



Roj: **STS 1543/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1543**

Id Cendoj: **28079140012019100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2019**

Nº de Recurso: **1196/2017**

Nº de Resolución: **254/2019**

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

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12696/2016,**
STS 1543/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1196/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 254/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 27 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos respectivamente por D. Octavio representado y asistido por el letrado D. Pedro González Torroba y por la empresa Securitas Seguridad España, S.A. representada y asistida por el letrado D. Gabriel Vázquez Durán contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 293/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid, en autos nº 623/2014, seguidos a instancias de D. Octavio contra Securitas Seguridad España, S.A. sobre reclamación cantidad.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de diciembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:



"Que ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por DON Octavio frente a la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A., DEBO CONDENAR Y CONDENO a la empresa demandada a abonar al actor la cantidad de 76.793,51 euros en concepto de retribución variable de los años 2012 y 2013."

En fecha 18 de enero de 2016 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"DISPONGO.- Rectificar la sentencia dictada en los presentes autos en los siguientes términos:

- Al final del antecedente de derecho primero, debe decirse que lo reclamado corresponde a las retribuciones variables de los años 2011 y 2012.

- En el antecedente de derecho segundo que la audiencia señalada fue la del día 14 de Diciembre.

- En el hecho probado primero que desde el 3/6/1996 la categoría profesional fue la de director comercial y desde Septiembre de 2011 la de director de zona centro.

- En el hecho probado segundo debe constar que el actor reclama un importe total de 76.793,51 euros de los que 69.338,58 corresponden a la retribución variable de 2012 y 7.455 euros a la de 2011.

- En el fundamento de derecho segundo debe decirse que la parte demandada no compareció a los actos de conciliación y juicio.

- En el fallo de la sentencia, debe constar que el segundo apellido del actor es Jorge y que la retribución objeto de condena corresponde a los años 2011 y 2012."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El actor, DON Octavio , con DNI NUM000 , vino prestando servicios para la empresa demandada desde el 3/6/1996 con la categoría profesional de auxiliar de seguridad.

SEGUNDO.- El actor reclama un importe total de 76.793,51 euros de los que 69.338,58 euros corresponden a la retribución variables del año 2012 y 7.455 euros a la de 2013.

TERCERO.- Desde 2009 el actor fue beneficiario del Plan de Incentivos Securitas en virtud del cual anualmente venía percibiendo retribución variables.

CUARTO.- El actor fue despedido con efectos de 12/12/2012."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Securitas Seguridad España, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 17 de noviembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA frente a la sentencia de 16 de diciembre de 2015 del Juzgado de lo Social nº 37 de los de Madrid , dictada en los autos 623/2014, seguidos a instancia de don Octavio contra la recurrente y en su consecuencia revocamos en parte la citada resolución y condenamos a la empresa a abonar al actor la suma de 69.338,58 euros. Sin costas."

En fecha 20 de diciembre de 2016, se dictó auto de aclaración de sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Ha lugar a completar la sentencia de fecha 17/11/2016 dictada en las presentes actuaciones adicionándose un nuevo fundamento en los siguientes términos:

"CUARTO.- *El último motivo del recurso formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción del artículo 72 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada y el artículo 1218 del Código Civil .*

Sostiene en síntesis que para fijar la retribución variable se debe excluir el importe del plus de transporte que en las nóminas figuraba que percibía por importe de 77,75 euros.

Se rechaza la pretensión del recurrente, pues al ser el salario discutible, no prosperó la modificación del ordinal primero del relato fáctico, que pretendía que se declarara cual era el salario bruto del actor, pues suponía una valoración jurídica, habiendo debido desglosar todos los conceptos que integraban la retribución y examinar en los motivos jurídicos cuales tenían o no carácter salarial y como no se hizo no es posible determinar si es correcta o no la afirmación que realiza por lo que se rechaza el motivo quinto del recurso."

Y en cuanto a la aclaración no puede prosperar esta pretensión que en realidad encierra una modificación de la sentencia que ya recoge en el fundamento jurídico tercero que la carta se remite "... a la Guía de Incentivos que figura en el portal -cuyo contenido se ignora-", por lo que se rechaza la aclaración interesada."



CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, las representaciones letradas de ambas partes interpusieron recursos de casación para la unificación de doctrina.

El recurso de la empresa se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 2 de octubre de 2014 , rec. suplicación 1199/2014 para el primer motivo del recurso y con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de fecha 20 de mayo de 2004 , rec. suplicación 512/2004, para el segundo motivo.

El recurso del trabajador se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 31 de mayo de 2006, rec. suplicación 1696/2006 .

QUINTO.- Se admitieron a trámite los dos recursos, y tras ser impugnados por las partes, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que "el recurso de la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, con dos motivos debe ser en este trámite desestimado por falta de contradicción, y el de Octavio , con un solo motivo, estimado..."

Se señaló para la votación y fallo el día 19 de marzo de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de los presentes recursos, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de noviembre de 2016, (Rec. 293/2016), aclarada por auto de 20 de diciembre de 2016, que estimó en parte el recurso de la empresa y redujo la cantidad a la que había sido condenada a abonar.

Consta que el trabajador, con una antigüedad de 1996 y categoría de auxiliar de seguridad, reclama a la empresa la retribución variable correspondiente a los años 2011 y 2012. El actor percibía desde 2009 retribuciones variables como beneficiario del plan de incentivos de la empresa. Fue despedido con efectos de 12 de diciembre de 2012 por razones objetivas. En lo que se refiere al plan de incentivos correspondiente al año 2011, la comunicación que recibe el actor el 29 de febrero de 2012 señala la cantidad a la que asciende el bonus para el ejercicio 2011 y que le será abonado de la siguiente manera: 2/3 del bonus en efectivo en la nómina de febrero de este mismo año, 1/3 del bonus, en acciones gratuitas en marzo de 2013, de acuerdo con lo establecido en la guía del Plan de Incentivos de la compañía. "Para poder recibir las Acciones gratuitas en marzo del 2013 se exige seguir teniendo la condición de empleado en cualquiera de las empresas del Grupo Securitas en España el último día del mes de febrero de 2013. No obstante, si la relación laboral finalizase por causa de jubilación, fallecimiento o incapacidad laboral permanente, permanecerá el derecho a recibir las acciones gratuitas". Por lo que respecta al variable de 2012 la comunicación remitida el 21 de julio de 2012 por lo que se refiere al abono precisa: " Finalmente y respecto del abono del importe resultante, se mantiene el sistema vigente: 2/3 en efectivo (a través de nómina) y 1/3 en acciones gratuitas, en las condiciones establecidas en la Guía del Plan de Incentivos que puedes consultar en el Portal".

La Sala de suplicación entiende, en lo que a efectos casacionales interesa, que de un lado, de acuerdo con la carta de febrero de 2012, que se refiere a la retribución variable de 2011, el actor no tiene derecho a percibir las acciones gratuitas de marzo de 2013 porque estaba condicionado a que se mantuviese empleado en cualquiera de las empresas del grupo hasta el último día del mes de febrero de ese mismo año. En cambio, respecto de la retribución variable de 2012, considera que debe percibirla porque la condición de permanecer en la empresa no figura en la carta (seguramente por error la sentencia menciona la carta de 2013), que además se remite a la guía de incentivos que figura en el portal- cuyo contenido se ignora-

Por otro lado, considera que no procede excluir de la retribución la cuantía correspondiente al plus de transporte, en la medida en que no prosperó la modificación fáctica que pretendía que se declarara cuál era el salario bruto del trabajador, pues suponía una valoración jurídica, y en la que se habría debido desglosar todos los conceptos que integraban la retribución y como no se hizo, no es posible determinar si es correcta o no la afirmación que realiza en materia de plus de transporte.

2.- Contra la referida sentencia, interponen recurso de casación ambas partes, en los términos que oportunamente se dirá.

Los recursos son impugnados respectivamente, manteniendo cada una de las partes su postura procesal.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el que interesa la desestimación del recurso formulado por la empresa por falta de contradicción y la estimación del formulado por el trabajador.

SEGUNDO.- Recurso de casación que formula la empresa Securitas Seguridad España S.A.-



1.- Se formulan por la empresa dos motivos de contradicción. En el primero, combate la inclusión del plus de transporte en la retribución variable e invoca al respecto como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 2 de octubre de 2014 (Rec. 1199/14).

