



Roj: **STS 1966/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1966**

Id Cendoj: **28079140012015100223**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2015**

Nº de Recurso: **8/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1755/2013,**  
**STS 1966/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Marzo de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por el BANCO SABADELL, S.A., representado y defendido por el Letrado Sr. Jordá de Quay, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 20 de mayo de 2013, en autos nº 127/2013, seguidos a instancia de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS, contra dicho recurrente, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACIÓN DE CUADROS, FESIBAC-CGT, SICAM, INTERSINDICAL CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CATALUNYA, EUSKO LANGILEE ALKARTASUNA, ASOCIACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES DE AHORRO, LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK y el SINDICATO VIETNAMITA, sobre conflicto colectivo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro**, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS, interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando una sentencia estimatoria. Pide que se declare la nulidad de la decisión empresarial de no abonar al personal proveniente de Banco CAM, con derecho al cobro de incentivos por el sistema de retribución variable Modelo de Incentivos 100, el 10% de su importe correspondiente al cuarto trimestre de 2012. Subsidiariamente, interesa que se declare no justificada dicha decisión empresarial, por no haberse alegado ni acreditado las razones legales para adoptarla. Debiera condenarse en ambos casos a la demandada a estar y pasar por dicha resolución.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 20 de mayo de 2013 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos la excepción de inadecuación de procedimiento, alegada por la empresa demandada. Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO, a la que se adhirieron UGT, CGT, CC y ALTA, por lo que anulamos la decisión empresarial de reducir un 10% el importe de la retribución variable del último trimestre de 2012 a los trabajadores, provenientes de BANCA CAM, que cumplieron los objetivos prefijados y condenamos a la empresa BANCO SABADELL, SA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos".

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



1º.- COMISIONES OBRERAS y la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal. -Dichos sindicatos, al igual que CGT, CONFEDERACIÓN DE CUADROS y ALTA acreditan implantación suficiente en el BANCO SABADELL, SL.

2º.- El 15-06-2012 la empresa demandada suscribió con las secciones sindicales citadas en el acta, entre las que se encuentran las aquí demandantes, el acuerdo de condiciones sociales y subrogación de los trabajadores de BANCO CAM en el BANCO SABADELL. -Los negociadores manifestaron que la integración operativa y comercial de BANCO CAM en la hoy demandada se produciría el 10-02-2013 y que se procederá al traspaso de todos los empleados al BANCO SABADELL, como consecuencia de la integración. -En el acuerdo reiterado se convino expresamente en su disposición derogatoria lo siguiente:

*"DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA*

Con efectos de 1 de enero de 2013 queda sin aplicación el Convenio de Cajas de Ahorro, siendo sustituido por el Convenio de Banca y expresamente se deroga y queda sin vigor para el colectivo Banco CAM, toda la normativa anterior, tanto convencional como interna de Banco CAM, excepto en lo necesario para la aplicación de los acuerdos aquí recogidos".

La integración operativa y comercial se produjo realmente el 2-12-2012 y BANCO SABADELL dio de alta en la Seguridad Social a los trabajadores procedentes de BANCO CAM el 1-01-2013.

3º.- Los trabajadores de BANCO CAM venían percibiendo retribuciones variables mediante el denominado "Incentivo 100", cuyas líneas de funcionamiento se describen en el hecho sexto de la demanda, que se tiene por reproducido. -Dicho régimen de retribución variable, que obra en autos y se tiene por reproducido, se fijó unilateralmente por el banco y fue objeto de varias modificaciones a lo largo de su existencia. -En el régimen de retribución variable se dice textualmente lo siguiente: "En todo momento se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestaria de la Entidad".

4º.- BANCO CAM fijó objetivos para su personal en los tres primeros trimestres de 2012, que se abonaron con arreglo a los objetivos conseguidos por los citados trabajadores. -Dicha mercantil fijó también objetivos para el cuarto trimestre del año 2012, ajustados, al igual que en los tres primeros trimestres, al "Incentivo 100".

5º.- Los resultados del BANCO SABADELL pasaron de 271 MM euros en el ejercicio 2011 a 81 MM euros en el ejercicio 2011 (sic); su rentabilidad pasó de 3,84% a 1,01% y el precio de sus acciones se redujo de 2,934 euros a 1,975.

6º.- En el mes de febrero de 2013 del Consejo de Administración de la empresa demandada decidió, que los trabajadores, provenientes de BANCO CAM que habían alcanzado sus objetivos, percibieran un 10% menos de la retribución prevista.

7º.- La cantidad de incentivos, que la empresa habría debido pagar en 2012, si no hubiera deducido el 10% del incentivo del último trimestre del año, habría ascendido a 2.122.894,55 euros. -La cantidad, abonada realmente, ascendió a 1.910.603,98 euros. -Las cantidades deducidas oscilan entre 13,40 euros hasta 15.609,19 euros, lo que arroja una reducción media por empleado de 1125 euros.

8º.- Obra en autos el informe de la Inspección de Trabajo que se tiene por reproducido.

9º.- El 5-04-2013 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales".

**QUINTO.-** Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del BANCO SABADELL. Su Letrado, Sr. Jordá de Quay, en escrito de fecha 22 de julio de 2012, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Con fundamento en el art. 207.d) de la LRJS por error en la valoración de la prueba, se interesa la modificación del hecho probado sexto. SEGUNDO.- Con fundamento en el art. 207.d) de la LRJS por error en la valoración de la prueba, se interesa la modificación del hecho probado tercero. TERCERO.- Con fundamento en el art. 207.e) de la LRJS por infracción del art. 41 ET en relación con el art. 26.3 del ET.

**SEXTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SÉPTIMO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 17 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Alcance del debate en instancia y en casación.**



El presente conflicto afecta a los trabajadores del Banco Sabadell que se integraron en el mismo procedentes del "Banco CAM" y que en el último trimestre de 2012 generaron el derecho al cobro de incentivos por el sistema de retribución variable. Reclaman que se declare la nulidad o subsidiariamente lo injustificado de la medida adoptada por el Consejo de Administración del Banco Sabadell SL de reducir el importe, previamente determinado por la propia empresa, de la retribución variable del último trimestre de 2012.

