



Roj: **STS 1412/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1412**

Id Cendoj: **28079140012022100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2022**

Nº de Recurso: **151/2021**

Nº de Resolución: **308/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 625/2021,**
STS 1412/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 308/2022

Fecha de sentencia: 05/04/2022

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 151/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/04/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

Transcrito por: llp

Nota:

CASACION núm.: 151/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 308/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego



D^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 5 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de Casación interpuesto por el letrado D. _____, en nombre y representación de _____, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de marzo de 2021, número de procedimiento 233/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la _____ contra _____, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrida la _____, representada y asistida por la letrada D^a. _____.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la _____ se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se "dicte en su día Sentencia estimatoria de la misma en la que se declare la NULIDAD del requisito que contienen los sistemas de incentivos de que para percibir el incentivo, Bonus o retribución variable es necesario mantenerse en alta en la seguridad social en la fecha del abono de los mismos, y en consecuencia que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de marzo de 2021 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos la demanda formulada por D^a _____, letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, actuando en nombre y representación de la _____, contra, a _____, sobre, CONFLICTO COLECTIVO, Declaramos la nulidad del requisito que contienen los sistemas de incentivos en la empresa demandada consistente en que para percibir el incentivo, Bonus o retribución variable es necesario mantenerse en alta en la Seguridad Social en la fecha del abono de los mismos, y en consecuencia condenamos a la empresa demanda a estar y pasar por esta declaración."

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

"PRIMERO.- La _____, está integrada en _____, siendo sindicato más representativo a nivel estatal, según dispone el artículo 6 de la LOLS, y además cuenta con implantación tanto en _____. De hecho, ostenta prácticamente el 100% de representación sindical.(hecho no controvertido).

SEGUNDO.- El presente conflicto colectivo afecta a 3500 trabajadores de la plantilla de _____. El ámbito territorial del presente conflicto colectivo es estatal, ya que existen personas trabajadoras afectadas en centros de trabajo de más de una Comunidad Autónoma. (hecho pacífico).

TERCERO.- La empresa demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación del XXIII Convenio colectivo de banca (Código de Convenio número 99000585011981). (descripción 61).

CUARTO.- En la empresa existe un sistema de incentivos de concesión voluntaria, ligado a la consecución de objetivos, implantado en la empresa desde hace muchos años de forma unilateral, al menos desde el año 1997. Para el personal con responsabilidades comerciales, el sistema se denomina BONUS COMERCIAL, y está dirigido a las personas con puestos comerciales. Sus características y condiciones se regulan a través de una Circular, que la empresa publica cada 6 meses, en la actualidad la circular o instrucción se denomina "Bonus Comercial Red de Oficinas Segundo Semestre 2019", nº 4434, publicada por Gestión de Personas y del Conocimiento en fecha 17/07/2019. Concretamente las características generales del sistema, son: - Periodicidad semestral, distribuyéndose tanto el Bonus como los objetivos comerciales entre los dos semestres. - El importe del Bonus Comercial 2019 se desglosa en, * Tramo 1: vinculado a los objetivos comerciales que se desarrollan en la circular que regula el BONUS. * Tramo 2: vinculado al BAI del Grupo Actividad Bancaria y el Margen Bruto del centro. Con posterioridad a la celebración de la reunión de mediación en la Fundación SIMA, se han publicado las circulares correspondientes al primer semestre del 2020, con idéntica redacción, en lo que interesa a este conflicto. (Se dan por reproducidas las circulares correspondientes al segundo semestre de 2019 y al primer semestre de 2020 como descriptores 3 y 4, respectivamente.).



QUINTO.- Para el tramo 1, para 2.0 19 el bonus comercial puede alcanzar un máximo de cobro y de consecución del 300%. Este tramo se devengará semestralmente con una primera liquidación que comprenderá el periodo de 01/01/2019 a 30/06/2019 y una segunda liquidación que irá del 01/07/2019 al 31/12/2019. Este bonus devengado en el primer semestre, una vez constatados el cumplimiento de todos los requisitos de devengo, se abonará en la nómina de agosto de 2019, una vez cerrado e informado a cada empleado la consecución de sus objetivos. El bonus del tramo I devengado en el segundo semestre, una vez constatados el cumplimiento de todos los requisitos de devengo, se abonará en la nómina de febrero de 2020, una vez cerrado e informado a cada empleado la consecución de sus objetivos. El tramo 2 tiene devengo anual (1 de enero a 31 de diciembre de 2019), aunque el abono del mismo se hace al año siguiente, concretamente el pago se hace * Las personas de sin funciones comerciales: el 20 de enero del año siguiente * En red comercial: 20 de febrero del año siguiente. (hecho no controvertido).

SEXTO.- Para las personas que no tienen función comercial en el Banco, el incentivo que la empresa tiene establecido viene a ser el mismo que el tramo 2, se denomina comúnmente incentivo BAI, y también está regulado por una circular interna de la entidad, denominada Circular Incentivo Variable 2019. Igualmente, con posterioridad a la celebración de la reunión de mediación se ha publicado la Circular Incentivo Variable 2020. (descriptores 5 y 6 respectivamente, que se dan por reproducidos).

