



Roj: **STS 1195/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1195**

Id Cendoj: **28079140012020100223**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2020**

Nº de Recurso: **214/2018**

Nº de Resolución: **339/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2708/2018,**
STS 1195/2020

CASACION núm.: 214/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 339/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 14 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D.^a Coral Gimeno Presa, en nombre y representación de la Confederación General del Trabajo (CGT), contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2018, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda 29/2018, sobre demanda de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, seguida a su instancia de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y el Sector Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo contra Atento Teleservicios España, S.A. y, en su condición de interesados, los sindicatos Federación Estatal de Servicios de la UGT; la Federación Estatal de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO); la Confederación Sindical Galega (CIG); la Unión Sindical Obrera (USO); el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC); la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F); Eusko Langileen Alkartasuna (ELA-STV); Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) y la Federación de Asociaciones Sindicales (FAGSA).

Han sido partes recurridas la empresa Atento Teleservicios España, S.A., representada y defendida por el letrado D. Eloy Castañer Payá, la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), representada y defendida por el letrado D. Roberto Manzano del Pino; y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), representada y defendida por el letrado D. Pedro Poves Oñate.

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



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de febrero de 2018, la representación letrada de la CGT presentó demanda de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, registrada bajo el número 29/2018, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia por la que: "se declare nula o, subsidiariamente, injustificada la medida adoptada por la empresa consistente en la implantación del programa PR-32 Procedimiento de Gestión del desempeño y con todos los efectos inherentes a dicha declaración".

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

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

1º.- La empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A es una multinacional de servicios de Contact Center que emplea un promedio de 10.000 trabajadores, y tiene centros de trabajo distribuidos en hasta 14 provincias del territorio nacional. Las relaciones laborales se rigen por el vigente II Convenio Estatal para el Sector del Contact Center (BOE 12 de julio de 2017). CGT es un sindicato de ámbito estatal e intersectorial, con notable implantación en la plantilla de ATENTO, habiendo obtenido 44 delegados en elecciones a comités de empresa en las diversas elecciones sindicales celebradas en la empresa, sobre un total de 208 delegados en la empresa.

2º.- El conflicto colectivo afecta a todos los centros y a todos los servicios de la compañía y a todos los agentes (teleoperadores, teleoperadores especialistas y gestores) y coordinadores y resto de participes asociados a dichos servicios.

3º.- La empresa tiene implantada desde hace varios años una aplicación informática llamada "Gestión del desempeño", ligada al Sistema de Retribución Variable. La aplicación contiene información sobre lo siguiente:

- Por meses, rangos de medidas máximas y mínimas para los objetivos establecidos unilateralmente para cada servicio, necesarios para cobrar incentivos. Se dispone de los datos mensualmente aproximadamente sobre el día 10 de cada mes (nunca con antelación) y cada mes pueden cambiar tanto los objetivos como el peso de cada uno para el cálculo de la retribución variable.
- Datos individuales del rendimiento atendiendo a esos objetivos, y resumen mensual de los datos por equipo y servicio/departamento. En el caso de algunos servicios y objetivos los datos aparecen diariamente en la aplicación y en otros pueden tardar días o semanas en ser colgados. El derecho al cobro de los incentivos se aplicaba a toda la plantilla de operaciones, sin que se suscribieran pactos individuales de incentivos con cada trabajador.