Los detallados hechos probados que la sentencia recurrida alberga y el muy distinto enfoque de las partes en litigio denotan que se está ante cuestión de trascendencia y complejidad. En consecuencia, sin perjuicio de cuanto reflejan los Antecedentes ya expuestos, habremos de comenzar por depurar la situación fáctica litigiosa; acto seguido será asimismo conveniente aquilatar el contenido de la sentencia recurrida; finalmente, podremos pasar al examen del recurso con sus concordantes impugnaciones.

### **1. Los hechos litigiosos.**

Para centrar la litis, de la detallada crónica que realiza la Audiencia Nacional interesa reparar en unos cuantos aspectos. El 2 de diciembre de 2012 se produjo la integración operativa y comercial de los trabajadores de Banco CAM en el Banco Sabadell, el cual dio de alta en Seguridad Social a los trabajadores procedentes de Banco CAM el día 01 de enero de 2013.

El Banco CAM había fijado objetivos en los tres primeros trimestres de 2012 y se abonó a los trabajadores la cuantía concordante con arreglo a los objetivos conseguidos. También había fijado objetivos a sus trabajadores para el cuarto trimestre de 2012, tras el cual se produce la efectiva transmisión empresarial.

En el acuerdo de condiciones sociales y de subrogación de los trabajadores, llevado a cabo entre Banco CAM y Banco Sabadell se convino una disposición derogatoria según la cual con efectos de 1 de enero de 2013 quedaría sin aplicación el Convenio de Cajas de Ahorro, siendo sustituido por el Convenio de Banca y expresamente se deroga y queda sin vigor para el colectivo Banco CAM, toda la normativa anterior, tanto convencional como interna de Banco CAM, excepto en lo necesario para la aplicación de los acuerdos.

En el mes de febrero de 2013, el Consejo de Administración de Banco Sabadell decidió que los trabajadores provenientes de Banco CAM *que habían alcanzado sus objetivos* percibieran un 10% menos de la retribución prevista.

### **2. Instrumentación procesal de la pretensión.**

La demanda sindical (COMFIA-CC.OO.) interesa que se declare la nulidad de la referida decisión empresarial, habiendo puesto en marcha al efecto los trámites del procedimiento de conflicto colectivo, en conexión con el de impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT).

Lo que solicita la demanda es que se anule la decisión empresarial 1º) Por no haber seguido el trámite de una (MSCT) y tratarse de tal tipo de acuerdo patronal; 2º) Por haberse adoptado un acuerdo restringiendo derechos con carácter retroactivo.

Tanto en instancia cuanto en su actual recurso (motivo primero) la entidad empleadora excepciona la inadecuación de la modalidad procesal seguida. A su examen habremos de dedicar específica atención; puesto que solo la exacta percepción del conflicto permite apreciar si concurren los presupuestos para que se litigue a través del conflicto colectivo ( arts. 153 ss LRJS ), esa tarea la acometeremos tras haber procedido a la definitiva fijación del relato fáctico.

### **3. Contenido de la sentencia recurrida.**

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional considera que la decisión combatida por la demanda constituyó una modificación sustancial colectiva, puesto que afecta al sistema de remuneración y especialmente a la cuantía salarial, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.1.d) ET . Considera igualmente acreditado que no se siguió el procedimiento regulado en el art. 41.4 ET para producir dicha modificación sustancial.

La sentencia desestima la excepción de inadecuación del procedimiento, alegada por la empresa demandada y estima la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO, a la que se adhirieron UGT, CGT, CC y ALTA. En consecuencia, anula la decisión empresarial de reducir un 10% el importe de la retribución variable del último trimestre de 2012 a los trabajadores provenientes de Banco CAM que cumplieron los objetivos prefijados y condena a la empresa Banco Sabadell SA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos.

### **4. El recurso de casación.**

El Banco de Sabadell se alza en casación e interesa que se revoque la sentencia expuesta. Pide que admitamos la excepción de inadecuación del procedimiento o que desestimemos la demanda por considerar que no nos



encontramos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, siendo la decisión controvertida ajustada a Derecho.

La esencia del recurso, así como de las impugnaciones, y en definitiva del asunto, radica en precisar si la conducta de la empresa se ajusta a las previsiones del propio Plan de Incentivos (en cuyo caso huelga hablar de modificación sustancial) o si queda al margen del mismo. En esta segunda hipótesis la consecuencia acordada por la Audiencia Nacional encontraría apoyo tanto en la ausencia de los trámites de la modificación sustancial cuanto en la imposibilidad de que se prive a los trabajadores de cuantías retributivas ya devengadas.

A la vista de ello va a cobrar especial relevancia el examen de los apartados del recurso sobre revisión fáctica; en particular, hay que precisar el contenido del Plan de Incentivos, pues la empresa viene a sostener que ha actuado de conformidad con el mismo, que no hay devengo de cantidades y luego minoración sino fijación a *posteriori* por así contemplarlo el Plan en cuestión.

## **SEGUNDO.- Revisiones fácticas interesadas: cuestiones generales.**

Dos de los tres motivos del recurso están dedicados a la revisión de hechos en los términos que permite el art. 207.d) LRJS . Con carácter previo a su examen hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo posee. Tanto porque habremos de aplicar las exigencias en cuestión a los dos casos como porque ello permite evitar reiteraciones.

En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009 ), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009 ), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010 ) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud ( art. 97.2 LRJS ) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso, explica que el art. 207.d) LRJS permita la revisión fáctica solo por "*error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios*". Ello permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia viene exigiendo, para que el motivo prospere:

Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados.

Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia.

Por eso, quien invoque el motivo ha de precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. También hemos de recordar que el motivo casacional no permite la inclusión en los autos de datos que convengan a la postura procesal de la parte, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia. Si el error no ha existido el motivo debe decaer. Esa consolidada jurisprudencia aparece en innumerables sentencias, como las de 28 mayo 2013 (rec. 5/20112 ), 3 julio 2013 (rec. 88/2012 ) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013 ).

