

Roj: STSJ AND 9112/2011  
 Id Cendoj: 41091340012011101780  
 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
 Sede: Sevilla  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 315/2010  
 Nº de Resolución: 2549/2011  
 Procedimiento: SOCIAL  
 Ponente: JESUS SANCHEZ ANDRADA  
 Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso nº 315/10 (LC) Sentencia nº 2.549/11

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMA.. SRA.:**

**DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO, PRESIDENTA**

**ILTMOS. SRES.:**

**DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ**

**DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA**

En Sevilla, a veintinueve de septiembre de dos mil once.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY** , ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 2.549/11**

En el recurso de suplicación interpuesto por Aida , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DIEZ de los de SEVILLA en sus autos núm. 1106/08; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, se presentó demanda por el recurrente, contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día treinta y uno de julio de dos mil nueve por el referido Juzgado, en la que se estimó parcialmente la demanda.

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

""PRIMERO.- La actora, D<sup>a</sup> Aida , presta servicios por cuenta de la empresa demanda, ostentando la categoría de asesor comercial y cargo de ejecutivo de ventas, habiendo sido encuadrada, con efectos de 1 de julio de 2001, en el nivel V2.

SEGUNDO.- La demandante, que estaba acoplada en la Unidad de Jefatura Area de Ventas Pymes Sevilla-Córdoba (C.T. La Palmera) fue adscrita, por reestructuración organizativa de la empresa, a la Jefatura de Atención Comercial T-VI, ubicada en el edificio *C.T. Flores, el 7 de abril de 2006* -habiendo cumplido la empleadora el trámite de comunicación previa al Comité de Empresa que emitió informe al respecto-, comunicándosele por la demandada a la trabajadora que a partir de ese momento quedaba encuadrada en el nivel VI.

TERCERO.- La demandante, disconforme con el nivel asignado presentó reclamación interna frente a la empresa el 6 de abril de 2006 que le fue denegada el 12 de junio de 2006.

**CUARTO.-** La actora percibió en la nómina de marzo de 2007, en concepto de incentivos ventas, la suma de 1.843,54 euros, habiendo formulado el 20 de junio de 2007, reclamación interna frente a la empresa del siguiente tenor: "Considerando que en ningún caso yo he renunciado al nivel V2 dentro de carrera comercial, por tanto reclamo mi nivel V2 y, tal como se recoge en los planes de incentivos, no debe detrarse de los mismos el importe que se cobra como gratificación de experto por un importe global anual de 1803 euros. Es por lo que reclamo dicha cantidad y más aun, sin menoscabo de esta situación, el periodo que permanecí en el Departamento de Pymes y que no entra en discusión sobre el nivel que ostentaba (entre el 1-01-06 y 10-04-06) solicito se me abone la cantidad de 520,86 euros que se me ha detrado por dicho periodo por el concepto de gratificación de experto, de los incentivos.". La empresa dictó resolución el 13 de julio de 2007, del siguiente tenor: "En relación a tu reclamación manifestarte que no procede el reconocimiento del nivel V2 porque el puesto ocupado en la jefatura de atención comercial territorio es VI, como se te indicó en el escrito de fecha 30 de marzo de 2006 en el cual se atendió a tu solicitud de cambio de acoplamiento a la referida jefatura formulada el 28/12/2005 a través de edomus. Por lo que se refiere a la gratificación V2 correspondiente a los tres primeros meses de 2006, detrados en su día de los incentivos, damos instrucciones para que te sean abonados."

**QUINTO.-** El 26 de noviembre de 2007, la actora presentó solicitud de conciliación ante el CMAC en reclamación de la cantidad de 1.322,20 euros en concepto de gratificación experto correspondiente a los meses de abril a diciembre de 2006 y de 13.596,18 euros por incentivos V2 (2007); el 15 de julio de 2008 la demandante presentó nueva papeleta de conciliación en reclamación de los mismos conceptos, cuantificando los incentivos esta vez en 15.565,46 euros, celebrándose el acto el 30 de julio de 2008 con el resultado de intentado sin efecto, por incomparecencia de la empresa. Con anterioridad, el 21 de noviembre de 2006 la actora presentó demanda, que había sido precedida de papeleta de conciliación ante el CMAC, solicitando se declarara su derecho a ostentar el nivel V2 desde la fecha de incorporación al Departamento (10 de abril de 2006) hasta la actualidad.

**SEXTO.-** La actora percibió, en el año 2006, en los meses de abril, mayo, junio y julio de 2006 la suma de 120,20 euros, en cada una de las mensualidades, en concepto de gratificación experto y en julio, además, la de 120,20 euros en concepto de gratificación experto paga, en octubre de 2006 le fueron abonadas las cantidades de 27,66 euros y 31,61 euros por el referido concepto de gratificación experto y en diciembre de 2006 la cuantía de 118,55 euros como gratificación experto (paga).