SEPTIMO.- En las circulares o instrucciones se establecen las condiciones para el devengo, los importes de Target, los porcentajes máximos de cobros, y resto de características de cada uno de los incentivos. Además, en todas ellas se establecen los requisitos para la percepción del incentivo. En todas las circulares, con una u otra redacción se establece como requisito necesario que la persona trabajadora debe estar en alta en la seguridad social en la empresa o en el Grupo en la fecha de abono del incentivo, por lo que en el caso de que no se esté de alta, en la fecha de la liquidación, no se abona cantidad alguna, aunque se haya devengado en su totalidad, aunque se hayan prestado servicios para la entidad durante todo el periodo del devengo del incentivo y se hayan conseguido los objetivos.

OCTAVO.- Se dan por reproducidas las circulares aportadas por la parte demandada desde el primer semestre de 2017 a la circular de incentivo variable de 2021, unidas a los descriptores 50 a 59.

NOVENO.- Se ha hablado con la empresa en varias ocasiones solicitando la supresión de este requisito, sin que la empresa haya atendido la solicitud. Finalmente, con fecha 7 de agosto de 2019, remite correo al Director de Relaciones Laborales del grupo con el siguiente contenido. Buenos días Juan Carlos, en la Instrucción denominada "Bonus Comercial Red de Oficinas Segundo Semestre 2019", nº 4434, publicada por Gestión de Personas y del Conocimiento en fecha 17/07/2019, dentro del capítulo "1. Información General Bonus Comercial", en el apartado "Requisitos para el devengo del Bonus Comercial", se establece que "2.- Encontrarse en alta en Seguridad Social en a 20 de agosto de 2019, respecto del primer semestre del "Tramo 1", y a 20 de febrero de 2020 respecto del segundo semestre del "Tramo 1" y del "Tramo 2". Además en la Instrucción denominada "Bonus Red a Distancia Segundo Semestre 2019", nº 4435, publicada por Gestión de Personas y del Conocimiento en fecha 22/07/2019, dentro del capítulo "Información General Bonus Comercial", en el apartado "Requisitos para el devengo del Bonus Comercial", se establece que "2.- Encontrarse en alta en Seguridad Social en a 20 de Agosto de 2019, respecto del primer semestre del "Tramo 1", y a 20 de Febrero de 2020 respecto del segundo semestre del "Tramo 1" y del "Tramo 2". Por otro lado, en la Circular denominada "Incentivo Variable 2019", nº 4414, publicada por Gestión de Personas y del Conocimiento en fecha 31/01/2019, en el capítulo "12. Abono del Incentivo", se establece que "es condición indispensable para acceder al cobro del Incentivo devengado, encontrarse en alta en la Seguridad Social en el en el momento del cobro". Así mismo, en los documentos de los planes de incentivos trimestrales de Relanza, como en el resto de empresas del Grupo, se establece que "Es condición indispensable para acceder al cobro del incentivo ser empleado de Relanza el día de pago de dicho incentivo." Así mismo, en los documentos de los planes de incentivos trimestrales de Relanza, como en el resto de empresas del Grupo, se establece que "Es condición indispensable para acceder al cobro del incentivo ser empleado de Relanza el día de pago de dicho incentivo." Como sabes la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en fecha 16 de abril de 2019 ha desestimado el recurso de suplicación interpuesto por " " (documento adjunto), contra la sentencia dictada en fecha 16 de enero de 2019, por el Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao, en autos 675/2018, confirmando la resolución de instancia. En los fundamentos de derecho indica lo siguiente: "Finalmente tampoco puede tener éxito la reclamación subsidiaria que alternativamente propone la empresarial recurrente sobre un posible devengo de la retribución variable reclamada en la demanda, pero no exigible en el cálculo indemnizatorio por tratarse la fecha del despido de 29 de septiembre de 2018, de una consecución no resuelta o finalizada, no determinada vencida líquida y exigible, para lo que viene a citar nuestra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de noviembre de 2011, Recurso 2129/11 y dos Sentencias del Tribunal Superior de 5 Justicia de Madrid, de 4 de noviembre del 2013 y de Extremadura de 7 de marzo del 2017, en situaciones fácticas y jurídicas diferenciadas y no comparables. Y es que habiéndose



reconocido que el cumplimiento de los objetivos, al menos el 90 por ciento, ya se había alcanzado, en un período previo a la extinción (folio 592), se habla de un cumplimiento a fecha de octubre del 2018 de un tanto por ciento del objetivo en lo que se refiere la demandante y testigo, más supone nuevamente una desatención del argumento valorativo, subjetivo e interesado que realiza la recurrente, por cuanto entendemos que el devengo, cálculo y liquidación ya tenía un cumplimiento previsto y acertado en el momento de la extinción, sin que su posterior liquidación para con el mes de enero de 2019 hiciese inexigible su definición y abono." Aplicando de esta manera la doctrina de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que en su sentencia de 8 de abril de 2014 marca que el requisito constitutivo para el devengo de un premio/bonus/incentivo de estar de alta en la empresa en la fecha del pago es abusivo y comporta un enriquecimiento injusto de la empresa, puesto que recibe los frutos del trabajo, pero no los retribuye. Para ajustar a derecho los sistemas de incentivos del

y eliminar cláusulas abusivas en la relación entre empresa y trabajador, requerimos que se corrijan todas las circulares, instrucciones y documentos que hayan sido publicados, anulando la mencionada condición de cobro. Y que no se vuelva a incluir en futuros reglamentos. Por la importancia de este asunto, dado que afecta al salario de los trabajadores, instamos a la Dirección a que realice estas correcciones antes del 30 de septiembre. En caso contrario presentaremos la demanda oportuna en la instancia correspondiente.(descripción 60).