## **TERCERO.- Sobre la imposibilidad de fijar y de alcanzar objetivos para los trabajadores afectados (Motivo 1º).**

### **1. Formulación del motivo.**

El primer motivo de recurso solicita la modificación del hecho probado sexto de la sentencia. Considera que en ningún caso se afirmó en el acto del juicio que los trabajadores hubieran alcanzado los objetivos y que sin



embargo se había afirmado que no se había podido proceder a determinar el cumplimiento de los objetivos debido a la integración de Banco CAM en Banco Sabadell, producida en el mes de diciembre, por lo que no se disponía de datos para la determinación de los objetivos alcanzados.

Se propone una nueva redacción para el hecho probado sexto, haciendo valer la inexistencia de datos relativos al mes de diciembre. El contraste de las dos versiones se aprecia en la siguiente tabla:

### **Hecho Probado Sexto**

#### **Sentencia de instancia Propuesta del recurso**

En el mes de febrero de 2013 del Consejo de Administración de la empresa demandada decidió, que los trabajadores, provenientes de BANCO CAM, **que habían alcanzado sus objetivos**, percibieran un 10% menos de la retribución prevista. En el mes de febrero de 2013 el Consejo de Administración de la empresa demandada decidió, que los trabajadores provenientes del Banco CAM percibieran un 10% menos de la retribución variable máxima a la que hubieran tenido derecho en caso de que hubiera resultado factible determinar el grado de consecución de los objetivos, y hubieran alcanzado el 100% de su cumplimiento.

La integración del Banco CAM en Banco Sabadell hizo materialmente imposible la determinación de la consecución de los objetivos establecidos debido a la inexistencia de datos relativos al mes de diciembre

Afirma el recurrente lo siguiente: 1) En el acto del juicio no se afirmó que los trabajadores hubieran alcanzado los objetivos. 2) Tanto en la contestación de la demanda como en conclusiones, se afirmó que no se había podido proceder a determinar el cumplimiento de los mismos debido a la integración del Banco CAM en Banco Sabadell, producida en el mes de diciembre. 3) Ese circunstancia provocó que no se dispusiera de datos para la determinación de los objetivos alcanzados, máxime cuando en dicha mensualidad se produjo la integración informática de ambas entidades bancarias. 4) Si bien es cierto que se consideró como no controvertido el hecho de que el Consejo de Administración de la Entidad demandada aplicara una reducción equivalente al 10% de la retribución variable correspondiente al cuarto trimestre de 2012, en ningún caso se aceptó que dicha reducción operara sobre la cuantía correspondiente a los objetivos alcanzados. 5) Al contrario, se argumentó que la reducción se debió principalmente a las circunstancias derivadas de la integración: como quiera que la integración se produjo en diciembre de 2012, no existen cuentas de pérdidas y ganancias, ni registro de actividad bancaria alguna que permitiera disponer de datos para el cálculo del Incentivo 100. 6) En ese escenario, la Entidad decidió aplicar una minoración del 10% sobre la cantidad a la que hubieran tenido derecho los trabajadores en caso de haberse podido determinar el cumplimiento total (100%) de los objetivos fijados, es decir, una reducción sobre la cantidad máxima a percibir.

#### **2. Consideraciones específicas.**

Estamos ante cuestión decisiva para la suerte del asunto litigioso, al menos en los términos planteados por el recurrente.

Lo que el Banco de Sabadell (subrogado en las obligaciones laborales del Banco CAM) sostiene es que para el cuarto trimestre de 2012 no fue posible evaluar objetivos; derivadamente, ningún trabajador pudo alcanzarlos y, al cabo, lucrar el derecho a obtener sus incentivos. Así las cosas, la decisión de abonar cualquier importe por un concepto inexistente debería considerarse graciable y no fiscalizable, ni desde la óptica de la MSCT, ni desde la de reducción de lo devengado, ni desde cualquier otra generadora de incumplimiento por parte de la empresa.

#### **A) La imposibilidad de fijar (y cumplir objetivos).**

Conforme al HP Tercero (no impugnado), el Banco CAM procedió a fijar objetivos para el cuarto trimestre de 2012, ajustados al Plan "Incentivo 100". La entidad recurrente nos pide que consideremos hecho probado la imposibilidad de comprobar si cada uno de los trabajadores los cumplieron, dado que en esas fechas se produjo la integración CAM-Sabadell y que ni siquiera se cuenta con datos del mes de diciembre.

Por su lado, el Antecedente de Hecho Quinto de la resolución recurrida da cuenta de que se debatió sobre lo siguiente: "El Banco CAM desaparece el 10-12-12 y no hay manera de individualizar los objetivos a fecha 31-12-12", sin que aparezca como pacífico el segundo inciso. Así como el relato de hechos probados de la sentencia omite pronunciarse sobre el tema, en el FJ Cuarto se concluye que "la acreditación del cumplimiento de objetivos y los importes indebidamente deducidos deberán reclamarse mediante los correspondientes procedimientos individuales por razones, que esta Sala no alcanza a comprender, puesto que pudo pedirse, como anticipamos más arriba, una sentencia de condena, que podría haberse ejecutado colectivamente, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 247 LRJS, lo que hubiera evitado miles de pleitos y retrasos injustificados en el abono de lo debido".





De ello se deduce que la Sala de instancia no da como probado el cumplimiento (ni general, ni individualizado) de los objetivos asignados; pero tampoco acepta que haya existido imposibilidad de medir el resultado. Es la empleadora quien reconoce que no ha medido los objetivos, añadiendo que era imposible e interesando que elevemos esa circunstancia a la condición de hecho probado. Sin embargo, hay varias razones que impiden acceder a tal petición.

#### **B) La valoración jurídica de la realidad como hecho probado.**

Del relato fáctico se desprende que en el trimestre sobre el que se discute hubo un cambio de titularidad empresarial, ciertamente complejo dadas las características de las entidades implicadas. A partir de esas circunstancias, y sin un claro soporte documental, quiere el recurso que conste como probada la imposibilidad material de determinar el cumplimiento de los objetivos establecidos.

