



Roj: **STS 623/2023 - ECLI:ES:TS:2023:623**

Id Cendoj: **28079140012023100112**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2023**

Nº de Recurso: **4265/2019**

Nº de Resolución: **68/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 33, 15-02-2019,**

STSJ M 7233/2019,

STS 623/2023

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4265/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 68/2023

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 25 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Teodosio , representado y defendido por el Letrado Sr. Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, contra la sentencia nº 860/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de septiembre, en el recurso de suplicación nº 632/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 62/2019 de 15 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en los autos nº 1297/2018, seguidos a instancia de 15 de febrero contra la Fundación Española para a Ciencia y la Tecnología (FECYT), sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrida la Fundación Española para a Ciencia y la Tecnología (FECYT), representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de febrero de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda formulada por D. Teodosio y absuelvo a FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA FECYT de las pretensiones deducidas en su contra".



Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- D. Teodosio presta servicios para la FUNDACION ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGIA FECYT como responsable de la unidad financiera y percibe una retribución de 48.865,89 euros anuales.

2º.- En 2007 permaneció en IT en los periodos 1-1 a 1-6-2017 y 8-11 a 31-12-2017.

3.- El 12-12-12 se le comunicaron sus condiciones laborales por FECYT indicándose que el acuerdo con el art. 49 del CF y según el sistema de retribución variable establecido, el porcentaje para el cálculo de la base de dicha retribución será de 15% sobre el tramo salarial y siempre sujeto a disponibilidad presupuestaria. El devengo de esta retribución es anual y se abona al finaliza el año.

4º.- Para 2017 FECYT estableció los criterios para abono de dicha retribución en esa anulabilidad conforme documento que obra aportado por ambas partes. En dicho documento para los responsables de unidad se fijaba un límite máximo de la retribución variable de 8.160,80 euros.

5º.- El 4-4-2018 se le remite el correo en el que se le comunica que el actor alcanzó un 83% de sus objetivos por lo que le correspondía percibir 2.384 euros sobre el importe base de su retribución variable que se fijaba en 3.555 euros.

6º.- Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 25 de septiembre de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada Teodosio contra la sentencia de fecha 15 de febrero de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en autos nº 1297/2018, seguidos a instancia de Teodosio contra FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA FECYT, en reclamación de cantidad, confirmando la misma".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo, en representación de D. Teodosio, mediante escrito de 31 de octubre de 2019, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (rec. 219/2011).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 24 de julio de 2020 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes significativos y alcance del debate.

Se discute sobre la incidencia que posea la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal (IT) sobre la retribución variable contemplada en el Convenio colectivo y especificada por la empleadora.

1. Datos relevantes.

Reproducida más arriba la crónica judicial elaborada en la instancia, que es pacífica, ahora interesa llamar la atención sobre un par de cuestiones.

A) En el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid del 21 de julio de 2012 se publicó el convenio colectivo de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), Centros de Pedro Texeira número 8 y Albacete número 5 (código número 28100171012012). Su artículo 49 ("Gestión por objetivos") posee el siguiente tenor:

Siendo uno de los principios básicos de actuación de la Fundación el principio de eficacia en el cumplimiento de sus objetivos y de eficiencia en la utilización de los recursos públicos, la Fundación, a potestad de la Dirección y sujeto a disponibilidad presupuestaria, con carácter anual, aplicará un sistema de retribución variable, como herramienta de gestión que posibilite la motivación de los trabajadores y fomente la asunción de responsabilidades orientadas a la consecución de los objetivos de Visión, Vectores Estratégicos y Actividades Prioritarias de la Fundación.



La participación en este sistema de retribución variable está sujeta a la adscripción a puestos de trabajo que estén dirigidos al desarrollo directo del Plan estratégico y Plan de gestión anual de la Fundación.

B) El demandante es responsable de la unidad financiera de la FECYT y está incluido en el colectivo de personas con remuneración por objetivos (en su caso, un 15% sobre el tramo salarial, sujeto a disponibilidad presupuestaria).