En la referida sentencia referencial, y en el marco de una sucesión de contratos entre empresas de seguridad, se debatió, entre otros puntos, ante la Sala de suplicación, si los pluses de transporte y vestuario previstos en el convenio colectivo debían o no reputarse como salario y, por ende, integrarse en la indemnización por el despido improcedente. La sentencia da a tal cuestión una respuesta negativa. Razona al respecto que se trata de conceptos extrasalariales, ya que las cantidades percibidas por tales conceptos vienen a indemnizar al trabajador por los gastos realizados para la prestación de su actividad laboral.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan 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", [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)]. La contradicción no surge, en consecuencia, 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, [sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015)].

Ha de estimarse que no se cumplen las exigencias de contradicción exigidas por el art. 219 LRJS, por cuanto no nos encontramos ante supuestos similares que hayan recibido respuestas contradictorias, porque las pretensiones no son las mismas, ni tampoco los debates suscitados. En efecto, en la sentencia de contraste se solicita la inclusión en la indemnización de los pluses de transporte y vestuario contemplados en el Convenio colectivo, mientras que en la sentencia recurrida se pretende detraer el plus de transporte de la retribución del trabajador. En la sentencia de contraste se señala que esa operación no es posible porque los conceptos en cuestión tienen naturaleza extrasalarial; mientras que en la sentencia recurrida lo que se cuestiona es la pretensión en sí, no por la naturaleza del concepto que se pretende detraer, sino porque de los hechos no puede deducirse que se haya incluido en la retribución variable el citado plus porque no prosperó la modificación fáctica que pretendía incluir en el relato histórico el salario bruto del trabajador. En consecuencia, en la sentencia de contraste no se incluye el plus de contraste por su naturaleza extrasalarial, en tanto que en la sentencia recurrida no se procede a la exclusión solicitada porque no es posible determinar si es correcta o no la afirmación relativa a que la retribución del trabajador la incluía, sin que medie en el debate su naturaleza.

2. El segundo motivo que se articula en el recurso de la empresa, se refiere a la configuración de la retribución variable, invocando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 20 de mayo de 2004 (Rec. 512/04).

En la referida sentencia referencial, se desestima el recurso de un trabajador contra la sentencia que desestimó su demanda en reclamación de cantidad en concepto de incentivos por el desarrollo de los objetivos previstos y rappel de producción, correspondientes a los años 2003 a 2005. Consta que el actor fue despedido en enero de 2003 como consecuencia de la disminución del rendimiento, al haber incumplido sistemáticamente los objetivos establecidos para el año 2002. Mediante carta de 23 de enero de 2003, la empresa reconoció la improcedencia del despido, poniendo a disposición del actor la cantidad que se indica, por los conceptos de indemnización y salarios de tramitación desde el 15 hasta el 21 de enero, que fue consignada el día 22 de enero y efectivamente percibida el 8 de mayo de 2003.

El 25 de junio de 2003 recayó sentencia de instancia, en procedimiento de despido, declarando la improcedencia del mismo, sentencia que fue confirmada por la Sala de suplicación el 11 de noviembre. Para el devengo de los objetivos se exige la permanencia en la plantilla de la empresa a 31 de diciembre de cada año. En el acto de conciliación la empresa anunció reconversión contra el demandante por una cantidad en concepto de anticipos, a la que el trabajador se allanó en el acto del juicio. La sentencia de instancia desestimó la pretensión deducida por el trabajador, que había causado baja en la empresa en enero de 2003, por lo que no reunía la condición pactada para el devengo de los objetivos; pero estimó la reconversión formulada por la empresa, condenando al trabajador al pago de 321,53 €.



La Sala de suplicación señala que a tenor del pacto sobre incentivos, si el trabajador ya no pertenece a la plantilla de la empresa en 31 de diciembre de cada año, ni se devengan ni se pueden percibir esos incentivos y que dichas condiciones fueron aceptadas sin reserva alguna por el trabajador; sin que pueda aceptarse que el ejercicio de ese derecho quedó a la exclusiva voluntad de la empresa.

