivos.

-El plan concreto de Vodafone pivota sobre asistencia calidad y productividad.

-La empresa ha puesto a disposición en cada centro en departamento de Recursos Humanos los planes de incentivos donde pueden imprimirlos.

Hechos pacíficos

-La compañía de Vodafone venta valor se despliega en Madrid, Córdoba y Barcelona.

-El porcentaje en Vodafone es del 8% de absentismo.

-El porcentaje en venta valor entre 5% y 8% se cobra 75%.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - CGT es un sindicato de ámbito estatal, implantado debidamente en la empresa EMERGIA. - UGT es un sindicato más representativo a nivel estatal, implantado también en la empresa mencionada, que regula sus relaciones laborales por el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, publicado en el BOE de 27-07-2012.

SEGUNDO . - El 5-03-2015 la empresa demandada notificó a los representantes unitarios y sindicales de Madrid, que tenían a su disposición el Plan de Incentivo Másmovil para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 65.2 ET. - El 12-04-2016 CGT dirigió escrito a la empresa, que obra en autos y se tiene por reproducido, mediante el que denunciaba que el medio de comunicación de los incentivos de 5-03-2015 era insuficiente.

TERCERO . - El 10-11-2015 la empresa demandada publicó el plan de incentivo Másmovil, que obra en autos y se tiene por reproducido.

CUARTO . - El 1-04-2015 la empresa publicó el Plan de incentivos de la campaña VODAFONE VENTA VALOR, que obra en autos y se tiene por reproducido. - El 1-05-2016 publicó el plan de incentivos para la campaña VODAFONE VENTA VALOR, que obra en autos y se tiene por reproducido.

El 3-05-2016 notificó a los representantes unitarios y sindicales de Madrid, Córdoba y Barcelona, que tenían a disposición dicho Plan en el departamento de recursos humanos de la empresa en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 64.5 ET.

QUINTO . - En el centro de trabajo de Madrid de la empresa demandada se cumplimentan, entre otros, los contratos de Másmovil, Vodafone Venta Valor y Banco Popular.

SEXTO . - En el centro de trabajo de Barcelona de la empresa demandada se cumplimenta, entre otros, el servicio de Vodafone Venta Valor.

SÉPTIMO . - En el centro de trabajo de Córdoba de la empresa demandada se cumplimentan, entre otros, los contratos de Vodafone Venta Valor y Cat ENDESA CÓRDOBA.

OCTAVO . - Tanto el plan de incentivos VODAFONE VENTA VALOR como el incentivo MÁSMOVIL penalizan cualquier absentismo injustificado y también los justificados, salvo las horas dedicadas a lactancia, maternidad, crédito sindical y vacaciones. - Se penaliza, así mismo, las situaciones de IT y también las amonestaciones o sanciones disciplinarias realizadas en aplicación del régimen disciplinario desarrollado en convenio colectivo durante el mes de devengo del incentivo. - Dichos planes se aplican por igual a todos los trabajadores afectados, a quienes se propone su adhesión, que pueden efectuar libremente. - Cuando el absentismo es superior al 8% no perciben cantidad alguna, aunque hayan alcanzado los objetivos y perciben el 75% si su absentismo está entre el 5% y el 8%.

NOVENO . - La mayoría de la plantilla de la empresa demandada son mujeres, quienes suelen ser las mayores usuarias de permisos para cuidado de familiares, así como para acompañar a familiares a los servicios médicos y hospitalizaciones.

DÉCIMO . - El 11-05-2016 se intentó, sin acuerdo, la mediación ante el SIMA.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