C) La empresa fijó los criterios para el devengo de dicha remuneración variable durante 2017. En desarrollo del convenio colectivo, la empresa establece unos porcentajes máximos de variable y a continuación indica que "en todo caso, se calculará siempre sobre los días efectivos de trabajo, aplicándose si fuera necesario un coeficiente corrector".

D) En abril de 2018 la empleadora comunica al trabajador que alcanzó un 83 % de los objetivos y que le correspondía percibir una cantidad (2.834 €) sobre el importe base de su retribución variable (3.555,00 €). Ese es el resultado de ponderar la incidencia de la IT que afectó al trabajador durante el referido ejercicio.

El demandante, por el contrario, considera que los días que ha permanecido en IT no deben afectar a su base variable (8.160,80 €) y a la cuantía resultante de aplicar el 83% (6.773,50 €).

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 62/2019 de 15 de febrero del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid desestima la demanda. Considera que las atribuciones conferidas al empresario por el convenio colectivo no son ilegales, que los criterios confeccionados por la Fundación tienen amparo en lo pactado y que la decisión adoptada es razonable, habida cuenta de que durante la fase suspensiva del contrato el trabajador no contribuye al logro de los objetivos de la Fundación.

B) A través de su sentencia 860/2019 de 25 de septiembre, ahora recurrida, la Sección Segunda de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador.

Con arreglo a sus propias palabras, "hace suya la consideración del juzgador de instancia que la forma de calcular el variable no es contraria a la legalidad ni supone discriminación, siendo razonable que si el demandante no ha participado en la consecución de objetivos durante los días que estuvo en IT se calcule el variable sobre los días efectivamente trabajados, siempre que la IT haya tenido una duración de 30 días o más, como recoge la normativa de FECYT".

3. Recurso de casación unificadora, impugnación e Informe de Fiscalía.

A) A través de escrito fechado el 31 de octubre de 2019, asistido por Abogado y representado por Procurador, el trabajador interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora resolvemos.

Articula un único motivo, respaldado por la sentencia referencial, para sostener que la empresa no puede descontar la parte correspondiente a los días de IT cuando se trata de un plan de objetivos previsto en el convenio colectivo. Considera que la Dirección de la empresa puede decidir si activa la retribución por objetivos, pero que si decide hacerlo no cabe que contemple el descuento o repercusión de los días en que se haya estado en situación de IT.

B) A través de su escrito de 22 de septiembre de 2020, en la representación que ostenta, el Abogado del Estado impugna el recurso. En primer término, considera que concurre ausencia de contradicción entre las sentencias comparadas, puesto que aplican convenios colectivos distintos, En segundo lugar, de forma subsidiaria, entiende que la argumentación de la sentencia recurrida es la acertada, porque lo contrario comportaría que quien no ha contribuido al logro de los objetivos de la Fundación se lucre igual que quienes sí lo han hecho.

C) Mediante escrito de 22 de octubre de 2020 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS. Considera concurrente la contradicción, al margen de las diferencias en el texto de los convenios aplicables. Y acertada la doctrina de la sentencia referencial que ha sido seguida por otras de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo. En consecuencia, se pronuncia en favor del éxito del recurso.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Antes de examinar el acierto de la tesis defendida por el recurso, hay que examinar si concurre el requisito de contradicción. Se trata de exigencia de orden público que debemos controlar de oficio, además de que la impugnación ha advertido sobre posibles insuficiencias a este respecto.

1. Exigencia legal.



El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

Como regla general, la contradicción no puede apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no cabe apreciar la identidad de las controversias. La conclusión debe variar si la heterogeneidad normativa va acompañada de una similitud de contenidos en la parte relevante a los efectos del litigio en cuestión.

2. Sentencia referencial.

A efectos referenciales el recurso invoca la STS 7 diciembre de 2011 (rcud. 219/2011). Resuelve la reclamación de un trabajador de ADIF de las cantidades que no le han sido abonadas por la empresa correspondientes al complemento de productividad que establece el Convenio Colectivo de la empresa durante su período de incapacidad temporal.