Llevar eso a la crónica judicial resulta improcedente, por cuanto incorpora una valoración jurídica y no una constatación de hechos. Con independencia de que pueda predeterminar la resolución del caso (lo que veda el art. 24 CE y la multitud de reglas sobre la prueba o la sentencia albergadas en LOPJ, LRJS y LEC), no cabe tener como hecho probado lo que constituye una valoración acerca de las consecuencias que derivan de lo sucedido. Por lo tanto, el motivo no puede prosperar.

#### **C) Defectos en la formulación del motivo.**

El Ministerio Fiscal también propone el rechazo del motivo porque: 1º) El examen de si se han cumplido los objetivos es una cuestión que no entra a analizar la Sentencia recurrida y que queda al margen del conflicto. 2º) No se indican los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión fáctica y su eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable; el hecho negado u omitido, no resulta de forma clara y directa de la prueba documental obrante en la causa.

Asumimos también que este primer motivo ha de fracasar porque no se indican con claridad los documentos (los extremos concretos de la prueba documental obrante en autos) que muestren lo pretendido de manera clara y directa. En consecuencia, también por esta razón debe fracasar el motivo.

#### **D) El carácter trascendente para el fallo.**

A las razones ya dichas que impiden el éxito del motivo, hemos de añadir una tercera y de índole diversa, referida a la necesidad de que la rectificación de hechos interesada en el recurso de casación resulte trascendente para modificar el fallo de instancia.

La indagación sobre las consecuencias de que prosperase el motivo muestra que lo afirmado carece de la necesaria relevancia puesto que: a) La subrogación empresarial acaecida comporta la persistencia de los derechos y obligaciones anteriores. b) El cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una de las partes. c) Es el empleador (el saliente, el entrante, o ambos) quien debe utilizar sus facultades directivas para comprobar el nivel de rendimiento alcanzado por sus empleados. d) La pasividad o imprevisión empresarial no puede perjudicar a los trabajadores desde la óptica del devengo de sus incentivos.

Aunque se tuviera como hecho probado que no había existido un sistema para medir el rendimiento de cada trabajador y ello derivara de los acontecimientos expuestos, esa "imposibilidad" no sería bastante para legitimar la decisión empresarial.

Aunque no se trata de supuestos idénticos al presente, la doctrina establecida en otros parecidos ilustra lo que acaba de advertirse:

"Si la consecución de los objetivos a los que se subordina la percepción del complemento salarial de referencia no se llega a alcanzar por obra de la parte que debe satisfacerlos, obviamente, ello no habrá de impedir su devengo, en tanto en cuanto se acredite la dedicación y esfuerzo del trabajador en orden a la consecución de aquéllos» ( STS de 19 julio 1990 (R. 222/1990 ).

"Contemplando un supuesto semejante en el que se había acordado una retribución por objetivos a fijar por la empresa y en el que tampoco se había concretado cuáles ni de qué naturaleza eran los objetivos a tener en cuenta llegó a la misma conclusión al señalar que al no haberse fijado los "objetivos de cuyo cumplimiento se hiciera depender el devengo", a la vista de que ante la "ambigüedad de los términos de la cláusula contractual, se ignora si la referencia a objetivos se hace a los del actor o a los de la empresa en su conjunto", y de que "así las cosas el complemento tiene más características del denominado en el argot empresarial "bonus", entendiéndose por tal aquel complemento cuya concreción final queda en manos del empresario", como exponen SSTS de 14 noviembre 2007 (R. 616/2007 ) y 15 diciembre 2011 (R. 1203/2011 ).

"En tales condiciones el hecho de que el contrato establezca que el trabajador podrá acceder a un incentivo condicionándolo a la fijación de los objetivos por la empresa, utilizando una terminología -el "bonus"- que en



el argot empresarial es conocido por su fijación unilateral por el empresario, y cuando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los objetivos fijados para la empresa en su conjunto, permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes contrariando lo prohibido por el art. 1256 del Código Civil, y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida. En cualquier caso, como señala el recurrente, se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo posterior por no haberlo ni siquiera intentado la empresa, no pueden sino interpretarse en el sentido más adecuado para que los mismos puedan causar efecto - art. 1284 CC - y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa - art. 1288 CC -" ( STS 1 julio 2014 (rec. 101/2013 ).

En suma: es la empresa quien debe controlar el rendimiento de sus empleados, sin que sobre ellos pueda recaer la consecuencia desfavorable (perder el incentivo) de que así no lo haga. Cuando no se fijan los objetivos o dejan de controlarse los resultados alcanzados entran en juego principios o doctrina que impiden perjudicar a la contraparte. La propuesta que alberga este primer motivo de recurso debe desestimarse porque tampoco es trascendente para alterar el resultado del litigio.

#### **E)Desestimación del motivo.**

El motivo primero del recurso ha de rechazarse: no se basan en documentos literosuficientes a los fines que pretende; implica la introducción de valoraciones jurídicas en el relato fáctico; su éxito tampoco comportaría la modificación del fallo de instancia.

#### **CUARTO.- Modificabilidad unilateral del Plan de Incentivos (Motivo 2º).**

##### **1.Formulación del motivo.**

En el segundo motivo de recurso se solicita la corrección del hecho probado tercero, relativo a las modificaciones de que fue objeto a lo largo de su existencia el sistema de retribución variable denominado "Incentivo 100". Una comparación en columna de las dos redacciones permite comprender el alcance de lo propuesto.

##### **Hecho Probado Tercero**

Sentencia de instancia Redacción propuesta

Los trabajadores del Banco CAM venían percibiendo retribuciones variables mediante el denominado "incentivo 100", cuyas líneas de funcionamiento se describen en el hecho sexto de la demanda, que se tiene por reproducido. Dicho régimen de retribución variable que obra en autos y se tiene por reproducido se fijó unilateralmente por el banco y fue objeto de varias modificaciones a lo largo de su existencia.

En el régimen de retribución variable se dice textualmente lo siguiente: "En todo momento se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestaria de la Entidad". Los trabajadores del Banco CAM venían percibiendo retribuciones variables mediante el denominado "incentivo 100", cuyas líneas de funcionamiento se describen en el hecho sexto de la demanda, que se tiene por reproducido. Dicho régimen de retribución variable que obra en autos y se tiene por reproducido se fijó unilateralmente por el banco y fue objeto de varias modificaciones **unilaterales** a lo largo de su existencia, **incluso dentro del propio trimestre de devengo** .