4º.- El 28-07-2016 la empresa comunicó a la RLT la presentación de la Gestión del Desempeño y el sistema de retribución variable, a los efectos del art. 64.5.f ET, sin que conste acreditado, que se emitiera informe alguno por parte de la RLT. El documento obra en autos y se tiene por reproducido, significándose expresamente que los objetivos de ATENTO eran los siguientes: Un modelo de gestión del rendimiento individual que impulse el desarrollo de los agentes, involucrando a toda la cadena de mando, desde Gerente a coordinadores, analizando de forma continua los resultados de sus equipos de forma individual y grupal, comunicando el rendimiento y asesorando para maximizarlo, con coaching, que permita mover a las personas hasta los niveles de máximo desempeño, optimizando la experiencia del cliente. El sistema pivota sobre tres llaves: Absentismo, fijándose un objetivo común del 0% para todos los servicios, precisando que el objetivo incorpora en los motivos las causas de exclusión, previstas en los arts. 28 y 29 del convenio. Fijación de objetivos, precisándose que es presupuesto, para cobrar el SRV, la validación de objetivos en la herramienta, sin que computen para la validación: devolución de objetivos y no interacción con la herramienta. Nivel de desempeño: Nivel de desempeño mínimo del 75% hasta el 96, 99% de retribución lineal; desempeño mayor 97%, 110% de retribución y se calcula el desempeño global del agente en todos los servicios en los que haya trabajado en el mes, con arreglo al tiempo trabajado en cada uno de ellos. Se introducen, además, unos impulsores del modelo, consistentes en acelerador individual Call Blending, en los términos siguientes: acelerador de un 10% para aquellos agentes que realicen Call Blending en más del 20% y cumplan los objetivos para el cobro. - Se entiende por Call Blending la combinación de dos tipos de servicios, ya sean llamadas salientes como entrantes, para diferentes clientes. - Por ejemplo, Telefónica Gran Público + Repsol. También se introduce el reconocimiento-mejora continua: se aplica a los agentes cuyo desempeño esté 50%<NcD<75% y cumplan los filtros del modelo de absentismo y firma de objetivos. - Se aplicará a un máximo de 500 agentes al final del trimestre. - Esta mejora tiene que ser: mejora continua de forma mensual, siendo la mejor mínima de 5 p.p. con respecto a la media del trimestre. - Importe 90 euros por agente abonados en la nómina de diciembre. El 9-09-2016 se comunicó a las secciones sindicales un documento, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que se explican todas las dudas, producidas en las conversaciones con los comités, sobre el sistema. El 2-12-2016 se notificó



a las secciones sindicales el modelo de gestión del desempeño para los coordinadores, cuyos objetivos son coincidentes con los de los agentes.

5º.- CGT promovió demanda de conflicto colectivo, que se tramitó como CC 30/2017, cuando la empresa el 28 de julio de 2016 pretendió establecer, como condicionante para el devengo del derecho al incentivo mensual SRV, la validación de los objetivos en la herramienta, alcanzándose un acuerdo en acta de conciliación de fecha 28 de marzo de 2017 conforme al cual "la empresa dejara de condicionar el pago de la retribución variable a la aceptación de los objetivos en el Sistema de Retribución Variable". Por lo demás, los datos, recogidos en la plataforma, referidos al cumplimiento de los objetivos, se afectaban única y exclusivamente al derecho al cobro de incentivos, esto es al sistema de la retribución variable, sin que pudieran ser considerados los objetivos ni aceptados por el trabajador ni mucho menos de obligado cumplimiento.

