

SENTENCIA DE LA AN DE 08-04-2014 SOBRE ABONO DE INCENTIVOS EN TELEFÓNICA MÓVILES

Procedimiento seguido por demanda de CGT contra Telefónica Móviles España SAU, CC.OO., UGT, STC y Ministerio Fiscal sobre impugnación de convenio.

La CGT solicita se anule el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio, por cuanto la exigencia de estar de alta en la fecha del cobro vulnera lo dispuesto en los arts. 4.2.f , 26.3 y 29.1 ET .

Mantuvo dicha posición, porque si el trabajador ha devengado la retribución variable en el año precedente, no hay razón para exigirle que permanezca en situación de alta en el momento del cobro.

El **art. 7 del VI Convenio**, que regula la Comisión Paritaria de Negociación Permanente, dice textualmente lo siguiente:

"Para resolver las cuestiones que se deriven de la interpretación o aplicación de lo acordado en el presente Convenio, se constituye una Comisión Paritaria compuesta, de una parte, por 5 miembros designados por la Dirección de la Empresa y otros 5 designados por el Comité Intercentros.

La empresa demandada excepcionó falta de agotamiento de la vía previa, porque CGT no acudió a los medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos, entre los cuales el art. 4.1.g del V ASAC incluye a los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos de forma previa al inicio de la vía judicial, como exige el art. 7 del VI Convenio.

CGT se opuso a dicha excepción, por cuanto el art. 7 del VI Convenio no contempla dicha exigencia. La Sala comparte la postura de CGT, por cuanto la simple lectura del art. 7 del VI Convenio permite concluir que el sometimiento de las discrepancias producidas en el seno de la Comisión paritaria de Negociación Permanente a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, al V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales colectivos (ASAC), según Resolución de 10-2-2012, de la Dirección General de Empleo o a los que pudiesen sustituirle durante la vigencia de este Convenio, **corresponde a la propia Comisión**.

Por consiguiente, probado que CGT sometió a la Comisión antes dicha en su escrito de 10-07-2013 la **eliminación del párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio**, oponiéndose la empresa mediante escrito de 17-09-2013, sin que conste acreditado que la Comisión se pronunciara al respecto, ni sometiera consecuentemente la controversia a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, regulados en el V ASAC, se hace absolutamente evidente que **CGT ni estaba legitimada como tal sindicato para someter el conflicto a los procedimientos del V ASAC, ni estaba obligada a hacerlo**, porque no se lo impone el convenio colectivo y el art. 64.1 LRJS exime de los trámites de conciliación o mediación a los procedimientos de impugnación de convenio.

El art. 165.1.a LRJS legitima para impugnar un convenio colectivo por el procedimiento de conflicto colectivo, **cuando la impugnación se fundamenta en la ilegalidad**, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las CC.AA. su respectivo ámbito. Como anticipamos más arriba, **CGT impugna el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio colectivo, porque la exigencia de estar de alta en el momento del cobro vulnera, a su juicio, lo dispuesto en los arts. 4.2.f , 26.3 y 29 ET**.

Por consiguiente, **si la impugnación del convenio se fundamenta en la vulneración de la legalidad vigente**, el único procedimiento posible, cuando el convenio colectivo se ha publicado, es el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en el art. 163.3 LRJS, con independencia de que se estime o no dicha pretensión, como viene reiterándose por la jurisprudencia, por todas STS 26-09-2009. Se impone, por tanto, la **desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, alegada por la empresa demandada, porque el procedimiento adecuado para la impugnación del convenio, cuando se fundamenta, como aquí, en su ilegalidad, es el elegido por CGT, como defendió expresamente el Ministerio Fiscal**.

El **art. 4.2.f ET** reconoce como derecho laboral básico de los trabajadores, la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, reiterándose dicho derecho en el art. 29.1 ET

El **art. 26.3 ET** dispone que mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará **la estructura del salario**, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

El **art. 38 del VI Convenio**, que regula la retribución variable (incentivos), dice textualmente lo que sigue:

"Los trabajadores percibirán en función de los resultados de la revisión anual del desempeño, del periodo de prestación efectiva de servicios y del grado de cobertura tanto de los objetivos de negocio como de los objetivos individuales que se les asignen y al cumplimiento de los requisitos exigibles en cada caso, los incentivos de carácter anual que puedan establecerse.

Para el supuesto que como consecuencia de la revisión anual del desempeño correspondiente a la evaluación objetivos individuales, el trabajador no perciba los incentivos anuales, previa conformidad de éste, se informará al Comité Intercentros de esta situación.

Al cumplimiento del nivel de excelencia de todos los objetivos asignados estos incentivos tendrán una cuantía anual de hasta el 10 por ciento de la retribución fija de cada trabajador. Estos incentivos se devengarán y abonarán, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar en situación de alta en la Empresa, en la fecha de su pago.

A estos efectos las situaciones de baja por enfermedad, maternidad o accidente, y los permisos con o sin sueldo, se considerarán asimilados al alta.

Objetivos de negocio.

La Empresa se compromete a informar al Comité Intercentros de los indicadores por los que se mide el resultado de Telefónica España, de su ponderación y de los criterios fijados para su valoración.

Asimismo, la Empresa informará, una vez cerrado y auditado el ejercicio contable, del valor alcanzado por cada uno de los indicadores y, en su conjunto, del grado de cumplimiento sobre objetivos resultante.