DECIMO.- Hasta la fecha no se ha resuelto este asunto, y se continúa con ese redactado y en consecuencia las personas que causan baja en la entidad antes de la fecha de abono no perciben cantidad alguna.

DECIMO-PRIMERO.- El 11 de diciembre de 2019, se celebró el intento de mediación ante el SIMA, teniendo como resultado la falta de acuerdo entre las partes intervinientes. (Descripción 7). Se han cumplido las previsiones legales."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de , siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte recurrida y, evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido, se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de abril de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 9 de julio de 2020 se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO por la Letrada Doña , en representación de la - , ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra , interesando se dicte sentencia por la que se declare:

"La NULIDAD del requisito que contienen los sistemas de incentivos de que para percibir el incentivo, Bonus o retribución variable es necesario mantenerse en alta en la seguridad social en la fecha del abono de los mismos, y en consecuencia que se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración."

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 4 de marzo de 2021, en el procedimiento número 233/2020, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Estimamos la demanda formulada por D^a , letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, actuando en nombre y representación de la , contra, a , sobre, CONFLICTO COLECTIVO, Declaramos la nulidad del requisito que contienen los sistemas de incentivos en la empresa demandada consistente en que para percibir el incentivo, Bonus o retribución variable es necesario mantenerse en alta en la Seguridad Social en la fecha del abono de los mismos, y en consecuencia condenamos a la empresa demanda a estar y pasar por esta declaración."

TERCERO.-1.- Por el Letrado D, , en representación de , se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en cuatro motivos.

Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS, en relación con el artículo 210.2 b) de la misma norma, denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación de la Sala "a quo", sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, interesando la modificación del hecho probado cuarto.

Con el mismo amparo procesal, denuncia la parte recurrente, en el segundo motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba interesando la modificación del hecho probado quinto.



Con amparo procesal en el artículo 207 a) de la LRJS, denuncia el recurrente, en el tercer motivo del recurso, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos o garantías procesales, interesando la nulidad parcial de la sentencia recurrida, en concreto, la supresión del tercer párrafo del hecho probado séptimo.

Con amparo procesal en el artículo 207 e) de la LRJS, denuncia el recurrente, en el cuarto motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciando vulneración de los artículos 4.2 f), y 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1114, 1117, 1256 y 1281 del Código Civil.

2.- El recurso ha sido impugnado por la Letrada Doña _____, en representación de la _____, proponiendo el Ministerio Fiscal que se declare la improcedencia del recurso.

CUARTO.-1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS, en relación con el artículo 210.2 b) de la misma norma, denuncia la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación de la Sala "a quo", sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Invocando los documentos obrantes a los folios 16 y 17 de autos (descriptor número 3), que coincide con el descriptor 54, folios 406 y 407, interesa la modificación del hecho probado cuarto, proponiendo la siguiente redacción:

"CUARTO.- En la empresa existe un sistema de incentivos de concesión voluntaria, ligado a la consecución de objetivos, implantado en la empresa desde hace muchos años de forma unilateral, al menos desde el año 1997.

Para el personal con responsabilidades comerciales, el sistema se denomina BONUS COMERCIAL, y está dirigido a las personas con puestos comerciales.

Sus características y condiciones se regulan a través de una Circular, que la empresa publica cada 6 meses, en la actualidad la circular o instrucción se denomina "Bonus Comercial Red de Oficinas Segundo Semestre 2019" nº 4434, publicada por Gestión de Personas y del Conocimiento en fecha 17/07/2019.

La indicada circular nº 4434, literalmente recoge los siguientes Requisitos para el devengo del Bonus Comercial:

Son condiciones indispensables para el devengo, con carácter cumulativo:

1.- Respecto del "Tramo 1", la consecución de los objetivos individuales y de centro recogidos en la presente Circular, siendo necesario alcanzar un mínimo del 75 % (salvo donde se exprese lo contrario) de consecución para tener derecho a su devengo proporcional. En relación al "Tramo 2", que se alcance el BAI del Grupo Actividad Bancaria y Margen Bruto del centro.

2.- Encontrarse en alta en Seguridad Social en _____ a 20 de Agosto de 2019, respecto del primer semestre del "Tramo 1", y a 20 de Febrero de 2020 respecto del segundo semestre del "Tramo 1" y del "Tramo 2".