6º.- El 10-01-2018 la empresa ha notificado a la RLT el denominado PR-32 Procedimiento de Gestión del Desempeño (versión 8-01-2018), copia del mismo y un ejemplar de la publicación que se realizará en los centros de trabajo, mediante comunicación en la que se hacía constar que se remitía dicha comunicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.5. f) ET. El modelo de gestión del desempeño, está ligado al sistema de retribución variable (SRV) de agentes y coordinadores. La aplicación del modelo se lleva a cabo a través de una herramienta que apoya cada uno de los pasos. El contenido del Procedimiento de Gestión del Desempeño es el siguiente: 1 objeto; 2 Campo de aplicación; 3 terminología; 4 desarrollo; 5 responsabilidades; 6 obligado cumplimiento y 7 historial de revisión. En el apartado 1 " OBJETO " se recoge: (...) El objetivo del modelo de GdD es impulsar y facilitar la mejora continua del rendimiento de los agentes y coordinadores. Alcanzar una estabilidad, tanto en la gestión de los equipos como en el establecimiento de objetivos, que permita trabajar con los agentes de manera continua para así poder lograr una mejora de su rendimiento que a su vez impulse el resultado de los servicios. El modelo de gestión del desempeño está ligado al sistema de retribución variable (SRV) de agentes y coordinadores. La aplicación del modelo se lleva a cabo a través de una herramienta que apoya cada uno de los pasos." En el apartado 4.2.1 se recoge: (...) " En las sesiones de revisión del desempeño entre el supervisor el equipo de coordinadores bajo su gestión, se pone común el rendimiento de los agentes del servicio, los objetivos a alcanzar y los planes de acción que hay que poner en práctica para mejorar el desempeño de aquellos agentes que así lo requieran." En caso de desviación sobre el objetivo marcado y analizada la causa que ha provocado la desviación si se identificara una carencia concreta esta será la base sobre la que se diseñará un plan de acción. El apartado 4.2.3 relativo al cálculo SRV. El % de retribución variable será el resultado de multiplicar: el % del desempeño que corresponde al agente o coordinador en función del tipo de servicio en el cual ha estado prestando servicios. Tiempo de dedicación a los servicios que se retribuyen por SRV. Bolsa de retribución variable. La prestación de servicios de call blending permite la aplicación de un multiplicador sobre el % de retribución variable. Compensación y Beneficios, una vez obtenido el importe de SRV, informara a los gerentes de Negocio para que estos lo validen. En el caso de que se detectara un error se reiniciaría de nuevo el proceso de cálculo. Apartado 4,4, relativo a los Planes de Desarrollo Individual: Medio en el que se definen las áreas de mejora que se han identificado (al agente) para el logro de los objetivos marcados y las acciones a desarrollar (formación, sesiones de acompañamiento, etc.) que estarán disponibles para ayudarle a alcanzar las metas. 4.4.4. Procedimiento de registro. Los PDIs deben registrarse en la herramienta de GdD por parte del coordinador en el momento de comunicación de feedback al agente, no siendo posible su registro posterior. La herramienta identifica automáticamente los agentes y los indicadores para los que, debido al nivel alcanzado, se debería establecer un PDI. También permite al coordinador consultar tanto los planes de acción que tiene abiertos como el histórico. El apartado 4.5 denominado "EJECUCIÓN DE PLANES DE ACCIÓN" establece: "... Una vez diseñados los PDI, deben comenzar su ejecución. Los responsables de su ejecución deberán ejecutarlos con la debida diligencia y su adecuado registro en la herramienta. De lo contrario la empresa podrá adoptar las medidas disciplinarias que estime oportunas para garantizar el cumplimiento de este procedimiento, considerado una orden de servicio o instrucción de trabajo a todos los efectos. Con carácter general todos los PDIs deben contar, entre sus acciones con una parte formativa. (...) Es necesario que las acciones formativas que se realicen a agentes incluidos en este proceso de mejora continua tengan una gestión y registro diferenciado del resto de acciones formativas que se llevan a cabo en Atento (...) el conjunto de acciones de los PDI que no son formativas, serán responsabilidad del mando directo del trabajador "El apartado 5 "RESPONSABILIDADES". En su último párrafo dice: "El objetivo principal del proyecto de GdD es la mejora del rendimiento de los empleados, por lo que los objetivos comunicados serán de obligado cumplimiento y su incumplimiento podría conllevar consecuencias disciplinarias." El apartado 6 "OBLIGADO CUMPLIMIENTO" El cumplimiento del presente procedimiento es obligatorio para todos aquellos empleados implicados en el Modelo de Gestión de Desempeño, siendo estos identificados en el epígrafe Campo de Aplicación de este mismo documento. El incumplimiento de este procedimiento puede desembocar en las adecuadas y oportunas medidas disciplinarias.



7º.- El 10-01-2018, la dirección de la empresa notificó a la plantilla el comunicado siguiente: En el día de ayer, he aprobado el Procedimiento de Gestión del Desempeño. Me dirijo personalmente a vosotros pues quiero transmitir su enorme importancia ya que regula uno de los "procesos clave" de la gestión de nuestras personas, que es la Gestión de su Desempeño. El objetivo de este procedimiento es impulsar la mejora continua del rendimiento de Agentes y Coordinadores a través de 5 fases: 1) La determinación de unos objetivos de desempeño, 2) su posterior evaluación, 3) sesiones de revisión del desempeño en las que se revisan los resultados y los planes de acción a poner en práctica para mejorar el mismo, 4) ejecución de los planes de desarrollo individual y 5) acciones de reconocimiento y correctoras, si procede. La debida gestión de este procedimiento nos va a permitir, disponer de información fidedigna para determinar la retribución variable y acciones de reconocimiento, así como poder diseñar y ejecutar planes de desarrollo asociadas a acciones formativas ad hoc que ayuden a aquellos empleados de nuestra organización que más lo necesiten. Os ruego su detenida lectura, ya que es un procedimiento de obligado cumplimiento, para lo cual se encuentra ya disponible en la intranet de estructura y de tele operación. Si tienes cualquier consulta, no dudes en comentarlo con tu responsable. Marco Antonio Director General.