**SEPTIMO.-** El incentivo base de la modalidad VI para el año 2006 asciende a 7.607 euros y para la modalidad V2 a 9.181 euros, siendo el importe máximo posible de 16.985 euros para la modalidad V2 y de 14.073 euros para la VI.

**OCTAVO.-** La actora permaneció, en el año 2006, en situación de incapacidad temporal del 1 al 10 de enero, del 21 al 24 de febrero, del 11 de julio al 22 de septiembre y del 9 de octubre al 31 de diciembre.

**NOVENO.-** La demandada reconoce a la trabajadora en el periodo 7 de abril de 2006 a 31 de diciembre de 2006, unos incentivos por ventas de la modalidad V1 ascendentes a 3.641,59 euros.

**DECIMO.-** El Plan de Incentivos para 2006 estaba estructurado en dos periodos, extendiéndose el primero del 1 de enero al 31 de mayo y el segundo del 1 de junio al 31 de diciembre, liquidándose los mismos al final de cada uno de los periodos expresados."

**TERCERO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante, que fue impugnado de contrario.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Contra la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda, formulada por la parte actora, se alza en suplicación la misma, por medio de su representación, dedicando su primer motivo, al amparo del *artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, LPL*, a revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, interesando nueva redacción del hecho décimo, en el que se indique que el plan de incentivos vigente durante el año 2006 para Distribución Comercial establece que los incentivos para dicho año se calculan, devengan y abonan en el primer trimestre de 2007, citando documental, siendo reiterado por esta Sala, Sentencia núm. 295, de 25 de enero 2008, entre otras muchas, recogiendo doctrina del Tribunal Supremo, por todas, STS, Sala de lo Social, de 12 julio 2004, Recurso de Casación núm. 166/2003 que respecto del error en la apreciación de la prueba, para que la denuncia del pueda ser apreciada, es precisa la concurrencia 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. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia, la revisión y la adición que se solicita, aunque cumple los criterios señalados, ya que se deduce directamente de la prueba citada, se refiere a distinto plan de incentivos del que se refiere la sentencia, pudiendo convivir con el mismo, al ser dos realidades aplicables en la empresa, como se razonará, aunque por otra parte, su inclusión no afectaría al fallo que se debe dictar, como razonaremos, procediendo por ello, la desestimación del motivo examinado.