La empresa comunica al demandante que por el desempeño de su puesto ha cumplido sus objetivos en un 89,29%. Pero no aplica ese porcentaje sobre la retribución variable máxima que tenía asignada sino sobre la proporcional al tiempo en que el contrato no ha estado suspendido, dado que en el ejercicio anual el trabajador ha estado un tiempo en situación de IT.

Nuestra sentencia estima el recurso de casación unificadora formalizado y casando la sentencia de duplicación, condena a la empresa al abono de la cantidad reclamada.

3. Concurrencia de contradicción.

A) Tiene razón el Abogado del Estado cuando advierte que la regulación convencional de la remuneración variable es diversa en los dos casos confrontados.

Sin embargo, como pone de relieve la Fiscalía, aunque las reclamaciones afecten a empresas distintas y la regulación colectiva aplicable sea diversa, el fondo de la cuestión debatida resulta idéntico: determinar la incidencia de la IT en la percepción de retribuciones pactadas ya sean variables o por productividad.

B) Teniendo en cuenta, además, que las precisiones sobre efectos de la IT contenidas en las instrucciones elaboradas por la FECYT no han sido previo objeto de negociación, en todo caso, la contradicción sería a fortiori.

La referencial admite el derecho al percibo del variable sin repercusión de la suspensión contractual por IT pese a que hay instrucciones pactadas en sentido contrario; la recurrida lo rechaza con fundamento en las especificaciones elaboradas unilateralmente por la empleadora.

TERCERO.- Doctrina de la Sala.

Al apreciar la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala, evidentes razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho abocan a que apliquemos la doctrina preexistente al caso, salvo que existieran razones conducentes a su reconsideración.

No apareciendo en el debate elementos de convicción que aconsejen variar nuestra doctrina, debemos ahora recordar sus líneas argumentales.

1. Los primeros pronunciamientos.

La STS de 5 de octubre de 2010 (recurso 243/2009) considera que el carácter colectivo del cumplimiento de los objetivos determina que si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos es obvio que "también habrán de participar en el reparto... quienes, aun con sus contratos suspendidos por imperativo del art. 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, así mismo fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir".



La STS 10 de noviembre de 2010 (recurso 222/2009) razona que estamos ante "un complemento salarial por resultados, cuyo devengo es propiamente colectivo, alcanzándose, mediante los esfuerzos mancomunados de todos los trabajadores de la empresa, "colectivamente los objetivos propuestos, de manera que, si se alcanzan los objetivos, deberán repartirse mancomunadamente entre todos los trabajadores, ...sin que sea exigible ningún tipo de distinción en función de tiempo de trabajo o de resultados concretos". Descarta que ello infrinja el 45.2 ET (sobre exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar cuando el contrato está en suspenso) porque no prohíbe establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente "cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda, como lo está la remuneración de las vacaciones, pese a que, ni en uno ni en otro caso, se realiza la prestación laboral por el trabajador".

2. La STS 7 diciembre 2011 (rcud. 219/2011).

La sentencia invocada como referencial en el presente recurso aplica, de forma, explícita, la doctrina acuñada en las que acabamos de citar.

Resuelve el caso de mando intermedio que presta servicios como Jefe de tren para RENFE OPERADORA y traslada, de modo directo, la solución ya acuñada por sus predecesoras pues "aunque se pronuncian sobre regulaciones convencionales distintas, resuelven en realidad el mismo problema que aquí se suscita".

3. Reiteración de la doctrina.

Como hemos adelantado, el criterio interpretativo de referencia ha sido aplicado con posterioridad a dictar la sentencia referencial en otras ocasiones.

La STS 6 noviembre 2012 (rcud. 3940/2012) lo hace respecto de un Interventor AVE-Supervisor de Servicios a Bordo.

La STS 16 noviembre 2015 (rec. 353/2014) confirma el criterio de la Audiencia Nacional, que desestimó la demanda de ADIF para que se declarase la procedencia del abono de la retribución por objetivos las cantidades correspondientes a los días de ausencia motivadas por incapacidad temporal y ausencias sin abono.