En el régimen de retribución variable se dice textualmente lo siguiente: "En todo momento se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestaria de la Entidad".

##### **2.Consideraciones específicas.**

A) El motivo debe ser desestimado ya que no identifica claramente el documento en el que se basa para postular la modificación; sólo menciona los documentos del 1 al 14 aportados con el escrito de 9 de mayo de 2013.

B) Por otra parte, el hecho de que sea la empresa la que fije unilateralmente los parámetros y que los mismos se hayan modificado o que el régimen varíe unilateralmente a lo largo del tiempo en modo alguno significa que estemos ante variación trascendente para alterar el signo del pronunciamiento.

C) Además, la adición persigue dejar constancia de la unilateralidad con que se establecen y cambian las reglas conforme a las cuales los trabajadores pueden devengar su incentivo. Sin embargo, aquí no se debate si el Banco puede cambiar el Plan de Incentivos sino si puede operar unilateralmente sobre cantidades ya devengadas por los trabajadores que tuvieran derecho a las mismas.

A lo largo de este motivo y del siguiente se expone que, como corresponde a una empresa de grandes dimensiones y propia del sector financiero, la retribución variable queda supeditada a la consecución de



objetivos; que la remuneración variable no es consolidable; o que se puede fijar un beneficio mínimo antes de Impuestos. Todo ello es cierto, pero no se alcanza a comprender la trascendencia que posea en orden a la decisión del presente litigio; no se trata de examinar la competencia empresarial para fijar las reglas sobre retribuciones, el ajuste de tales reglas a lo previsto en las leyes o convenio aplicables, o el cumplimiento de objetivos por la entidad o grupos de trabajadores, sino de determinar la decisión que adopta el Banco de Sabadell de "que los trabajadores, provenientes de BANCO CAM que habían alcanzado sus objetivos, percibieran un 10% menos de la retribución prevista" (HP 6º).

En consecuencia tales adiciones, al margen de su mayor o menor acierto, no poseen cabida en el corsé que constituye el expuesto art. 207.d) LRJS y su interpretación jurisprudencial, puesto que no aparecen como decisivas para el caso.

Lo decisivo, desde la perspectiva de los hechos, sería acreditar que las reglas sobre devengo del variable atribuyen al empleador la decisión última acerca de su monto, una vez ya devengado. Pero ese no es el objetivo que esta revisión de hechos persigue. Por tanto, ha de desestimarse.

#### **QUINTO.- Sobre la ausencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (motivo 3º).**

##### **1. Formulación del motivo.**

Con fundamento en el art. 207.e) LRJS, denuncia el recurso la infracción de lo dispuesto en el art. 41 del ET, en relación con su artículo 26.3 pues la minoración del 10% nunca puede entenderse como modificación sustancial ya que el abono se efectuó teniendo en cuenta las circunstancias económicas concurrentes y su escasa repercusión.

Se construye un muy extenso motivo de recurso en el que, de forma sucesiva y cumulativa, se aportan argumentos tendentes a demostrar que no se ha infringido el par de preceptos mencionados. La argumentación desarrollada es densa y repetitiva, pudiendo resumirse del siguiente modo:

- a) No se ha alterado sino aplicado la regulación del Plan de Incentivos.
- b) El Plan de Incentivos no es susceptible de una modificación sustancial, dado su origen unilateral.
- c) La modificación combatida no sería sustancial, sino accidental o menor y transitoria o temporal.
- d) La minoración está justificada por la pésima situación del Banco CAM (intervenido por el FROB).
- e) No se habían cumplido los objetivos necesarios para el devengo de incentivos.
- f) La normativa 7214 de Compensación y Beneficios ampara la conducta empresarial.
- g) La doctrina judicial ampara conductas como la aquí enjuiciada.
- h) No se ha modificado sistema de retribución variable, ya que no existe un sistema consolidado.
- i) El variable no forma parte fija del sueldo

Sus argumentos centrales son los que siguen:

1º.- El Banco no modificó con su decisión ninguna condición de trabajo sino que como consecuencia de la imposibilidad material de determinar el grado de cumplimiento de los objetivos, se limitó a abonar la retribución variable litigiosa de acuerdo con las circunstancias económicas concurrentes, en estricto cumplimiento de la normativa que rige el Incentivo 100.

2º.- La retribución abonada en aplicación del plan Incentivo 100, no tiene carácter consolidable, ni puede considerarse una condición de trabajo susceptible de ser objeto de modificación de las condiciones de trabajo.

3º.- Finalmente, y para el hipotético supuesto que se estimara, como ha hecho el juzgador, que la decisión pudiera considerarse una modificación de las condiciones de trabajo, en ningún caso se trata de una modificación sustancial, ya que es de carácter limitado en el tiempo y su repercusión es ínfima.

En suma, tras haber transcurrido el periodo de devengo de los incentivos para cada trabajador, el Banco considera que no puede medir el rendimiento individual; que la situación empresarial (en términos de explotación financiera) es deficiente; que el Plan Incentivo 100 permite un ajuste de las cuantías a percibir; que en puridad ninguno de los empleados procedentes del Banco CAM ha devengado incentivo durante el último trimestre de 2012; que constituye decisión ajustada a Derecho reconocer a quienes se encuentran en esas condiciones el 90% de lo máximo que hubieran podido percibir; que lo acordado en modo alguno comporta la existencia de una MSCT pues ni es sustancial, ni siquiera cambia el régimen de devengo de los complementos retributivos.

##### **2. La respuesta dada por la Audiencia Nacional.**





Una argumentación similar a la del recurso ya fue planteada ante la Audiencia Nacional.

La sentencia recurrida razona que se trata de una modificación de una condición de trabajo que no puede ser calificada como una modificación accidental. En tal sentido se expone:

Que el Banco CAM fijó objetivos para el trimestre de referencia, transcurrió el mismo y dos meses después introdujo una modificación que afecta al sistema de remuneración y a la cuantía salarial, ambos temas considerados como modificación sustancial en el artículo 41.1.d) ET .