8º.- La FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT (FeSMC-UGT), UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) y CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F), promovieron sendos procedimientos de mediación ante el SIMA, en fechas 22/2/2018, 1/3/2018 y 2/3/2018, frente a Atento Teleservicios España S.A. y como interesados, CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T) FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO), CONFEDERACIÓN SINDICAL GALEGA (CIG), SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (STC), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA-STV) y FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES (FASGA), cuyo objeto fue que se declarase contrario a derecho el último párrafo del apartado 5 y la totalidad del apartado 6 del Procedimiento de Gestión de Desempeño, porque el régimen sancionador no podía imponerse unilateralmente por el empresario, sino que tenía que someterse necesariamente a la ley o, en su caso, al convenio colectivo. El 16 de marzo de 2018, en relación al procedimiento de mediación promovido ante el SIMA por FeSMC, que previamente se había suspendido el 7 de marzo anterior, al que comparecieron el representante de la empresa, CGT, USO, ELA, FSMC-UGT, CSIF, CIG, FASGA, STC, FSC, CCOO se llegó a un acuerdo en los siguientes términos: "1. Se elimina toda referencia dentro del Procedimiento de Gestión de Desempeño al régimen sancionador. 2. El apartado 5, in fine, queda redactado de la siguiente manera: El objetivo principal del proyecto de GdD es la mejora del rendimiento de los empleados. Teniendo en cuenta que las normas internas de la empresa son de obligado cumplimiento, se eliminan del GdD el apartado 6 completo por considerarse innecesario". Con carácter previo CGT manifestó, que firma el acta en desacuerdo con su contenido y ELA señala, que se reserva la decisión de adherirse o no a este acuerdo, entendiéndose que, si en el plazo de una semana, no se ha manifestado expresamente a favor, ese sindicato se tendrá por no adherido al mismo. En la misma fecha, y en los mismos términos, se levantaron dos actas de acuerdo, en relación a los procedimientos de mediación promovidos por USO y por CSIF al que comparecieron la empresa y los mismos sindicatos.

9º.- En la empresa demandada la fijación de objetivos viene determinada por los contratos, que suscriban con sus clientes, que se dividen entre el número de efectivos que ejecuten cada campaña. - Esos objetivos suelen modificarse, cuando se implementan nuevas campañas o promociones en la ejecución de los contratos suscritos. Antes de la implantación del PR-32 los objetivos se notificaban a los coordinadores, quienes, a su vez, los notificaban a los agentes de manera verbal. - Una vez implantado el nuevo sistema, los objetivos se introducen en la herramienta informática, que controla todos los pasos, sin que los coordinadores o agentes estén obligados a aceptar individualmente dichos objetivos. Con anterioridad a la implantación del PR- 32 en la empresa ya existían planes de desarrollo individual, que son planes de formación y se aplican a agentes con posibilidades de mejora y que tengan más dificultades para alcanzar los objetivos. Con carácter general los PDI tendrán una duración inicial de seis semanas. El actual sistema es una herramienta en la que se integran todas las fases del proceso bajo una misma herramienta, que documenta y homogeniza toda la actividad de la empresa y a la que todos los empleados tienen acceso para poder consultarlo. Los nuevos PDI, al igual que los precedentes, se aplican a aquellos trabajadores, que no se adaptan a las campañas o tienen dificultades para alcanzar los objetivos, por lo que se les incluye en dichos planes, que despliegan una fase formativa específica, distintas a otras funciones formativas de la empresa, que se introducen y documentan en la herramienta informática, para que controle el desarrollo y cumplimiento del plan con arreglo a criterios homogéneos.

10º.- ATENTO ha despedido por bajo rendimiento, al no haber alcanzado sus objetivos, a dos trabajadores. - No se han producido sanciones con base a la aplicación del PR-32. Se han cumplido las previsiones legales".

CUARTO.- Con fecha 21 de junio de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "En la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adhirió parcialmente CCOO, desestimamos la excepción de falta de acción, alegada por ATENTO y asumida por STC. Desestimamos la demanda y absolvemos a ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A., FEDERACIÓN DE



ASOCIACIONES SINDICALES (FASGA), SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (STC), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA, CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, UNIÓN SINDICAL OBRERA, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, salvo a CCOO".

QUINTO.- 1.- En el recurso de casación formalizado por CGT se consignan los siguientes motivos:

Respecto de los antecedentes de hecho: Primero.- Al amparo del artículo 207 d), por error en la apreciación de la prueba respecto de lo afirmado en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia en relación con lo afirmado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras en el acto de la vista minutos 5:15 a 8:49 de la grabación.