Igualmente, la Empresa se compromete, al cierre de cada trimestre del año, una vez hechos públicos los resultados de cada periodo, a trasladar a la Representación de los Trabajadores los resultados obtenidos por cada indicador, en aquellos en que hubieran datos publicados, y el grado de cumplimiento del resultado de Telefónica España de acuerdo con el siguiente criterio, sin que se especifique el porcentaje de cobertura presupuestaria:

Grado cumplimiento de objetivos

- 0% a 50%
- De 50% a 100%
- Máx. 125%
- No cumplimiento
- Cumplimiento
- Sobrecumplimiento

Carreras profesionales.

Los empleados adscritos a las carreras de gestión de proyecto (consultores P1, P2 y P3), Jefes de Producto y Comercialización en los niveles 1 y 2 y la de Jefes de Proyecto y Desarrollo de Servicios de niveles 1 y 2, mantendrán durante la vigencia de esta Prórroga los porcentajes de incentivos que tengan asignado en su carrera en función de su nivel profesional"

La simple lectura del artículo transcrito nos permite concluir que **el incentivo es anual y se percibe en función de los resultados de la revisión anual del desempeño**, del periodo de prestación efectiva de servicios y del grado de cobertura tanto de los objetivos de negocio como de los objetivos individuales que se les asignen y al cumplimiento de los requisitos exigibles en cada caso, los incentivos de carácter anual que puedan establecerse.

La jurisprudencia, por todas STS 9-12-2010, ha defendido que, si se devenga la prima en función del tiempo de servicios, la regla general, que impide el enriquecimiento injusto, es la percepción **proporcional de la prima en función del tiempo trabajado**, siendo inadmisibles que, si no se ha trabajado todo el período exigido, se pretenda cobrar íntegramente la prima anual. Sin embargo, en el párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio, se prevé que estos incentivos se *devengarán y abonarán*, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar en situación de alta en la Empresa, en la fecha de su pago, significando, a estos efectos, que las situaciones de baja por enfermedad, maternidad o accidente, y los permisos con o sin sueldo, se considerarán asimilados al alta.

Se impone, por consiguiente, como requisito constitutivo para el devengo, además de haber cumplido los objetivos de negocio y los objetivos individuales, el estar de alta en la fecha del pago. Preceptos similares han sido validados por la doctrina judicial, por todas STS Cataluña 27-02-2002 y STSJ Madrid de 18-02-2013

La misma Sala en sentencias de 14-05-2007 y 17-03-2008, han validado cláusulas convencionales, en las que se exigía permanecer en situación de alta durante el año natural, que era el computado para el devengo de la prima.

El art. 1255 CC dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.

El párrafo cuarto del art. 38 del convenio exige, como requisito constitutivo para el devengo del incentivo, que el trabajador esté de alta en la empresa en el momento del pago, con lo que equipara al devengo con el propio pago.

Dicha exigencia es claramente abusiva, por cuanto por devengo debe entenderse, de conformidad con la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *la adquisición del derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título* y dicho derecho, como constatamos anteriormente, se alcanza cuando se cumplen los objetivos de negocio e individuales marcados por la empresa para cada anualidad, que es precisamente la finalidad de este tipo de complementos salariales, de manera que, exigir, además, que el trabajador se encuentre de alta en el momento del pago, comporta que, si el trabajador alcanzó los objetivos exigidos, la empresa se enriquezca injustamente, por cuanto recibe los frutos del sobretrabajo y no abona la retribución por una circunstancia, que podría, incluso, no ser imputable al trabajador, como sucedería con los despidos improcedentes o las declaraciones de invalidez permanente total o absoluta.

Nos parece más razonable, por tanto, la doctrina del TSJ de Madrid de 14-05-2007 y 17-03-2008, que la de sus sentencias de 27-02-2002 y 18-02-2013, por cuanto las primeras exigen la permanencia del trabajador durante el año natural, que es el período del devengo de la prima, mientras que las segundas validan cláusulas convencionales, que exigen el alta en el momento del cobro, sin que dicha exigencia se apoye en criterios razonables que, al menos en el presente procedimiento, no se han esgrimido por los demandados.

En efecto, una cosa es que el incentivo se pague en el primer cuatrimestre del año siguiente, porque es necesario comprobar si se han cumplido los objetivos de negocio y los objetivos individuales y otra exigir que los trabajadores, que hayan cumplido ambos objetivos, estén de alta en el momento del pago, porque **dicha exigencia es claramente abusiva, desproporcionada y contraria a la finalidad natural de la retribución variable**, por lo que debe tenerse por no puesta, a tenor con lo dispuesto en el art. 7.2 CC.

Dicha conclusión no puede enervarse, porque el párrafo controvertido se haya mantenido desde el año 1998 o porque CGT no firmó el convenio por dicha razón, puesto que **dichas circunstancias no empañan la ilegalidad del convenio, que debe ajustarse necesariamente a la legalidad**, a tenor con lo dispuesto en el art. 3 ET, en relación con lo dispuesto en los arts. 1255 y 1258 CC.

Se estima, por lo expuesto, la demanda, si bien parcialmente, por cuanto **solo constituye abuso de derecho en el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio que se exija el alta en el momento del pago del incentivo**. Sin costas por tratarse de un proceso colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

FALLO

En la demanda de impugnación de convenio colectivo, promovida por CGT, se desestiman las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de inadecuación de procedimiento

Se estima parcialmente la demanda y **se anula el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio la exigencia de alta en el momento del cobro** para el abono de los incentivos y se condena a Telefónica Móviles, UGT, CC.OO. y STC a estar y pasar por dicha nulidad parcial, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda.

Contra la Sentencia cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del TS, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la AN en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la AN el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de **600 euros** previsto en el art. 229.1.b de la LRJS.

VER SENTENCIA

<http://www.lapirenaicadigital.es/SITIO/SENTENCIAAN08042014.pdf>