De acuerdo con las exigencias del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social señaladas para el motivo de recurso anterior, no es posible entender que las sentencias comparadas sean contradictorias. En la sentencia recurrida el trabajador reclama la variable de un año anterior a ser despedido, 2011 y la del año del despido 2012. La del año anterior tenía una parte condicionada a la permanencia hasta 2013, a la que se declara que el trabajador no tiene derecho. Respecto de la variable de 2012, en la medida en la que no se condicionó, se confirma la sentencia de instancia que reconocía el derecho. En la sentencia de contraste, a diferencia de la recurrida, el trabajador no reclama variables de años anteriores, sólo del mismo año en que es despedido, 2003, y los dos siguientes. La variable de cada año exige la permanencia a 31 de diciembre y la Sala considera que, en virtud de ello, no procede el derecho a la variable. En consecuencia, las pretensiones no se refieren a los mismos años en relación con el despido de los trabajadores. En la recurrida hay un pacto sobre bonus que no se condiciona a la permanencia, mientras en la de contraste sí. Y, además, la recurrida respecto de la condición de permanencia señala lo mismo que la de contraste.

3.- Por cuanto antecede, ha de desestimarse el recurso formulado por la empresa al apreciarse falta de contradicción en los dos motivos que contiene.

TERCERO.- Recurso de casación que formula el trabajador D. Octavio .-

1.- El trabajador, articula su recurso sobre su derecho a la parte del variable de 2011, y al efecto designa como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de mayo de 2006 (Rec. 1692/06).

En dicha sentencia referencial, los trabajadores fueron despedidos por causas objetivas en noviembre de 2002. En el momento de la sentencia la reclamación judicial contra sus despidos estaba por resolver. La empresa tenía un sistema de bonus para los años 2000-2003. El 31 de enero de 2001 y de 2002 la empresa les comunicó a los trabajadores, una vez aprobados los resultados de la compañía del año, el importe correspondiente al bonus de 2000 y 2001, respectivamente. Los trabajadores reclaman el bonus en las cantidades devengadas durante los años 2000 y 2001. En la argumentación jurídica de la sentencia se hace referencia a una normativa reguladora del sistema de bonus que establece que los bonus de los años en cuestión se percibirán una vez finalizado el ejercicio económico de 2003, no pudiéndose realizar con anterioridad liquidaciones ni percepciones parciales ni a cuenta del devengo. Y dicha norma fue firmada por los trabajadores demandantes.

En este caso, la Sala de suplicación señala que los despidos de los demandantes por causas objetivas tuvieron lugar en noviembre de 2002, por lo que no estaban en la plantilla de la empresa en el momento fijado para el devengo de los bonus reclamados, que, en efecto, aparecía condicionado a su permanencia en ella. Sin embargo, a pesar de la literalidad de la cláusula, interpreta que el requisito de la permanencia no puede desvincularse de la finalidad lícita que informa su razón de ser: la de reforzar el interés del trabajador en continuar en su puesto de trabajo; pero no la de posibilitar que la empresa pueda establecer válidamente una condición puramente potestativa, prohibida por los arts. 1119 y 1256 del Código Civil , de modo que, provocando la extinción de la relación laboral sin culpa del trabajador o por una causa ajena totalmente a la voluntad de éste, pueda quedar liberado del cumplimiento de su compromiso en relación con los bonus acordados.

Los supuestos que se plantean en las sentencias comparadas son muy similares. En ambos casos los trabajadores son despedidos por causas objetivas con anterioridad a la fecha exigida para el devengo del bonus -en la de contraste- o de parte del mismo -en la recurrida- y mientras en la recurrida se atiende a la literalidad de la cláusula en la de contraste el debate se centra en si la condición de permanencia puede mantenerse cuando la extinción es sin culpa del trabajador o por causa ajena al mismo. Las diferencias existentes no parecen tener suficiente consistencia a efectos de enervar la contradicción, como que en la recurrida no se haya impugnado el despido y sí en la de contraste, o como que los trabajadores despedidos en la de contraste reclamen el bonus de los años anteriores a su despido, mientras en la recurrida parte de la del año anterior y la del año del despido, porque en realidad la reclamación en el recurso se circunscribe precisamente a la del mismo año del despido, así como tampoco la forma de abono del bonus establecida en el Plan de incentivos, porque en todo caso estamos en los dos supuestos comparados, ante una retribución variable.