Respecto de los hechos probados: Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS, por error en la apreciación de la prueba respecto de lo afirmado en el hecho probado tercero, en relación con el documento consistente en el acuerdo de mediación alcanzado ante la Sala en fecha 28 de marzo de 2017 en el CC 30/2017. Se propone la adición de un texto.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS, por error en la apreciación de la prueba respecto de lo afirmado en el hecho probado quinto, en relación con el documento consistente en el acuerdo de mediación alcanzado ante la Sala en fecha 28 de marzo de 2017 en el CC 30/2017. Se propone la redacción de un texto alternativo.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 d) de la LRJS, por error en la apreciación de la prueba respecto de lo afirmado en el hecho probado noveno, en relación con el tenor literal del PR-32 Procedimiento de Gestión del Desempeño (descriptor 37) documento consistente en PR32 (descripción 37 -doc. 2.2 de la demanda- y descripción 72 -doc. 4 diligencia final de la actora), concretamente con sus apartados 4 y 6. Se propone la redacción de un texto alternativo.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, por infracción de los arts. 41 ET, 1.255 y 1.278 del Código Civil y los principios de autonomía colectiva y pacta sunt servanda.

Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, por infracción del art. 138.7 LRJS, en relación con el art. 41.4 del ET.

2.- El recurso fue impugnado por la empresa Atento Teleservicios España, S.A.

SEXTO.- Recibido el expediente judicial electrónico de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar improcedente el recurso interpuesto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de abril de 2020.

SÉPTIMO.- Se inició la deliberación telemáticamente el día 15 de abril de 2020, en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2010, de 14 de marzo, con varias prórrogas, y se concluyó en la fecha su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional recurrida en casación desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato CGT, y declara que no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo la implantación por la empresa del procedimiento de gestión del desempeño PR-32, que aplica a partir del 8-1-2018 para el pago de las retribuciones variables.

El recurso del sindicato demandante se articula en cinco diferentes motivos.

El primero de ellos pretende una modificación en la redacción de los antecedentes de hecho de la sentencia; se articulan posteriormente tres motivos que interesan la revisión de los hechos probados; y finalmente, otros dos motivos en los que se denuncia infracción de determinados preceptos legales.

2.- El Ministerio Fiscal en su informe y la empresa recurrida en su escrito de impugnación, solicitan la íntegra desestimación del recurso.

SEGUNDO. 1.- Como ya hemos avanzado, el primer motivo solicita la modificación del cuarto de los antecedentes de hecho para que se haga constar que el sindicato CCOO manifestó en el acto de juicio que se adhiere a la demanda en la cuestión relativa a que el nuevo procedimiento de gestión del desempeño va más allá de ser una mera aplicación informática, con los añadidos que seguidamente se exponen en el recurso.



2.- Pretensión que no puede ser acogida por diferentes razones: 1º) Lo consignado en los antecedentes de la sentencia no tiene naturaleza jurídica de hecho probado cuya modificación pueda instarse por la vía del art. 207, d) LRJS; 2º) Su alteración resulta en este caso absolutamente irrelevante porque no tiene ninguna trascendencia en la resolución del recurso, una vez que incluso en la propia parte dispositiva de la sentencia ya se deja constancia de que el sindicato CCOO se adhiere parcialmente a la demanda; 3º) El sindicato CCOO no ha recurrido en casación contra la sentencia, y por CGT ni tan siquiera se explicita cual pueda ser la trascendencia de modificar los términos de los antecedentes de hecho en una cuestión que no le afecta, y respecto a la que no se plantea posteriormente ninguna concreta pretensión en los demás motivos del recurso; 4º) Si se trata de un simple error de transcripción del acta del juicio puede solicitarse su rectificación por la vía de solicitar del órgano judicial la aclaración de la sentencia; 5º) Y de estimar esta Sala que pudiese ser eventualmente necesario analizar el contenido de la contestación a la demanda de cada uno de los codemandados, no hay obstáculo legal alguno para que pueda entrar a conocer en su totalidad del acta del juicio a tales efectos.

TERCERO. 1.- Los tres siguientes motivos se articulan al amparo de la letra d) art. 207 LRJS, para interesar la modificación de los hechos probados tercero, quinto y noveno, con base a la prueba documental que para cada uno de ellos se invoca.

2.- Su resolución exige partir de la consolidada doctrina en la materia que recuerdan nuestra sentencia de 2 de marzo de 2016, rec. 153/2015, y las muchas que allí se citan, conforma a la cual, "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 inmediación 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. En concordancia, 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".