Una reducción media de 1.125 € que afecta a miles de trabajadores no constituye un simple accidente, sino una medida muy grave para la economía de estos trabajadores, que no dudamos en calificar de sustancial.

Aunque se hubiera probado que la empresa pudiera modificar unilateralmente el régimen de las retribuciones variables y también sus importes, nunca podría hacerlo cuando la contraprestación laboral para el percibo de dichas retribuciones se ha cumplido por los trabajadores.

La tesis de la empresa deja el cumplimiento de lo convenido al arbitrio de uno solo de los contratantes, lo cual está prohibido por el artículo 1256 del CC y vulnera el artículo 4.2.f. del E.T , en relación con lo dispuesto en el artículo 29.1 ET .

Aunque el régimen de retribución variable tuviera siempre presente la disponibilidad presupuestaria de la empresa, dicha circunstancia no se hizo valer a través del mecanismo del art. 41 ET y en tiempo oportuno, sino de forma tardía y anómala.

### **3.Consideraciones específicas.**

Pese a la legítima invocación de argumentos contradictorios a lo largo de un recurso, es difícil seguir el discurso articulado en varios pasajes; lo mismo pretende acreditar que la empresa podía alterar el sistema de Incentivos como niega la existencia de una decisión patronal que lo haya cambiado; tan pronto se hace hincapié sobre la difícil situación económica del Banco CAM como se explica que nadie pudo alcanzar sus objetivos al carecerse de medios para medir los resultados; se considera nimia la repercusión de lo acordado y se enfoca como mera liberalidad el pago del 90%.

Con todo, para brindar una adecuada respuesta a las alegaciones del motivo y a las afirmaciones contenidas en los escritos de impugnación, seguidamente se exponen las razones por las cuales no puede estimarse cuanto propugna.

#### **A)Resultados empresariales.**

El motivo dedica atención detallada a exponer las cuentas de pérdidas y ganancias del Banco CAM así como su deficiente situación, que acabó desembocando en la intervención por el FROB y su posterior adquisición por el Banco de Sabadell, que también acusó un fuerte descenso en su rentabilidad.

Se trata de argumentaciones a partir de datos objetivos, pero inocuas a los fines del litigio. Aquí no están en discusión los motivos del Banco para rebajar el *quantum* de los incentivos devengados por cada trabajador. Si así fuere, desde luego, tendría mucho sentido entrar a examinar los resultados de explotación que haya arrojado uno u otro periodo. Lo que le imputa la demanda es que se ha reducido la cantidad ya devengada por los trabajadores, sin haberse seguido el trámite de modificación sustancial de condiciones de trabajo y, además, privando retroactivamente de unos derechos ya nacidos.

#### **B)La MSCT y el procedimiento seguido.**

1. El motivo expone que "se abonó el Incentivo 100 en aplicación de los criterios que lo regulan, sin que ello pueda ser considerado una medida ni una modificación por parte de la Entidad", de donde deriva también la inadecuación del procedimiento seguido, excepción procesal que se formuló en instancia y se reitera en el recurso (pág. 5), aunque sin dedicar un específico motivo al efecto. Manifiesta que no existe ningún sistema consolidado de retribución variable, porque no se trata de un sistema consensuado con los representantes de los trabajadores. Añade que es práctica habitual que los parámetros y objetivos que responden al sistema de incentivos sean modificados unilateralmente por la empresa de forma reiterada, sin que previamente se hubiera interpuesto demanda alguna respecto a dichos cambios. Considera que lo que subyace en el presente procedimiento es una reclamación de cantidad por el 10% que la demandante entiende que deben percibir los empleados, que no se había devengado y que debía solicitarse en pleitos individuales.

2. La sentencia recurrida explica que existe un colectivo de trabajadores afectados y un interés general (todos han visto modificado su régimen retributivo con posterioridad al periodo en que el mismo ha sido devengado). Son tres los núcleos argumentales en que se basa para desestimar la excepción, al tiempo que identifica los contornos del debate:



Los trabajadores afectados por este litigio son aquellos a los que se aplica la decisión empresarial de no abonar al personal con derecho al cobro de incentivos, el 10% del importe de los mismos correspondiente al cuarto trimestre de 2012, que es un grupo perfectamente homogéneo integrado por los trabajadores que habían alcanzado sus objetivos en el último trimestre de 2012.

Este colectivo tiene un interés general, como exige el art. 153 de la LRJS puesto que se ha modificado su régimen retributivo con posterioridad al período de devengo de su retribución variable del último trimestre de 2012.

Incluso aunque se hubiera probado que la empresa pudiera modificar unilateralmente el régimen retributivo de las retribuciones variables y también sus importes, nunca puede hacerlo cuando la contraprestación laboral para el percibo de dichas retribuciones se ha cumplido por los trabajadores, ya que el cumplimiento de lo convenido no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes ( art. 1256 del Código Civil ) y además vulneraría lo dispuesto en el art. 4.2.f) del ET en relación con lo dispuesto en el art. 29.1 del mismo texto legal .

3. El procedimiento que se considera inadecuado por el recurso es el de conflicto colectivo impugnando una modificación sustancial no manifestada formalmente como tal por la empleadora. La descripción realizada por los HHPP de la sentencia recurrida y las expuestas consideraciones jurídicas muestran a las claras que nos encontramos ante un debate nada plural y sí muy colectivo.

Lo que se está combatiendo es una decisión empresarial de efectos generalizados entre un colectivo bien identificado; no se reclama el abono de una cantidad concreta para trabajadores concretos. Claro es que, legítimamente y en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva ( arts. 24 CE y 4.2.g ET ), cualquiera de los afectados por la minoración del diez por cien a que viene aludiéndose, habrá podido reclamar su derecho; pero ello no supone que la vía del conflicto colectivo sea inadecuada. También, como subraya la sentencia de instancia, los demandantes podían haber optado por la posibilidad condenatoria que el art. 152.1 LRJS permite.