En consecuencia, ha de apreciarse la existencia de la contradicción exigida (art. 219 LRJS) entre las sentencias comparadas.



2.- a.- Se formula por el recurrente un motivo único de censura jurídica, en el que denuncia que en la sentencia recurrida se vulneran los arts. 2.f), 26.1 y 29.1 del ET y 1115, 1119 y 1256 CC y de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si el trabajador 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. En concreto, en el caso, la percepción de la retribución variable estaba condicionada a que el trabajador permaneciera en la empresa en el momento fijado para el abono del bonus que era el último día del mes de febrero de 2013, y resulta que el demandante cesó en la empresa el 12 de diciembre de 2012 como consecuencia de un despido objetivo.

Alega el recurrente que la doctrina contenida en la STS/IV de 15/02/2003, citada en la sentencia recurrida para desestimar la pretensión, es aplicable al supuesto de despidos objetivos por cuanto se trata de una decisión empresarial ajena a la voluntad del trabajador puesto que aquél decide no solo el despido sino también a quien y cuando afecta.

b.- Ciertamente, como señala el recurrente, el derecho al bonus postulado, no solo cabe en los supuestos de despidos improcedentes por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1115, 1119 y 1256 CC, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, sino también en los supuestos de despidos objetivos como el presente, pues aún existiendo motivos que justifiquen el despido, depende de la voluntad empresarial la opción por el despido y no por otra, por lo tanto nos encontramos ante decisión que es totalmente ajena a la voluntad del trabajador.

c.- Por otro lado, y respecto a la condición cuestionada, cabe señalar que esta Sala IV/ TS, en sentencia de 2 de diciembre de 2015 (rco. 326/2014), resolviendo sobre impugnación de precepto convencional que excluía del cobro de un salario ya devengado a los trabajadores que no estuvieran en alta en el momento del pago, declara la ilegalidad de la condición por abusiva. Señalamos en dicha sentencia lo siguiente:

<< El artículo 38 del VI Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles España, SAU establece una retribución variable denominada incentivo, que podrá llegar hasta el 10% de la retribución fija de cada trabajador, 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. 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, como así hizo el fallo de la sentencia recurrida que confirmamos, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.>>

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.

La aplicación de la doctrina expuesta lleva, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, a estimar el recurso formulado por el demandante, casando y anulando la sentencia recurrida y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso formulado por la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA, y confirmar la sentencia de instancia y auto de aclaración de la misma, que condena a la demandada a abonar a D. Octavio la cantidad de 76.793, 51 euros.

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede la desestimación del recurso formulado por la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA, por concurrir causa de inadmisión, y estimar el que formula la parte demandante, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. Y, como se ha señalado, resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso de tal naturaleza formulado por la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA, y confirmar la sentencia de instancia y auto de aclaración de la misma, que condena a la demandada a abonar a D. Octavio la cantidad de 76.793, 51 euros. Con imposición de las costas a la empresa recurrente Securitas Seguridad España, S.A. (art. 235.1 LRJS), imponiendo la pérdida del depósito dado para recurrir y la atribución de la consignación al destino legal.

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Gabriel Vázquez Durán, en nombre y representación de SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA. , y estimar el interpuesto por el letrado D. Pedro González Torroba, en nombre y representación de D. Octavio , ambos contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de noviembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 293/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid , en los autos nº 623/2014 (y Auto de aclaración de 18/01/2016), seguidos a instancia de D. Octavio , frente a Securitas Seguridad España SA, sobre cantidad.

2) Casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el de tal naturaleza interpuesto por la demandada SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA, confirmando la sentencia de instancia y auto aclaratorio de la misma, que condena a SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA SA, a abonar a D. Octavio la cantidad de 76.793, 51 euros.

3) Condenar a la empresa recurrente Securitas Seguridad España S.A. al pago de las costas (art. 235.1 LRJS), y a la pérdida del depósito dado para recurrir, así como a que se dé el destino legal a la consignación efectuada.

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

Así se acuerda y firma.