- a. - El primero no fue controvertido.
- b. - El segundo de los documentos citados, que obran en las descripciones 58 y 59 de autos, aportadas por CGT y reconocidas de contrario.
- c. - El tercero de la descripción 35 de autos, aportada por EMERGIA y reconocida de contrario.
- d. - El cuarto de los planes de 2015 y 2016, que obran en las descripciones 4 y 36 de autos, aportadas por CCOO y EMERGIA respectivamente, que fueron reconocidas por todos los litigantes. - Las notificaciones a los representantes unitarios y sindicales obran en las descripciones 37 a 40 de autos, aportadas por la empresa y reconocidas de contrario.
- e. - El quinto de la descripción 43 de autos, donde se describen los servicios prestados en ese centro, aportada por la empresa y reconocida de contrario.
- f. - El sexto de la descripción 41 de autos, donde se describen los servicios prestados en ese centro, aportada por la empresa y reconocida de contrario.
- g. - El séptimo de la descripción 42 de autos, donde se describen los servicios prestados en ese centro, aportada por la empresa y reconocida de contrario.
- h. - El octavo de los Planes de incentivos mencionados, que obran en las descripciones 35 y 36 de autos, aportados por la empresa y reconocidos de contrario, sin que podamos reflejar las condiciones de los planes de ENDESA y BANCO POPULAR, porque no obran en autos, correspondiendo a los demandantes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 317.2 LEC , cuáles eran sus condiciones, así como en qué centros de despliegan dichos servicios. - La empresa admitió, a preguntas de la Sala, que el plan se aplica por igual a los trabajadores afectados.
- i. - El noveno del diagnóstico de igualdad de la empresa demandada y de los datos estadísticos oficiales, que obran como descripciones 64 a 67 de autos, aportados por CGT y reconocidos de contrario.
- j. - El décimo del acta de mediación, que obra en la descripción 29 de autos, aportada por CGT y reconocida de contrario.

SEGUNDO . - Acreditado, que el plan de incentivos VODAFONE VENTA VALOR se aplica a los trabajadores de los centros de Madrid, Barcelona y Córdoba, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 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 .

Por el contrario, no habiéndose probado por los demandantes, que los planes de incentivos MÁSMOVIL, BANCO POPULAR y ENDESA se desarrollen en dichos centros de trabajo, habiéndose acreditado, por el

contrario, que MÁSMOVIL y BANCO POPULAR se despliegan únicamente en el centro de Madrid, mientras que ENDESA se realiza solamente en el centro de Córdoba, se impone estimar parcialmente la excepción de incompetencia funcional de la Sala, que solo puede conocer de conflictos colectivos, cuyo ámbito supere a una comunidad autónoma, lo que no sucede con los trabajadores que realizan las actividades MÁSMOVIL, BANCO POPULAR y ENDESA, cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de lo Social de Madrid y Córdoba respectivamente.

TERCERO . - El art. 64.5 ET dispone lo siguiente:

" El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.

Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo.

El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones:

a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella.

b) Las reducciones de jornada.

c) El traslado total o parcial de las instalaciones.

d) Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.

e) Los planes de formación profesional en la empresa.

f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo" .

Es claro, por tanto, que los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados y a emitir informes sobre la implantación de sistemas de primas e incentivos, denunciándose por CGT que la empresa incumple sistemáticamente dicha obligación, negándose por la empresa, quien defendió que se informa a los representantes unitarios y sindicales de la existencia de los planes, que se les exhiben en el departamento de recursos humanos.

Así pues, acreditado de modo contundente que la empresa ha informado a los representantes unitarios y sindicales de los centros de Madrid, Barcelona y Córdoba, que son los centros donde se está aplicando el plan de incentivos VODAFONE VENTA VALOR y probado que la empresa les advirtió que se les ponía a disposición a los efectos del art. 64.5 ET , debemos convenir con la empresa demandada, que cumplió escrupulosamente con sus obligaciones informativas, por lo que vamos a desestimar la primera pretensión de la demanda.

CUARTO . - Como anticipamos más arriba, el plan de incentivos VODAFONE VENTA VALOR penaliza cualquier absentismo injustificado y también los justificados, salvo las horas dedicadas a lactancia, maternidad, crédito sindical y vacaciones. - Se penaliza, así mismo, las situaciones de IT y también las amonestaciones o sanciones disciplinarias realizadas en aplicación del régimen disciplinario desarrollado en convenio colectivo durante el mes de devengo del incentivo.

CGT denuncia, en primer lugar, que considerar absentismo a los permisos retribuidos, reconocidos en el art. 37.3 ET , así como en el art. 28 del convenio colectivo aplicable, constituye un manifiesto abuso de derecho, que supone, además, una discriminación indirecta por razón de género, puesto que afecta mayoritariamente a mujeres, que son las usuarias mayoritarias de estos permisos, forzando a los trabajadores a no disfrutar de permisos reconocidos legalmente, si quieren percibir los correspondientes incentivos. - Denuncia, del mismo modo, que considerar absentismo el uso por los trabajadores que tengan a su cargo hijos menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, del tiempo necesario para acompañar a los mismos a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación, reconocido por el art. 29 del convenio, vulnera dicho precepto y supone también una discriminación indirecta por razón de género.