3.- No haber tenido durante el ejercicio 2019 una calificación C o D en las Auditorías realizadas de Intervención, de Riesgo de Crédito o de Contratos, ni en las revisiones de procedimientos de Prevención de Blanqueo de Capitales. La obtención de alguna de estas calificaciones en las Auditorías realizadas, dará lugar al no devengo del Bonus del semestre en el que se produzca la Auditoría para la plantilla del Centro/ Oficina en los porcentajes definidos, respecto del "Tramo 1". Además, se producirá la suspensión cautelar del Tramo1 del bonus del semestre posterior, sea del mismo año o el siguiente. En relación al "Tramo 2", se producirá el no devengo en su conjunto.

4.- No haber tenido durante el ejercicio sanciones del Comité Prevención Penal y Ética Profesional.

5.- Adicionalmente, los Subdirectores de Oficina, Interventores de Centros de Empresa e Interventores de Centros de Corporativa, no haber tenido durante el segundo semestre del ejercicio 2019 una calificación C o D en el apartad de Contabilidad dentro de las Auditorías de Intervención realizadas, respecto del "Tramo 1". La obtención de esta calificación dará lugar al no devengo del Bonus del semestre en el que se produzca la Auditoría para las personas afectadas en los porcentajes definidos. Además, se producirá la suspensión cautelar del Bonus del semestre posterior, sea del mismo año o del año siguiente. En relación al "Tramo 2", no haber tenido la calificación durante el ejercicio 2019, produciéndose el no devengo en su conjunto. Adicionalmente podrá establecerse la suspensión cautelar del devengo del Bonus, en el caso de que la Oficina/ Centro tenga una Auditoría en curso que pudiera derivar en una calificación C o D, o esté en curso de un expediente de esclarecimiento de hechos que pudiera derivar en una sanción disciplinaria, tal y como se establece en este apartado.



6.- Alcanzar en cada semestre el objetivo establecido para los documentos pendientes de envío y digitalización, por Oficina y Centro Total Segmentos (excluyendo B. Privada en los casos de Oficinas Universales, Centros de Empresas y Centros de Corporativa).

7.- Alcanzar en cada semestre el objetivo establecido para el porcentaje de uso de operaciones en tabletas y firmas a distancia, sobre el total de operaciones, por Oficina y CBP. Afecta únicamente a las operaciones realizadas mediante Firma Biométrica a Distancia y Firma a Distancia, sobre el total de operaciones, por empleados de Oficinas Universales y CBP's.

Con posterioridad a la celebración de la reunión de mediación en la Fundación SIMA, se han publicado las circulares correspondientes al primer semestre de 2020, con idéntica redacción, en lo que interesa a este conflicto. (Se dan por reproducidas las circulares correspondientes al segundo semestre de 2019 y al primer semestre de 2020 como descriptores 3 y 4, respectivamente)."

2.- Tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013: "Requisitos generales de toda revisión fáctica .- Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. 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 (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -; ... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de " error en la apreciación de la prueba " que esté " basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador "" (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10-); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que "no está contemplada en el ... [art. 207.d) LRJS] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [art. 193.b LRJS], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada" (STS 26/01/10 -rco 45/09 -).

En todo caso se imponen -en este mismo plano general- ciertas precisiones: a) aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo en algunos supuestos puede ofrecer "un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); b) pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental (STS 26/06/12 -rco 19/11 -); y c) la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -).

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, procede rechazar la revisión pretendida. A este respecto hay que señalar que los datos que la parte pretenden suprimir son fiel reflejo del contenido de la instrucción de fecha 17 de julio de 2019, segundo semestre de 2019, consignados bajo el epígrafe de "Introducción".

En cuanto a la reproducción que pretende de parte de dicha circular es innecesaria, toda vez que el citado hecho probado cuarto de la sentencia da por reproducidas las circulares correspondientes al segundo semestre de 2019 y al primer semestre de 2020.



QUINTO.-1.- Con amparo en el artículo 207 d) de la LRJS, en relación con el artículo 210.2 b) de la misma norma, denuncia la parte recurrente, en el segundo motivo del recurso, error en la apreciación de la prueba.

Invocando los documentos obrantes a los folios 16 y 17 de autos (descriptor número 3), que coincide con el descriptor 54, folios 406 y 407, interesa la modificación del hecho probado quinto, proponiendo la siguiente redacción:

"QUINTO.- Para el tramo 1, para 2.0. 19 el bonus comercial puede alcanzar un máximo de cobro y de consecución del 300 %. Este tramo se devengará con el cumplimiento cumulativo de los requisitos fijados en la circular. Este bonus, una vez constatados el cumplimiento de todos los requisitos de devengo, se abonará en la nómina de agosto de 2019, una vez cerrado e informado a cada empleado la consecución de sus objetivos.

El bonus del tramo I, una vez constatados el cumplimiento de todos los requisitos de devengo, se abonará en la nómina de febrero de 2020, una vez cerrado e informado a cada empleado la consecución de sus objetivos. El tramo 2 tiene idénticos criterios de devengo, abonándose de cumplirse en las siguientes fechas:

*Las personas de sin funciones comerciales: el 20 de enero del año siguiente *En red comercial: 20 de febrero del año siguiente."

2.- No procede la revisión interesada ya que el hecho cuya revisión interesa la parte no incurre en error alguno, reproduciendo parte del contenido de la instrucción de fecha 17 de julio de 2019, segundo semestre de 2019, consignados bajo el epígrafe de "Introducción".