Lo que nos lleva a la aplicación de nuestra doctrina constante y sobradamente conocida, en la que venimos reiterando que, para que este motivo pueda prosperar, se necesita que concurren todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

3.- La aplicación de estos parámetros nos obliga a dar la siguiente respuesta a cada uno de los motivos: 1º) Resulta del todo innecesario transcribir en el hecho probado tercero la dicción literal de una u otra parte del documento que recoge el acuerdo de conciliación de 28-7-2016, alcanzado en el procedimiento de conflicto colectivo 30/2017 seguido ante la Audiencia Nacional al que se refiere el hecho probado quinto. Su propia naturaleza jurídica, y esa expresa mención el mismo, ya permite a esta Sala analizarlo en su totalidad en la medida en que resulte necesario para la resolución del recurso y sin necesidad de incluir en los hechos probados su íntegra literalidad; 2º) Por esas mismas razones debemos rechazar la modificación del hecho probado quinto, con la que la recurrente pretende incorporar nuevamente otros distintos apartados de aquel acta de conciliación, cuya gramaticalidad es indiscutida e indiscutible.

4.- Consideración aparte merece la revisión del hecho probado noveno, que viene a plantear la cuestión de hecho más relevante para la resolución del asunto, que no es otra que la de valorar el contenido del documento que recoge el PR-32 y su comparativa con la situación previamente existente, como base fáctica esencial para determinar si verdaderamente constituye una modificación sustancial de las anteriores condiciones de trabajo.

Interesa el recurso que se incluyan dos nuevos apartados en dicho ordinal noveno, en los que se haga constar, que: a) "Una vez implantado el sistema los criterios para definir los objetivos no solo son los contratos firmados con el cliente sino que también se definen en función de la rentabilidad y la satisfacción esperada"; y b) "Antes de la implantación del PR32 los datos individuales que se recogían en la plataforma de gestión del desempeño referidos al cumplimiento de estos objetivos se afectaban ubica y exclusivamente al derecho al cobro de incentivos esto es al sistema de retribución variable, sin embargo una vez implantado este sistema se introducen para quienes no cumplan los objetivos establecidos por la empresa para el cobro de incentivos, planes obligatorios de medidas individuales diseñados por los coordinadores así como las acciones a desarrollar denominados PDI (planes de desarrollo individual) para el logro de los objetivos que devienen



de obligado cumplimiento, Tales planes implican compromisos individuales de cumplimiento en un plazo determinado que se concreta en el momento de diseñar el plan".

Pretensión que no puede ser acogida por distintas razones.

En primer lugar, porque la redacción alternativa propuesta supone en realidad una valoración jurídica encubierta, con la que se quiere predeterminar que la implantación del PR-32 supone la introducción de ciertas modificaciones respecto al sistema anterior, que además implican la asunción de compromisos individuales de cumplimiento. Y eso va más allá de lo que debe de ser el aséptico y objetivo contenido de los hechos probados, que deben limitarse a reflejar datos puramente fácticos carentes de cualquier consideración que suponga una determinada valoración jurídica predeterminante del fallo, como sería, en este caso, la de aceptar en los hechos probados que el PR32 comporta una modificación del sistema vigente en la empresa.

A lo que debemos añadir, que lo que la recurrente pretende no otra cosa que ofrecer su particular y subjetiva valoración del documento en el que se recoge el PR-32, para insistir en la idea de que su contenido supone una modificación muy importante de los términos en los que se venía aplicando el sistema de gestión de desempeño y cobro de incentivos.

El órgano de instancia ya ha analizado exhaustivamente el contenido de dicho documento; explica pormenorizadamente y con singular motivación las razones que le llevan a concluir lo contrario a lo pretendido por el sindicato recurrente; y expone con todo detalle los argumentos con los que considera que de dicho documento no se desprende una alteración relevante del mecanismo existente desde siempre en la empresa para el devengo y gestión de esa retribución variable.

La más imparcial y objetiva valoración del órgano judicial debe de prevalecer sobre la más interesada y subjetiva de la parte, sin que esta Sala precie un error manifiesto e inequívoco que pudiere llevarnos a rectificar en tal sentido el hecho probado noveno.

CUARTO. 1.- Los dos últimos motivos del recurso se formulan al amparo de la letra e) art. 207 LRJS.

Denuncian infracción de los arts. 41 ET; 1255 y 1278 del Código Civil; arts. 138.7 LRJS y 41.1 ET, para sostener que la aplicación unilateral por la empresa del PR32 supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo que no ha sido negociada con la RLT y debe por ello declararse su nulidad.