La empresa demandada niega dichos reproches, entendiendo legítimo primar únicamente a aquellos trabajadores que no superen determinados límites de absentismo, aunque se trate de absentismo justificado,

por cuanto eso es precisamente lo que se retribuye con el incentivo controvertido. - Defendió, por tanto, que dicha conducta se ajusta a derecho y negó que constituya discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que los trabajadores o trabajadoras, que no quieran adherirse al plan de incentivos pueden hacerlo libremente.

El art. 37.3 ET dice lo siguiente: " *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 nacimiento de hijo y 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 el trabajador 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".*

El art. 28 del convenio colectivo aplicable, que regula los permisos retribuidos, dice textualmente lo siguiente: " 1. Los trabajadores, previo aviso y justificación, podrán ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, y desde que ocurra el hecho causante, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

a) *Quince días naturales en caso de matrimonio.*

b) *Tres días en caso de nacimiento de un hijo.*

c) *Tres días en caso de accidente, enfermedad grave u hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de pariente hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad y hermanos políticos, que serán disfrutados de forma continuada dentro de los diez días naturales, contados a partir del día en que se produzca el hecho causante, inclusive.*

d) *Cuatro días en caso de fallecimiento de cónyuge, padres, padres políticos, hijos y hermanos y dos días en caso de fallecimiento, de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y hermanos políticos.*

e) *En los supuestos contemplados en los anteriores apartados c) y d), cuando se necesite hacer un desplazamiento de 200 kilómetros, o superior, los permisos aumentarán un día más de lo señalado en cada caso.*

f) *Dos días por traslado del domicilio habitual que no serán acumulables a la licencia por matrimonio.*

g) *Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20% de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia forzosa, con derecho a recuperación del puesto de trabajo cuando finalice la obligación del cumplimiento del deber de carácter público y personal. Si el trabajador recibiera remuneración económica en el cumplimiento del deber o desempeño del cargo, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.*

h) *Un día natural por matrimonio de padre o madre, hijo o hermano, en la fecha de celebración del evento.*

2. *Los trabajadores tendrán derecho hasta 35 horas retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna. No obstante ello, los trabajadores procurarán adaptar, cuando así resulte posible, sus horas de visitas médica a sus tiempos de descanso .*

El art. 29 del convenio, que regula los permisos no retribuidos, dice lo siguiente: " *Los trabajadores que tengan a su cargo hijos menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, dispondrán del tiempo necesario para acompañar a los mismos a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación* ".

Centrados los términos del debate, 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 promocióne un complemento salarial, condicionándolo a la no utilización de derechos reconocidos legítimamente en el art. 37.3 ET y en el art. 28 del convenio colectivo aplicable y supone también una discriminación indirecta por razón de género, prohibida por el art. 6.2 Ley 3/2007, de 2 de marzo , de igualdad efectiva de hombres y mujeres, puesto que se ha acreditado plenamente que las penalizaciones antes dichas afectan esencialmente a las mujeres, quienes son mayoría en la empresa y son quienes usan masivamente este tipo de permisos, no habiéndose probado por la empresa, quien cargaba con la prueba, a tenor con lo dispuesto en el art. 13 de la norma antes dicha , que su actuación fuera idónea, razonable y proporcionada.

Cuestión distinta, claro está, es la utilización del permiso, regulado en el art. 29 del convenio, aunque sea cierto que se usa esencialmente por las mujeres, puesto que se trata de un permiso no retribuido, lo que afecta obligatoriamente a todo tipo de retribuciones y su utilización raramente supondrá superar el 5% de absentismo, salvo en situaciones excepcionales, que no pueden considerarse peyorativas por su propia excepcionalidad.