La STS 384/2016 de 5 mayo (rcud. 3538/2014) insiste en considerar contraria a Derecho la actuación de la empresa (ADIF) consistente en deducir del pago del complemento del plan de objetivos de productividad la parte correspondiente a los días en los que el contrato de trabajo ha estado suspendido por encontrarse la trabajadora en situación de incapacidad temporal.

La STS 797/2016 de 4 octubre (rcud. 68/2015) reproduce el criterio de la precedente y añade que, en todo caso, correspondería a la empresa la carga de probar que estuviere justificada la deducción de los periodos de baja médica, lo que no ha conseguido acreditar.

CUARTO.- Resolución.

Los razonamientos que preceden abocan a la estimación del recurso interpuesto por el accionante, restableciendo de ese modo la unidad de doctrina.

Que el convenio contemple como potestad empresarial, sujeta a disponibilidad presupuestaria, el establecimiento de la retribución variable no significa que los términos en que pueda llevarse a cabo pendan de su criterio interpretativo. Inexistente la restricción referida a la repercusión de la IT en el convenio, tampoco puede valer la ulteriormente establecida mediante un acuerdo o decisión de efectos generales, por insuficiente para cambiar lo establecido en la fuente reguladora del incentivo.

1. Unificación de doctrina.

Al igual que hemos advertido respecto de RENFE o ADIF, en el caso del Plan de Objetivos (o remuneración variable) de la FECYT debemos concluir que no pueden descontarse los días correspondientes al periodo de incapacidad temporal en la retribución variable prevista por el convenio y desarrollada unilateralmente por la empresa.

No se trata de conclusión aplicable en todo caso, pero sí en aquellos planes de remuneración variable o por objetivos que posean características similares a los de las empresas recién mencionadas. Ni la empleadora puede, de forma unilateral, establecer condicionantes ajenos a los previstos en el convenio colectivo, ni la mera declaración empresarial de que la suspensión por IT comporta minoración del incentivo puede considerarse, por sí misma, la causa que justifica esa consecuencia.

2. Estimación del recurso.



A) Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos resolver conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida.

El tiempo que el trabajador permaneció en IT durante el año natural a que corresponde el bonus en cuestión no puede comportar la minoración de su base salarial.

B) El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, eso significa que el recurso de suplicación interpuesto por el demandante debe estimarse.

De este modo, quedará revocada la sentencia nº 62/2019 de 15 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en los autos nº 1297/2018, seguidos, sobre reclamación de cantidad. La estimación del recurso

C) En el apartado 1.D) del Primer Fundamento hemos recordado que el trabajador alcanzó un 83% de sus objetivos y que la empresa minoró la base salarial sobre la cual aplicar ese porcentaje (a 3.555,50 €), mientras que el trabajador considera que debía permanecer inmutable (8.160,80 €).

Aunque la diferencia entre las cifras resultantes de adoptar una u otra posición es algo superior a la reclamada en su recurso por el trabajador, elementales razones de congruencia procesal, llevan a que estimemos su recurso de suplicación y condenemos a la FECYT a que le abone "3.672,61 euros en concepto de retribución variable correspondiente al año 2017 [...más intereses legales".

D) También prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

La estimación de los recursos interpuestos por el trabajador, pese a lo que interesa, no pueden comportar que impongamos las costas a la empleadora que los ha impugnado. El artículo 235.1 LRJS reserva esa figura para los casos en que fracasa el recurso, no su impugnación.

Dados los términos en que ha discurrido el procedimiento, tampoco es menester adoptar decisión alguna en materia de consignaciones o depósitos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Teodosio , representado y defendido por el Letrado Sr. Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo.

2º) Casar y anular la sentencia nº 860/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de septiembre.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal índole interpuesto por el trabajador (rec. nº 632/2019).

4º) Revocar la sentencia 62/2019 de 15 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en los autos nº 1297/2018, seguidos a instancia de 15 de febrero contra la Fundación Española para a Ciencia y la Tecnología (FECYT), sobre reclamación de cantidad, con íntegra estimación de la demanda y condenar a la citada entidad a que abone al demandante 3.672,61 euros en concepto de retribución variable correspondiente al año 2017, más intereses legales.

5º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.