4. Tampoco es ocioso recordar que tras la LRJS, la desestimación de una demanda por inadecuación de procedimiento se ha convertido en remedio subsidiario y excepcionalísimo, como muestra su artículo 102.2 ; recordemos su prescripción:

*Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.*

Por eso nuestra STS 8 abril 2014 (rec. 218/2013 ) acepta la posibilidad de proceder de oficio a la subsanación o conversión procedimental para evitar declaraciones de inadecuación de procedimiento: en el caso la pretensión (declaración de nulidad de un laudo arbitral que pone fin a una huelga) permitía la aplicación por analogía de los principios de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos que tienen el carácter de normas jurídicas de carácter general, en especial sobre legitimación (con presencia del Ministerio Fiscal) y otras consecuencias a ello inherentes.

Como hemos recordado en la STS 11 noviembre 2014 (rec. 3102/2013 ) el art. 102.2 LRJS prevé el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia solo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento, sin que tampoco se establezca la declaración de nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al momento de interposición de la demanda. Asimismo, la STS 27 enero 2015 (rec. 28/2014 ) constata que no es posible reconducción alguna (se ha tramitado como conflicto colectivo lo que debiera haber seguido la modalidad de despido colectivo) y retrotrae actuaciones al Tribunal de instancia.

5. No solo la desestimación de la demanda es excepcional consecuencia de la inadecuación de procedimiento, sino que el seguido se considera adecuado. Jurisprudencia uniforme viene indicando que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos, que concurren en el presente supuesto, como queda explicado: **1)** Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, "entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad". **2)** Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como "un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros.



Y ha señalado también que el hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un interés individualizable, en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada esta modalidad procesal, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación, aquí de una decisión o práctica de la empresa, que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Ello es así porque en los conflictos colectivos late un interés individual o plural, en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el artículo 160.3 LRJS (o el 158.3 LPL).

Por todas, véanse las SSTS de 19-5-04 (rcud. 2811/2003 ) 4 octubre 2004 (rcud. 39/2003 ), 8 de julio del 2005 (rcud. 144/2004 ), 28-1-2009 (rcud. 137/2007 ), 8 julio 2010 (rec. 183/2009 ) entre otras muchas).

6. Las anteriores razones conducen a desestimar el motivo del recurso en cuestión. La tramitación seguida no ha sido inadecuada. Esa valoración puede predicarse a la vista de los hechos y pretensiones que la propia demanda contenía (momento en que debe valorarse), pero también cuando se conoce lo que la sentencia de instancia declara acaecido (segunda posibilidad, por si hubiera habido variaciones relevantes y estuviera en cuestión el derecho de defensa). Ni siquiera ahora, cuando *ex post* y finalmente hemos procedido a la fijación final de lo ocurrido, se atisba que el trámite seguido pueda resultar inadecuado y, en su caso, irreconducible al correcto.

Tema diverso, por supuesto, es que pueda prosperar la tesis empresarial de que no ha existido modificación del Plan de Incentivos o que lo acaecido sea una modificación no sustancial. Pero ello afecta al modo en que se resuelva el debate, no al cauce a cuyo través discurra.

En resumidas cuentas, la demanda y el procedimiento siguieron los trámites adecuados a la índole de la pretensión y de las resistencias opuestas. El motivo, como proponía el Fiscal, ha de desestimarse.

### **C) Ausencia de modificación en las condiciones de trabajo.**

Como se expuso, este motivo se ha traducido en la exposición de toda una serie de pequeños argumentos tendentes a mostrar que no ha habido una MSCT; ahora procede realizar una breve alusión a lo que no han sido aun objeto de atención.

1. Entiende la empleadora que su cuestionada decisión no altera sino que aplica la regulación del Incentivo 100.

En realidad, se trata de un razonamiento que actúa como petición de principio (no se ha incumplido, sino todo lo contrario, el régimen de incentivos) y que podría ser acertado si reposara sobre la base fáctica que pretendía y que hemos descartado.

2. Afirma el recurso que el Plan de Incentivos no es susceptible de una modificación sustancial, dado su origen unilateral. En varios pasajes insiste el recurso sobre este tema. Entiende que como el Banco elaboró y aprobó la "normativa" sobre incentivos, el mismo sujeto puede modularlo libremente.

Se trata de un malentendido que conviene desterrar cuanto antes. Los arts. 3.1.c y 41.2 ET muestran que una decisión empresarial de efectos colectivos genera derechos y obligaciones para las personas afectadas; la unilateralidad del origen en modo alguno comporta la discrecionalidad en la variación de su contenido; si se quiere afectar a derechos de los trabajadores hay que tener presente que el art. 41 ET impone la tramitación de las sustanciales para las que posean ese carácter o que los trabajadores tienen reconocidos cuantos derechos deriven específicamente de sus contratos de trabajo ( art. 4.2.h ET ).

Cosa bien diversa es que la empresa pueda fijar cada año o trimestre un Plan de Incentivos distinto, sin negociarlo, o que el Plan de Incentivos le conceda capacidades de decisión similares a las que Banco de Sabadell ha creído ejercer al disminuir el 10% en los términos expuestos.

Dicho abiertamente: claro que puede ser susceptible de una MSCT una decisión colectiva unilateral y claro que el propio empleador está obligado al cumplimiento de los derechos que ha generado libre y voluntariamente.

3. Argumenta que la modificación no sería sustancial, sino accidental o menor y transitoria o temporal.

La retribución es un elemento esencial del contrato de trabajo ( art. 1.1 ET ), que posee un nivel mínimo garantizado ( art. 27 ET ), reforzado por preceptos de toda índole constitucional, internacional o comunitaria y cuya percepción es uno de los derechos básicos de todo trabajador ( art. 4.2.f ET ).

El razonamiento del recurso conduce a sostener que una rebaja retributiva de cuantía escasa y transitoria entra dentro de las facultades empresariales ( arts. 20 ET y concordantes) y que al no ser MSCT es incompatible a través del conflicto colectivo.