QUINTO. - CGT denuncia, por otra parte, que bloquear el derecho al incentivo, porque se haya sido amonestado o sancionado, constituye una multa de haber. - La empresa demandada defendió dicha penalización, puesto que sería absurdo que, si uno de los objetivos del plan de incentivo es asegurar la calidad del servicio, abonarlo a quienes hayan sido sancionados por trabajar indebidamente constituiría un despropósito.

La Sala no comparte la justificación empresarial, puesto que la simple lectura del plan de incentivos deja perfectamente claro que se penaliza cualquier amonestación, así como cualquier tipo de sanción, lo que no es admisible, por cuanto provoca mecánicamente, en la práctica, una multa de haber, adicionada a la sanción en sí, que está expresamente prohibida por el art. 58.3 ET , debiendo subrayarse, en todo caso, que la empresa ni ha probado, ni ha intentado probar, que solo impida el acceso al incentivo a los trabajadores amonestados o sancionados por no alcanzar los estándares de calidad exigidos para percibir el incentivo.

SEXTO . - CGT reclama finalmente, que se declare contraria a derecho que las situaciones de IT, debidamente justificadas, impidan percibir el incentivo si superan el 8% de las jornadas mensuales. - La empresa demandada defendió que, si entre los objetivos del plan se pretendía precisamente disminuir el absentismo, era absolutamente razonable que si se faltaba entre un 5% y un 8% por dicha causa se cobrara únicamente el 75% del incentivo, mientras que, si se superaba el 8% de absentismo en las jornadas mensuales, no había razón para percibir el incentivo.

La Sala considera legítimo que la empresa procure disminuir el absentismo, por lo que nos parece razonable que el plan de incentivos promueva medidas para su reducción, de manera que, si se superan unos determinados porcentajes de absentismo, es lógico que se reduzca el importe del incentivo, siendo lógico también que se suprima, cuando el porcentaje de absentismo es significativo, como podría ser un 8% de las

jornadas mensuales, sin que dicha actuación constituya lesión del derecho a la salud de los trabajadores, puesto que nada les impide darse de baja cuando lo necesiten, teniéndose presente, en todo caso, que en la base reguladora de la prestación se incluirá el incentivo percibido en el mes precedente.

Por lo demás, de estimarse la pretensión actora en los términos propuestos, podría suceder que los trabajadores, que permanezcan en IT durante todo el mes, perciban el incentivo, lo que provocaría consecuencias absurdas, puesto que uno de los objetivos del mismo es asegurar la presencia de los trabajadores durante todos los días laborables del mes.

Así pues, el incentivo controvertido no penaliza propiamente la IT, que constituye ausencia plenamente justificada, pagada al 100% cuando su origen es el accidente de trabajo u hospitalización, a tenor con lo dispuesto en el art. 63.1 del convenio, complementándose también en los supuestos de enfermedad común, conforme se prevé en el art. 63.2 del convenio, sino que introduce unos límites, cuya superación, reduce o extingue el incentivo, puesto que uno de sus legítimos objetivos es precisamente la reducción del absentismo y a nuestro juicio la superación del 5% o el 8% de ausencias mensuales por IT nos parece razonable y proporcionado para reducir o suprimir el incentivo.

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

FALLAMOS

En la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adhirió UGT, estimamos parcialmente la excepción de incompetencia funcional de la Sala, en lo que se refiere a los trabajadores que desarrollan MÁSMOVIL, BANCO POPULAR y ENDESA, puesto que lo hacen en centros que no se extienden más allá de una comunidad autónoma, advirtiéndoles que podrán promover sus pretensiones ante los Juzgados de lo Social de Madrid en los dos primeros casos y ante los Juzgados de lo Social de Córdoba en el último

Estimamos parcialmente la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adhirió UGT y declaramos contraria a derecho la práctica empresarial de sancionar la percepción del incentivo VODAFONE VENTA VALOR a los trabajadores que hayan utilizado los permisos retribuidos reconocidos por el art. 37.3 ET y art. 28 del convenio, así como la supresión del incentivo cuando el trabajador haya sido amonestado o sancionado, por lo que condenamos a EMERGIA CONTACT CENTER, SL a estar y pasar por dicha declaración, así como a reponer a los trabajadores las cantidades indebidamente deducidas por dicha causa, absolviéndole de los restantes pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del 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 Letrado 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 0131 16; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0131 16, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