2.- En su resolución hemos de atenernos a los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia, de los que se desprende lo siguiente: 1º) El Convenio Colectivo sectorial de aplicación no establece ningún sistema de retribución variable; 2º) La empresa demandada tiene implantado desde hace muchos años un sistema de retribución variable que funciona a través de una aplicación informática denominada "Gestión del desempeño", del que se desprende la información que mensualmente permite valorar la consecución de objetivos y el devengo de dicha retribución; 3º) El 28-7-2016 la empresa comunica a la RLT la presentación de la gestión del desempeño y el sistema de retribución variable, sin que por parte de la RLT se emitiera informe alguno. El sistema se sustenta en tres pilares fundamentales, absentismo, fijación de objetivos y nivel de desempeño, además de la introducción de otros factores de ellos que resulta finalmente la retribución variable; 4º) En fecha 9-9-2016 la empresa entrega a las secciones sindicales un documento en el que explica todas las dudas surgidas en las conversaciones con la RLT al respecto; y el 2-12-2016 se les notifica el modelo de gestión del desempeño para los coordinadores, cuyos objetivos son coincidentes con los de los agentes; 5º) El sindicato CGT promovió demanda de conflicto colectivo 30/2017, alcanzándose el acuerdo de conciliación de 28 de marzo de 2017 al que anteriormente nos hemos referido; 6º) En fecha 10-1-2018, la empresa notifica a la RLT el denominado PR-32, Procedimiento de Gestión del Desempeño, que aplica a partir de esa fecha.

Con base a estos mismos hechos, lo que se sostiene en la demanda es, resumidamente, que esta decisión unilateral de la empresa supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo anteriormente vigente en materia de retribución variable, por cuanto viene a cambiar algunos aspectos fundamentales del sistema, al individualizar los objetivos fijados por la empresa de una forma que resulta contraria a lo acordado en aquella conciliación judicial de 28-3-2017, y porque además introduce los denominados PDI (planes de desarrollo individual) hasta entonces inexistentes.

3.- La sentencia de instancia desestima la demanda y acoge las alegaciones formuladas por la empresa y el sindicato STC en su contestación, para establecer que el PR-32 es una mera herramienta informática de gestión del sistema de retribuciones variables que no modifica ningún aspecto sustancial del régimen hasta entonces vigente, ni va contra lo pactado en el acuerdo de conciliación de 28-3-2017.

Tras destacar que el convenio colectivo no contempla ningún mecanismo de retribución variable, la sentencia razona que ha existido desde siempre un sistema de incentivos basado en objetivos generales e individuales fijados por la empresa, sin condicionar su abono a la aceptación de tales objetivos por los trabajadores. A lo que



añade que a partir de 28-7-2016 es cuando la empresa implanta el actual sistema de retribución variable que ha permanecido inamovible desde entonces, y si bien inicialmente condicionaba el devengo de dicha retribución a la aceptación por los trabajadores de los objetivos en el sistema de gestión del desempeño que se implantó esa fecha, esta última condición desaparece a partir de aquel acuerdo alcanzado en conciliación judicial de 28-3-2017.

Una vez establecido esos presupuestos, la sentencia concluye que nada de esto ha cambiado con la aplicación del PR-32.

Declara probado que esta aplicación informática no exige que los trabajadores tengan que aceptar o validar los objetivos fijados por la empresa.

Igualmente considera probado que en la empresa ha existido desde siempre un plan de desarrollo individual (PDI), cuya finalidad era formar a los trabajadores en el plazo más breve posible en las distintas campañas encargadas por los clientes, que tienen como objetivo la mejora de la adaptabilidad de los trabajadores a las características de cada una de tales campañas, que se ejecutaban de manera individualizada a requerimiento de los coordinadores y sin someterse a un modelo homogéneo e integral. A lo que añade que esta nueva herramienta informática facilita que su promoción, gestión y control se realice homogéneamente y con plena transparencia, lo que permite a los trabajadores afectados controlar paso a paso su evolución.

QUINTO. 1.- Como recordamos en SSTs 26/11/2019, rec. 97/2018; 4/12/2018, rec. 245/2017; 3/4/2018, rec. 106/2017; entre otras muchas, "Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo son aquellas que afectan a determinadas condiciones laborales y que solo se justifican por la concurrencia de alguna de las causas establecidas por el legislador. No toda decisión empresarial que altere la prestación de servicios del trabajador constituye una modificación sustancial. La configuración de lo que se entiende por tal se fundamenta en la delimitación del poder de gestión y organización empresarial, por lo que la limitación a las facultades del empleador tiene en cuenta, tanto el tipo de condición laboral afectada -partiendo de que la lista del párrafo primero del art. 41 es meramente ejemplificativa y no exhaustiva (STS/4ª de 9 diciembre 2003, rec. 88/2003; 26 abril 2006, rcud. 2076/2005 y 22 enero 2013, rec. 290/2011)-, como la intensidad de la misma modificación. No cualquier modificación de una de esas condiciones ha de ser necesariamente sustancial, sino que en cada caso habrá que analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza sustancial o no. Y no lo es cuando "la medida adoptada no supuso alteración valorable de las condiciones de trabajo o de la remuneración" (STS/4ª de 22 enero 2013, rec. 290/2011)".