Esa tesis debe rechazarse de manera decidida. Primero, porque el conflicto colectivo no ha seguido el cauce del artículo 138 LRJS , aunque entienda que hay una MSCT. Segundo, porque lo que está pidiendo es que cese



una conducta empresarial (y para ello resulta indiferente que estemos ante cambio accidental o sustancial desde la óptica del art. 41 ET). Tercero, porque la decisión empresarial de afectar a los derechos salariales de todo un colectivo difícilmente dejará de considerarse trascendente por el hecho de afectar al 10% de una partida retributiva y durante tres meses. Cuarto, porque cualquier conducta empresarial que se considere ilícita (aunque fuere de entidad nimia) puede combatirse mediante el conflicto colectivo si se cumplen los presupuestos procesales de este tipo de acción, examinados más arriba. Quinto, porque la propia posibilidad de recurrir una sentencia en casación indica que para el legislador siempre es importante lo discutido a través del conflicto colectivo.

4. Se expone que la minoración está justificada por la pérdida de rentabilidad empresarial y la muy deficiente situación del Banco CAM.

Se trata de argumentación algo contradictoria con la tesis del recurso. Si la decisión empresarial está fuera del ámbito del artículo 41 ET (tesis de la empresa), resulta indiferente la existencia de razones económicas o productivas para adoptar su decisión, porque nos moveríamos en el plano de lo discrecional y la causa sería inocua e inexigible.

Pero es que, como venimos reiterando, aquí no se discute la alteración del sistema de incentivos, sino el acuerdo de rebajar los ya devengados. Y si se consideran inocuos los motivos del retraso empresarial en el pago de salarios a fin de que opere el recargo por mora (art. 29.3 ET) o de que proceda la extinción causal del contrato (art. 50.1.b ET), lo mismo sucede cuando lo que se pretende es rebajar retroactivamente la cuantía ya devengada. No es que preceptos constitucionales o legales impidan esa rebaja (a la postre, incumplimiento) sino que la argumentación es tan cierta y comprensible como intrascendente para el litigio.

5. Algún pasaje también insiste en que no se habían cumplido los objetivos necesarios para el devengo de incentivos.

La desestimación de las revisiones fácticas y la contemplación del relato de hechos probados, según ha quedado configurado, permite responder a esta objeción con el HP segundo: el conflicto afecta a quienes "generaron derecho al cobro de incentivos por el sistema de retribución variable denominado Plan de Incentivos CREAS".

6. También se argumenta que la normativa 7214 ampara la conducta empresarial.

Pero lo cierto es que el relato de hechos probados no da por sentado que esa sea la regulación aplicable a los trabajadores procedentes de la CAM; que no se ha interesado revisión fáctica al efecto; que las impugnaciones al recurso niegan expresamente esa apreciación; que la normativa en cuestión tampoco contempla una hipótesis como la aquí acaecida; que durante el periodo de devengo los trabajadores aún pertenecían a la plantilla del Banco CAM y quedaban fuera del ámbito aplicativo de esa "normativa".

7. Se aduce que la doctrina judicial ampara conductas como la aquí enjuiciada.

La reproducción de fragmentos de sentencias dictadas por la Audiencia Nacional (como la propia recurrida) o por Tribunales Superiores de Justicia ilustra sobre el parecer de tales tribunales, pero en modo alguno aporta solución a un caso tan específico como el aquí enjuiciado. No se trata ya de que el art. 207.e) solo permita basar la casación en infracciones de la jurisprudencia, sino de que la argumentación de las sentencias en modo alguno permite entender que esos Tribunales hayan resuelto un caso idéntico.

8. Pretende también el recurso que no se ha modificado sistema de retribución variable, ya que no existe un sistema consolidado.

Nuevamente el recurso parece confundir los términos del debate desarrollado. Lo que la sentencia recurrida ha entendido es que la empresa carece de la facultad que ha ejercido. Dicho de otro modo: que el Plan de Incentivos no ampara su conducta.

9. En fin, se sostiene que el variable no forma parte fija del sueldo.

Que un Plan de Incentivos constituye parte no fija, ni garantizada, del salario tampoco está en discusión. Pero eso es compatible, desde luego, con que surja un derecho (jurídicamente exigible, por tanto) al cobro de lo devengado con arreglo al propio Plan de Incentivos (aunque ni el Plan ni las cuantías se consoliden).

#### **SEXTO.- Desestimación del recurso.**

1. Todo lo anterior desemboca en la desestimación del recurso y en la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.



En consecuencia, el recurso ha de ser desestimado, la sentencia de instancia confirmada y aplicadas las previsiones de los artículos 235.1 LRJS ("la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso) y 217.1 LRJS (sobre pérdida del depósito en caso de que el recurrente lo hubiere constituido).

2. Ello no obstante, interesa realizar una precisión. La conducta empresarial sería igualmente contraria a Derecho si se hubiera canalizado a través del artículo 41 ET porque el procedimiento que allí se contempla no permite la privación de derechos ya devengados.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso de la empresa, pero reforzando esa decisión también desde la perspectiva segunda de la demanda y de las impugnaciones al recurso: se estaba privando retroactivamente de unos derechos ya devengados. Como bien apunta la sentencia que vamos a confirmar, aunque se hubiera probado que la empresa pudiera modificar unilateralmente el régimen retributivo de las retribuciones variables y también sus importes, nunca puede hacerlo cuando la contraprestación laboral para el percibo de dichas retribuciones se ha cumplido por los trabajadores, ya que el cumplimiento de lo convenido no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes ( art. 1256 del Código Civil ) y además vulneraría lo dispuesto en el art. 4.2.f) del ET en relación con lo dispuesto en el art. 29.1 del mismo texto legal .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

1) Desestimamos el recurso interpuesto por el BANCO SABADELL, S.A., representado y defendido por el Letrado Sr. Jordá de Quay, contra la sentencia 97/2013 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 20 de mayo de 2013 , en autos 127/2013, seguidos a instancia de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS, contra dicho recurrente, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACIÓN DE CUADROS, FESIBAC-CGT, SICAM, INTERSINDICAL CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CATALUNYA, EUSKO LANGILEE ALKARTASUNA, ASOCIACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES DE AHORRO, LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK y el SINDICATO VIETNAMITA, sobre conflicto colectivo.

2) Confirmamos la citada sentencia 97/2013 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 25 de mayo de 2013 , dictada en autos nº 127/2013.

3) Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios de los Letrados de las partes recurridas.

4) Disponemos que se dé a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legalmente procedente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.