**SEGUNDO** .- Articula la recurrente un segundo motivo de suplicación, al amparo del *artículo 191.c) de la LPL* , invocando la infracción del *art. 59.1 del Estatuto de los Trabajadores* , ET, en relación con la *cláusula 5ª* , del *Convenio Colectivo de Telefónica de España, SAU, BOE 2 de julio 2001* , mantenido por el Convenio Colectivo de la citada empresa de 2003 a 2005, BOE 16 de octubre 2003 y prorrogado hasta el 31 de diciembre 2007, BOE 15 de septiembre 2005, entendiendo que aunque reclamado en encuadramiento dentro del Nivel V2, se le vino pagando como de Nivel V1, por tanto la gratificación de experto le fue deducida de la retribución por incentivos que se le satisfizo en marzo 2007, por ello cuando reclamó por lo mismo, su reclamación no se encontraba prescrita, motivo que debe ser estimado en parte, ya que como bien recoge la sentencia y aceptan las partes, la gratificación en la modalidad V1, constituye un anticipo a cuenta de los incentivos que debe detrarse de las cantidades correspondientes cuando se produce el devengo de los incentivos, no procediendo tal detracción en la modalidad V2 en la que se asimila, por tanto, a un concepto retributivo de devengo mensual, el cual habrá de quedar en suspenso durante la permanencia del trabajador en situación de Incapacidad Temporal, IT, pues bien, sin perjuicio de lo indicado, en la modalidad V1 tampoco se satisface la gratificación en periodos de IT, sin embargo, las cantidades por ese concepto satisfechas, como se ha dicho, se detraen de los incentivos, como se ha hecho en este caso, en el que se compensa la prestación de servicios en la forma establecida para el Nivel V1, reconociendo la sentencia que no es ese el nivel que debe ser ostentado, sino el Nivel V2, lo que no quiere decir que hasta tal reconocimiento se le haya venido pagando como tal, sino en el otro, por lo tanto, como se acredita por las propias nóminas que le entrega la demandada, el Nivel reconocido y por el que le pagan, durante el periodo reclamado, constreñido ahora, entre mayo y octubre 2006, es el V1, por lo que le liquidan el incentivo, en el que se deduce la gratificación por experto, en marzo 2007, por ello, cuando reclama en noviembre 2007, no había transcurrido el año que establece el precepto invocado como infringido, pues como ha declarado esta Sala, sentencia núm. 960, de 3 de marzo 2009 y núm. 2022, de 22 de mayo 2009, rec. 877/2008 , con cita de la del Tribunal Supremo, S. 4ª, 31 de marzo 2004 , el instituto de la prescripción está configurado como un instrumento de seguridad jurídica basado en una sospecha fundada de abandono de su derecho por parte de quien está en condiciones de obtener la tutela judicial del mismo y como el plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse, de acuerdo con lo previsto en los *arts. 59.2 del ET y 1969 del Código Civil*, interrumpiéndose por el ejercicio de la acción ante los tribunales, por reclamación extrajudicial o reconocimiento de la deuda, si, como en el caso presente, se ejerció una acción dirigida a exigir el pago de cantidades adeudadas, no había transcurrido el plazo previsto en la norma para que se pudiera considerar prescrita la reclamación, ello no obstante, no hace per se que deba ser estimada la reclamación que efectúa en su totalidad, ya que tan solo le pudieron deducir de la cuantía de los incentivos, 120,20 euros en mayo, 120,20 en junio, 120,20 en julio, -84,63 agosto, para compensar el exceso de julio, cuando permaneció desde el día 11 en IT, más 27,66 euros en octubre, al encontrarse en IT, desde la fecha antes indicada, hasta el 22 de septiembre y del 9 de octubre al 31 de diciembre, elevándose la cuantía a 303,63 euros, que es la cuantía por la que debe estimarse parcialmente el motivo y el recurso, rechazando el que interpone la demandada, con un único motivo, al amparo del *apartado c) del art. 191 LPL* , invocando al infracción de la *cláusula 5ª del Convenio Colectivo, anteriormente indicada, en relación con el art. 151 de la Normativa Laboral de Telefónica, BOE 20 de agosto 1994* , entendiendo que cuando se cambia de puesto de trabajo por cambio de acoplamiento, las nuevas condiciones aplicables serán las del puesto de trabajo de destino, pues ya esta Sala se pronunció sobre tal argumento, Sentencia núm. 792/2008, de 4 marzo , declarando que lejos de tal tesis, de las transcritas Cláusulas 5ª del Convenio se infiere que la evaluación anual no es del concreto puesto de trabajo, sino "de resultados y competencias de todos los empleados adscritos a las actividades de venta presencial"; consecuencia de lo expuesto es que - contra lo que también se alega- la movilidad de la Carrera Comercial no exige "la previa existencia de puestos de trabajo del nivel de que se trate". Prueba evidente de ello es que, como se declara en el segundo párrafo del hecho probado primero, no combatido que el actor, tras la correspondiente evaluación, el 01/01/03 alcanzó el nivel V2, cuando trabajaba como ejecutivo de ventas en PYMES, Edificio Palmera; y en ese mismo puesto y en el mismo centro, conseguido ya el nivel V2 "siguió realizando las mismas funciones" hasta que en marzo de 2004 se le autorizó el cambio al Departamento de Atención comercial del Edificio Oriente; esto es, que

en el mismo puesto y realizando iguales funciones podía ostentar el nivel V1 o el V2 y siendo así, declarado el incumplimiento empresarial, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 4.2.f), ET* , en relación con el *art. 35.1 CE* , *arts. 26 y 29 ET* y *arts. 1088, 1089 y 1091 del CC* y los invocados como infringidos, la sentencia que condenó parcialmente a la demandada, debe ser parcialmente revocada, incrementando la condena en la cantidad de 303,63 euros, estimando parcialmente el recurso interpuesto por DÑA. Aida , condenando a Telefónica de España SAU, a pagar a la recurrente 2.855,18 euros, desestimando el recurso interpuesto por ésta, condenándole a la pérdida del depósito efectuado para recurrir y las consignaciones, a las que se dará el destino que corresponda, cuando la sentencia sea firme, *art. 202.1 y 4 LPL* , condenándole en costas, por así venir establecido en el *art. 233.1* del referido Texto Procesal.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**

Que debemos estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DÑA. Aida , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10, de Sevilla, de 31 de julio 2009 , en reclamación de cantidad instada por la misma debiendo ser parcialmente revocada dicha resolución, condenando a Telefónica de España SAU, a pagar a la recurrente 2.855,18 euros, desestimando el recurso interpuesto por ésta, condenándole a la pérdida del depósito efectuado para recurrir y las consignaciones, a las que se dará el destino que corresponda, cuando la sentencia sea firme, condenándole en costas, en las que se habrá de incluir la cantidad de 500 euros, en concepto de honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Se advierte a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en este caso, la diferencia entre las condenas, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" del BANESTO, oficina urbana de Jardines de Murillo, sita en Avda. de Málaga, nº 4, oficina número 4.052 de Sevilla, tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo se le advierte que, si recurre, deberá acreditar haber efectuado el depósito de 300 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, abierta en la entidad Banesto, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35-315-11, especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un recurso.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Sevilla a

En el día de la fecha se publica la anterior sentencia. Doy fe.