Por otra parte, al dar por reproducidas el hecho probado cuarto las circulares correspondientes al segundo semestre de 2019 y al primer semestre de 2020, se ha de tomar en consideración su contenido.

SEXTO.- 1.- Con amparo procesal en el artículo 207 a) de la LRJS, denuncia el recurrente, en el tercer motivo del recurso, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos o garantías procesales, interesando la nulidad parcial de la sentencia recurrida, en concreto, la supresión del tercer párrafo del hecho probado sexto.

Señala que el indicado párrafo tercero es predeterminante del Fallo, vulnerando así el artículo 97.2 de la LRJS, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.

Añade que por el cauce del artículo 207 d) LRJS se ha interesado la revisión de los hechos probados cuarto y quinto pero que respecto al Párrafo Tercero del Hecho Probado Sexto, considera que debe acudir al cauce del artículo 207 a) LRJS, solicitando la supresión del indicado párrafo por predeterminante del fallo, instando la nulidad parcial expresamente avalado por el art. 243.2 de la Ley Orgánica de Poder Judicial. En todo caso, de entenderse que este planteamiento por vía del art. 207 a) LRJS estuviera mal incardinado, tratándose de una cuestión de orden público, procedería el análisis de oficio por el Tribunal ad quem. Y, en todo caso, los mismos Folios 16 y 17 de Autos, avalarían la supresión ex. Art 207 d) LRJS, al existir un error en la apreciación de la prueba.

2.- La censura jurídica formulada ha de ser rechazada. No nos encontramos ante un hecho probado predeterminante del Fallo, como alega el recurrente. En el citado hecho probado consta: "En las circulares o instrucciones se establecen las condiciones para el devengo, los importes de Target, los porcentajes máximos de cobros, y resto de características de cada uno de los incentivos. Además, en todas ellas se establecen los requisitos para la percepción del incentivo. En todas las circulares, con una u otra redacción se establece como requisito necesario que la persona trabajadora debe estar en alta en la seguridad social en la empresa o en el Grupo en la fecha de abono del incentivo, por lo que en el caso de que no se esté de alta, en la fecha de la liquidación, no se abona cantidad alguna, aunque se haya devengado en su totalidad, aunque se hayan prestado servicios para la entidad durante todo el periodo del devengo del incentivo y se hayan conseguido los objetivos."

En la Instrucción de 17 de julio de 2019 figura:

"Requisitos para el devengo del Bonus Comercial."2.- Encontrarse en alta en Seguridad Social en a 20 de Agosto de 2019, respecto del primer semestre del "Tramo 1", y a 20 de Febrero de 2020 respecto del segundo semestre del "Tramo 1" y del "Tramo 2"."

"Fechas de cobro: "El Bonus del "Tramo 1" devengado en el primer semestre, una vez constatados el cumplimiento de todos los requisitos de devengo, se abonará en la nómina de agosto de 2019, una vez cerrado e informado a cada empleado la consecución de sus objetivos.

El Bonus del "Tramo 1" devengado en el segundo semestre, una vez constatados el cumplimiento de todos los requisitos de devengo, se abonará en la nómina de febrero de 2020, una vez cerrado e informado a cada empleado la consecución de sus objetivos.



El Bonus del "Tramo 2" devengado en el ejercicio, una vez constatados el cumplimiento de todos los requisitos de devengo, se abonará en la nómina de febrero de 2020, una vez publicados los datos del BAI del Grupo Actividad Bancaria y Margen Bruto del centro".

3.- No nos encontramos ante una valoración jurídica sino ante el examen del contenido de dos cláusulas de la Instrucción de 17 de julio de 2019 que la Sala se ha limitado a poner en relación una con otra y ha concluido, como no podía ser de otra manera, que si uno de los requisitos indispensable para el devengo del Bonus Comercial es estar en alta en la Seguridad Social -el 20/08/2019 respecto del primer semestre del tramo 1 y el 20/02/2020 respecto del segundo semestre del tramo 1 y del tramo 2- y la fecha de cobro es respecto al primer semestre del tramo 1 en la nómina de agosto de 2019 y respecto al segundo semestre del tramo 1 y el tramo 2 en la nómina de febrero de 2020, si no se está de alta en dichas fechas -las fechas del cobro- no se percibe el Bonus. Siendo requisito indispensable el estar de alta en las fechas señaladas, si la persona trabajadora no está de alta no percibe el Bonus.

SÉPTIMO.-1.- Con amparo procesal en el artículo 207 e) de la LRJS, denuncia el recurrente, en el cuarto motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denunciando vulneración de los artículos 4.2 f), y 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1114, 1117, 1256 y 1281 del Código Civil.