En la misma línea, la STS 29/11/2017, rec. 23/2017, viene a recopilar la doctrina en esta materia para significar que "Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi" empresarial. Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes".

La aplicación de esta doctrina a cada caso concreto exige analizar la situación jurídica existente con anterioridad en la empresa y su comparación con la resultante de la decisión empresarial en litigio, para establecer hasta que punto pudiere haberse producido realmente una alteración de las condiciones de trabajo precedentes que pueda calificarse como sustancial por afectar alguno de los aspectos fundamentales de la relación laboral hasta entonces vigentes.

2.- Su traslación al caso de autos obliga a concluir que la implantación del PR-32 no ha supuesto una modificación sustancial del sistema de retribución variable existente en la empresa, una vez que la sentencia recurrida ha declarado probado que esa herramienta informática no exige la aceptación individual de los objetivos por parte de los trabajadores, ni supone tampoco la introducción como un nuevo requisito de los PDI, que ya existían con anterioridad en la empresa y únicamente han sido homogeneizados para permitir una mejor gestión de los mismos, e incluso una mayor transparencia en beneficio de los propios trabajadores que disponen de la posibilidad de controlar su evolución que hasta entonces no tenían.

Con independencia de las dudas que pudiere presentar la imparcial lectura e interpretación de aquel acuerdo de conciliación de 28-3-2017, sobre su verdadero alcance y eficacia jurídica a la hora de condicionar el pago de la retribución variable a la aceptación individual de los objetivos fijados por la empresa del sistema de gestión de desempeño, lo cierto es que la sentencia de instancia declara expresamente probado que el PR-32 no obliga al trabajador a aceptar y validar tales objetivos, sino que, por el contrario, estima acreditado que los



coordinadores y agentes se limitan tan solo a identificar los objetivos sin que la aplicación exija que se acepten por los trabajadores afectados.

No puede por lo tanto aceptarse el presupuesto de que el PR-32 haya comportado una modificación en esta materia que venga en alterar de manera esencial lo pactado en aquella conciliación judicial.

Y otro tanto sucede con los PDI, desde el momento en el que la sentencia ha declarado probado que estos planes de desarrollo individual vienen existiendo desde siempre, y que lo que hace la nueva aplicación informática es simplemente homogeneizar su gestión y contenido, facilitando de esta manera una mayor transparencia y un mejor control para los trabajadores afectados.

Tampoco es posible encontrar en este extremo una modificación sustancial de condiciones de trabajo respecto al sistema anterior.

El recurso se limita a insistir en un punto de partida que no es acorde con los hechos que declara probado la sentencia, al afirmar que el nuevo sistema ha supuesto la introducción de los planes de desarrollo individual (PDI) que antes no existían, y a exigir la aceptación por el trabajador de los objetivos contra lo pactado en la tan citada conciliación judicial.

Presupuestos de partida erróneos que pasan por desconocer y no respetar el contenido de los hechos que la sentencia declara probados, para ofrecer un planteamiento que parte de datos fácticos inexistente, que no solo no están recogidos en el relato histórico sino que han sido expresamente desmentidos por el órgano judicial de instancia.

El recurso sustenta por lo tanto sus razonamientos en unos datos de hecho que no vienen avalados en la sentencia, para incurrir de esta forma en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (SSTS 8-11-2017, rec. 40/2017; 3-5-2017, rec. 123/2016; 11- 2- 2016, rec, 98/2015; 3-2-2016; rec, 31/2015, entre otras muchas).

SEXTO. Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar en su integridad el recurso para confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por el sindicato CGT, contra la sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2018, autos 29/2018, que desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la recurrente, a la que se adhirió parcialmente la Federación Estatal de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO), contra Atento Teleservicios España, S.A., los sindicatos Federación Estatal de Servicios de la UGT; la Confederación Sindical Galega (CIG); la Unión Sindical Obrera (USO); el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC); la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F); Eusko Langileen Alkartasuna (ELA-STV); Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) y la Federación de Asociaciones Sindicales (FAGSA), para confirmarla en sus términos y declarar su firmeza. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.