En esencia alega que el sistema de retribución variable reviste las siguientes características: a) Son sistemas de incentivos instaurados unilateralmente por la empresa, siendo de concesión voluntaria, no consolidables, y que mejoran los mínimos legales y convencionales en materia salarial (Antecedente de Hecho Cuarto). b) Siendo un sistema unilateral de concesión voluntaria y no consolidable, la empresa es libre de fijar cuales son los criterios de devengo de estos variables, siempre que los mismo sean lícitos. Y es precisamente respecto a este punto donde la sentencia recurrida comete un error en su valoración jurídica olvidándose de hacer mención alguna a los elementos de devengo de los variables que se recogen de manera clara en las circulares. De éstas se desprende que la permanencia es un criterio de devengo y no de pago. Así, el devengo se produce con el cumplimiento, entre otros requisitos, de la permanencia hasta el momento señalado. Que éste coincida con el momento del pago, no lo convierte automáticamente en una exigencia para el cobro. La empresa, a través de un sistema discrecional que mejora los mínimos de convenio, es libre de fijar la permanencia, como criterio de fidelización, como requisito de devengo de un variable. Al igual que son lícitos requisitos como la evaluación del desempeño, la ausencia de sanciones o, entre otros, el cumplimiento de objetivos comerciales. 4.- En consecuencia, nos encontramos ante un requisito de devengo, la permanencia, perfectamente lícito, que no vulnera el art. 1256 CC, el art. 4.2 f) ET o que suponga ningún tipo de enriquecimiento injusto a favor de la empresa. La literalidad de las 11 circulares que obran en autos, así lo avala. Siendo los términos de los requisitos de devengo claros, hay que estar al sentido literal de las circulares (art. 1281 CC). Por lo demás, la licitud la fijación de permanencia en la empresa como criterio de devengo en sistema de variable que mejora las disposiciones legales y convencionales, ha sido confirmado por indicada Sentencia del Tribunal Supremo nº 934/2020 de 22 octubre (Unificación Doctrina Núm: 285/2918). La excepción apuntada en ésta Sentencia, referida a que la no permanencia del trabajador en la fecha de devengo sea por causas ajenas a su voluntad, no es lo que se ventila en el presente conflicto colectivo que, por el contrario, lo que pretende es la declaración plena de nulidad del criterio de permanencia como requisito de devengo de un variable.

2.- La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en asuntos que guardan similitud con el ahora examinado y lo ha hecho, entre otras, en las siguientes sentencias:

- STS de 2 de diciembre de 2015, recurso 326/2014, en la que se examina un precepto del Convenio Colectivo de Telefónica Móviles España SAU, que establecía una retribución variable -"incentivos"- que se percibirá en atención a las siguientes circunstancias: los resultados de la evaluación anual del desempeño de cada trabajador; el período de prestación efectiva de trabajo por cada trabajador; el grado de cumplimiento de los objetivos del negocio y el grado de cumplimiento de los objetivos que se asignen a cada trabajador. Los incentivos se abonan en el cuatrimestre primero del año siguiente al que se refieren. Para tener derecho al complemento "será condición inexcusable estar de alta en la empresa en la fecha de su pago".

La sentencia confirma la sentencia recurrida y, en consecuencia, declara ilegal el párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio Colectivo de la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A.U., en concreto la frase "y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar de alta en la empresa, en la fecha de su pago".

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

Se trata, obviamente, de un complemento de carácter salarial que el convenio, en uso de sus legítimas posibilidades, ha introducido en la estructura salarial de la empresa (artículo 26.3 ET) y cuya cuantía -como suele ocurrir en los complementos ligados al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa- no es fija sino que depende del grado de cumplimiento de los criterios que, al efecto, se hayan establecido en el



propio convenio. Además de ello, de la regulación contenida en el reseñado artículo 38 del convenio, se infiere que el complemento salarial incentivo que examinamos tiene carácter anual y la percepción del mismo por el trabajador dependerá del tiempo de servicios que haya prestado durante el año.

El artículo 38 del Convenio dispone, también, que los incentivos "se devengarán y abonarán" dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren. Confunde así el texto convencional el devengo y el abono. El devengo se refiere a la adquisición del derecho y el abono a su pago. El complemento configurado por el convenio se ha ido devengando a lo largo del año natural que corresponde y, lógicamente, se abona al finalizar el mismo, en el cuatrimestre primero del año siguiente una vez realizadas las operaciones pertinentes para el cálculo de lo devengado a fin de conformar el líquido a abonar.

La cuestión controvertida es que, a renglón seguido, el apartado cuarto del artículo 38 en cuestión, establece que para tener derecho al complemento "será condición inexcusable estar de alta en la empresa en la fecha de su pago". Tal expresión es la que el sindicato demandante consideró ilegal, lo que asumió la sentencia recurrida y ratifica esta Sala por cuanto que resulta evidente que el salario ya devengado por el trabajador debe ser abonado en el lugar y la fecha convenidos (artículo 29.1 ET) y su cobro no puede quedar condicionado a ninguna circunstancia o situación que acontezca después de su devengo y, por tanto, no puede condicionarse a la permanencia del trabajador en la empresa en el momento del pago del complemento.

La condición establecida en el convenio no sólo es, como señala la sentencia de instancia, claramente abusiva porque puede dejar el cumplimiento de la obligación en manos de una sola de las partes, teniendo en cuenta, además, la indeterminación del momento del pago (durante el primer cuatrimestre del año siguiente al de su devengo) y porque puede provocar el enriquecimiento injusto de la empresa que ya ha percibido el trabajo convenido pero se exime de pagar el complemento pactado en el convenio. La cláusula es, además, directamente ilegal porque contraviene el artículo 4.2.f) ET que reconoce y garantiza el derecho del trabajador a la percepción de la remuneración pactada o legalmente establecida, derecho absoluto y básico del trabajador, y como tal, de carácter incondicionado que no puede quedar sujeto a ninguna circunstancia impeditiva de su cobro, una vez ha sido devengado. Por tanto, someter el cobro de la partida salarial de referencia, ya devengada, a la condición de que el trabajador se encuentre de alta en la empresa en el momento de su pago es una disposición convencional totalmente ilegal que así debe ser declarada y suprimida del texto del convenio colectivo...""

- STS de 27 de marzo de 2019, recurso 1196/2017, en la que se examina si un trabajador de Securitas Seguridad España SA tiene derecho a percibir la parte de bonus por cumplimiento de objetivos que está sometida a una condición de permanencia, cuando se han cumplido los objetivos, pero el trabajador es despedido por causas objetivas antes de la fecha de permanencia fijada por la empresa. La sentencia concluye que tiene derecho al percibo de dicha retribución.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En el presente caso, consta que el percibo del tercio último del bonus de 2011, quedaba supeditado a la permanencia en la empresa hasta final de febrero de 2013. Ahora bien, considerando la permanencia indefinida en la empresa al tratarse de trabajadores fijos de la misma, cumplidos los objetivos por el trabajador, no existía inconveniente alguno en el percibo del bonus con posterioridad, sin que el mismo pueda quedar sujeto a ninguna circunstancia impeditiva de su cobro una vez devengado, y sin que de ello haya que deducirse en modo alguno la renuncia por parte del trabajador a su percibo ni la voluntad de la empresa de no abonarlo".

- STS de 11 de febrero de 2020, recurso 3624/2017, en la que se examina la cláusula del acuerdo de 18 de julio de 2012 entre Bankia y los representantes de los trabajadores, en relación con un trabajador que reclama la parte proporcional de la retribución variable, dándose la circunstancia de que había cumplido los objetivos pero no estaba de alta en la empresa a 31 de diciembre ya que había sido despedido. La citada cláusula establece que la retribución variable solo se devenga si el trabajador está dado de alta a 31 de diciembre, excepto situaciones tasadas como incapacidad permanente. La Sala concluye que procede el abono de dicha retribución.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En efecto, el Acuerdo de 18 de julio de 2012 entre la empresa y los representantes de los trabajadores establece que, además de cumplir los requisitos exigidos en el Acuerdo aplicable, la retribución variable solo se devengará si el trabajador está dado de alta a 31 de diciembre, condición claramente abusiva porque deja el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes, ya que si la empresa despide al trabajador antes de esta fecha, aunque hubiera cumplido el resto de requisitos, no se le abonaría la retribución variable. Además el trabajo ya ha sido realizado y los objetivos cumplidos y la empresa no lo retribuye".



- STS de 22 de octubre de 2020, recurso 285/2018 en la que se examina si una retribución variable pactada por la empresa y las secciones sindicales, que se calcula con base en los objetivos alcanzados el 31 de diciembre de cada año y exige estar en situación de alta en la empresa en dicha fecha, debe abonarse, en proporción al tiempo trabajado, a un trabajador que cesa voluntariamente antes de fin de año.

La sentencia concluye que no procede su abono ya que el trabajador no estaba de alta en la empresa el 31 de diciembre pues su contrato se extinguió con anterioridad por dimisión del trabajador.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento.

"El importe a percibir de Retribución Variable es el resultado de aplicar la fórmula [...] en base a los objetivos alcanzado a 31 de diciembre de cada año, siendo necesario, la superación satisfactoria de una serie de objetivos. El cobro de la retribución variable no se devengará automáticamente; el sistema contempla los siguientes requisitos [...] En primer lugar, será necesario estar en situación de alta en la Entidad a fecha 31 de diciembre del ejercicio valorado para que opere el sistema, por ser esta la fecha de su devengo. nicamente, quedan exceptuados de este requisito los supuestos de fallecimiento, jubilación e incapacidad permanente, que cobrarán de manera proporcional en función de los días de alta [...]"...

El tenor literal de la cláusula enjuiciada exige que el trabajador continúe en la empresa hasta el final del periodo temporal de devengo del bonus (el fin del año natural) porque se calcula sobre la base de los objetivos alcanzados el 31 de diciembre de cada ejercicio, salvo que por causa ajena a la voluntad del empleado este no pueda continuar prestando servicios en la empresa en dicha fecha. Por eso prev que en caso de fallecimiento o incapacidad permanente del trabajador, sí que se devengará este complemento. Pero si el trabajador voluntariamente causa baja en la empresa, el texto literal del sistema de retribución variable acordado por la empresa con las secciones sindicales impide su abono.

3. Esta cláusula, rectamente interpretada, no deja al arbitrio del empleador su validez y cumplimiento. Siempre que el trabajador permanezca en la empresa el día 31 de diciembre del año de su devengo y se alcancen los porcentajes de cumplimiento en las variables V1, V2 y V3, tendrá derecho al percibo de este complemento salarial. El trabajador es libre de abandonar la empresa voluntariamente antes de dicha fecha. Pero en tal caso, lo pactado por el empleador con las secciones sindicales impide el devengo del plus, sin que el incumplimiento de dicho requisito sea imputable a la voluntad unilateral de la empresa.

4. Un supuesto distinto sería aquél en que el trabajador no permanece en la empresa el día 31 de diciembre por causas ajenas a su voluntad. El contrato únicamente menciona tres de ellas: fallecimiento, jubilación (forzosa o voluntaria: el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, ha restablecido la jubilación forzosa) o incapacidad permanente, que permiten el abono del bonus. Pero puede haber otras causas de extinción del contrato ajenas a la voluntad del trabajador que le impidan continuar en alta en la empresa en fecha 31 de diciembre.

Es cierto que la jubilación voluntaria también permite el devengo de este complemento. Pero se trata de un caso en que la extinción contractual está vinculada al cumplimiento de una edad avanzada y al reconocimiento del derecho a percibir una pensión de jubilación, lo que constituye un supuesto radicalmente distinto del enjuiciado porque en tal caso no se trata de una extinción contractual ad nutum, es decir, tomada con base en un poder discrecional del trabajador carente de justificación o explicación, sino del ejercicio del derecho a jubilarse al cumplir una edad avanzada".

3.- La cuestión sometida a la consideración de la Sala guarda una evidente similitud con la resuelta mediante sentencia de 2 de diciembre de 2015, recurso 326/2014, en la que también se impugnaba un precepto de un Convenio Colectivo que establecía una retribución variable, que se percibirá en atención al cumplimiento de determinados objetivos, abonándose en el cuatrimestre primero del año siguiente al que se refiere, -en el asunto examinado se abona el 20/08/2019 respecto del primer semestre del tramo 1 y el 20/02/2020 respecto del segundo semestre del tramo 1 y del tramo 2- estableciendo para tener derecho al incentivo, la condición inexcusable estar de alta en la empresa en la fecha de su pago.

La Sala concluye, como ya lo hiciera en el precitado recurso 326/2014, que procede confirmar la sentencia recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad del requisito contenido en la Instrucción de 17 de julio de 2019, consistente en que para percibir el incentivo Bonus o retribución variable es necesario mantenerse en alta en la Seguridad Social en la fecha de abono del mismo.

Las razones son las siguientes:

Primera: El objetivo del Bonus es incentivar y premiar la actividad comercial de las personas que están en el núcleo donde se origina el negocio -Introducción de la Instrucción de 17 de julio de 2019- sin que exista alusión alguna a que se premia la permanencia de la persona trabajadora al servicio de la entidad.



Segunda: Para el devengo del Bonus se fijan distintos objetivos, de carácter individual y de grupo, sin que se contemple la fijación de objetivos por permanencia en la empresa ni, en consecuencia, ponderación del importe del Bonus atendiendo al periodo de cumplimiento de la permanencia en la empresa.

Tercera: No procede que el cumplimiento del contrato se deje al arbitrio de uno de los contratantes, en clara contravención a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, ya que la empresa puede poner fin al contrato antes de que llegue la fecha del pago del Bonus -20 de agosto de 2019 o 20 de febrero de 2020- con lo que se frustrarían las legítimas expectativas de la persona trabajadora de percibir el Bonus. La empresa puede decidir unilateralmente poner fin a la relación laboral mediante despido objetivo, despido disciplinario, despido colectivo..., o, incluso, propiciar que el trabajador solicite la extinción del contrato ante el perjuicio que le produce la modificación sustancial de condiciones de trabajo operada por el empresario.

Cuarta: No procede que el cumplimiento del requisito de estar en alta pueda ser incumplido por hechos ajenos a la voluntad del trabajador, impidiendo así el devengo del Bonus. El trabajador puede no estar de alta en la fecha fijada para el cobro por fallecimiento, incapacidad permanente total, absoluta, gran invalidez o jubilación y estas circunstancias no pueden ser un obstáculo para el cobro del Bonus.

Quinta: Contraviene el artículo 4.2.f) ET que reconoce y garantiza el derecho del trabajador a la percepción de la remuneración pactada o legalmente establecida, derecho absoluto y básico del trabajador, y como tal, de carácter incondicionado que no puede quedar sujeto a ninguna circunstancia impeditiva de su cobro, una vez ha sido devengado.

Sexta: Genera un enriquecimiento injusto en la empresa que percibe mayor calidad o cantidad de trabajo - cumplimiento de objetivos- realizado por la persona trabajadora y no lo retribuye.

OCTAVO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso de casación interpuesto por el Letrado D. _____, en representación de _____, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 4 de marzo de 2021, en el procedimiento número 233/2020, confirmando la sentencia recurrida.

En virtud de lo establecido en el artículo 235 de la LRJS no procede la condena en costas del recurrente.

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 Letrado D. _____, en representación de _____, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 4 de marzo de 2021, en el procedimiento número 233/2020, seguido a instancia de la Letrada Doña _____, en representación de _____ de la Audiencia Nacional contra _____, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.