

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

**4855** *Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el fallo de la sentencia de la Audiencia Nacional, relativa al VI Convenio Colectivo de Telefónica Móviles España, SAU.*

Visto el fallo de la Sentencia de fecha 8 de abril de 2014 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, recaída en el procedimiento n.º 34/2014, seguido por la demanda del sindicato Confederación General del Trabajo contra Telefónica Móviles España, SAU, la sección sindical de Comisiones Obreras, la sección sindical de la Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar de la Unión General de Trabajadores (TCM-UGT), la sección sindical STC-TME y el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de Convenio Colectivo,

Y teniendo en consideración los siguientes:

#### Antecedentes de hecho

Primero.—En el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de junio de 2013, se publicó la resolución de la Dirección General de Empleo, de 3 de junio de 2013, en la que se ordenaba inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de ese Centro Directivo y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el VI Convenio colectivo de la empresa Telefónica Móviles España, SAU (código de convenio n.º 90009942011996).

Segundo.—El 16 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro general del Departamento la sentencia antecitada de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en cuyo fallo se acuerda anular del párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio Colectivo la exigencia de alta en el momento del cobro para el abono de los incentivos, publicado en el BOE de 19 de junio de 2013.

#### Fundamentos de Derecho

Primero.—De conformidad con lo establecido en el artículo 166.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del Convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado.

En consecuencia, esta Dirección General de Empleo resuelve:

Primero.

Ordenar la inscripción de dicha sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 8 de abril de 2014, recaída en el procedimiento n.º 34/2014 y relativa al Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles España, SAU, en el correspondiente Registro de Convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo.

Segundo.

Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 23 de abril de 2014.—El Director General de Empleo, Xavier Jean Braulio Thibault Aranda.

## AUDIENCIA NACIONAL

**Sala de lo Social**

Núm. de procedimiento: 0000034/2014.

Tipo de procedimiento: Demanda.

Índice de sentencia:

Contenido sentencia:

Demandante: Confederación General del Trabajo.

Codemandante:

Demandado:

Telefónica Móviles España SAU.

Sección sindical de Comisiones Obreras.

Sección sindical de Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar de la Unión General de Trabajadores (TCM-UGT).

Sección sindical STC-TME.

Ministerio Fiscal.

Ponente Ilmo. Sr.: Don Ricardo Bodas Martín.

## SENTENCIA N.º: 0070/2014

Ilmo. Sr. Presidente: Don Ricardo Bodas Martín.

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Rafael A. López Parada.

Don Francisco José Navarro Sanchis.

Madrid, a ocho de abril de dos mil catorce.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

## EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el procedimiento n.º 34/14 seguido por demanda de Confederación General del Trabajo (letrado don José María Trillo-Figueroa Calvo) contra Telefónica Móviles España SAU (letrada doña Carmen Fernández Muñoz), Sección sindical de Comisiones Obreras (letrado don Ángel Martín Aguado), Sección sindical de Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar de la Unión General de Trabajadores (TCM-UGT) (letrado don Javier Berzosa), Sección sindical STC-TME y Ministerio Fiscal sobre impugnación de convenio, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. don Ricardo Bodas Martín.

**Antecedentes de hecho**

Primero.—Según consta en autos, el día 11-02-2014 se presentó demanda por Confederación General del Trabajo contra Telefónica Móviles SAU, Sección sindical de Comisiones Obreras, Sección sindical de Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar de la Unión General de Trabajadores (TCM-UGT), Sección sindical STC-TME y Ministerio Fiscal de impugnación de convenio colectivo.

Segundo.—La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 07-04-2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otro sí de prueba.

Tercero.—Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.—Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La Confederación General del Trabajo (CGT desde aquí) ratificó su demanda de impugnación de convenio, mediante la cual solicita se anule el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio, por cuanto la exigencia de estar de alta en la fecha del cobro vulnera lo dispuesto en los artículos 4.2.f), 26.3 y 29, 1 ET.—Mantuvo dicha posición, porque si el trabajador ha devengado la retribución variable en el año precedente, no hay razón para exigirle que permanezca en situación de alta en el momento del cobro.

Telefónica Móviles, SAU se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que CGT se presentó en coalición con el sindicato SIME a las últimas elecciones sindicales, alcanzando una representatividad suficiente como para tener un miembro en el comité intercentros.

Destacó, por otra parte, que el convenio fue suscrito por cuatro de los cinco sindicatos partícipes de su negociación.—Subrayó, a estos efectos, que el párrafo controvertido se originó en sus propios términos en el II Convenio, que se remonta al año 1998, sin que se haya producido ningún tipo de reclamación hasta la fecha.—Reprochó que las causas, por las que CGT no firmó el convenio, no tienen absolutamente nada que ver con su actual reclamación, lo que acredita su manifiesta mala fe.

Excepcionó falta de agotamiento de la vía previa, puesto que las partes convinieron en el art. 7 del VI Convenio someter sus controversias al V ASAC.

Excepcionó, asimismo, inadecuación de procedimiento, por cuanto si la demandante apoya su pretensión en los supuestos de despido improcedente, debió tramitarse por el procedimiento de conflicto colectivo.

Se opuso al fondo del asunto, porque el art. 85.1 ET permite a los negociadores del convenio establecer las condiciones, que estimen oportunas, para acceder a las retribuciones variables.

UGT, CCOO y STC-TME se opusieron a la demanda, porque no es posible saber si se han cumplido los objetivos hasta que se comprueba, lo que no puede efectuarse durante el ejercicio correspondiente, siendo esta la razón por la que se convino el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio.

CGT se opuso a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, por cuanto el art. 7 del convenio no exige dicho requisito, especialmente cuando se impugna un convenio por ilegalidad.

Se opuso, así mismo, a la excepción de inadecuación de procedimiento, porque se pide la nulidad del párrafo cuarto del artículo 38 del convenio en general y no por una causa en particular, significada en la demanda a título de ejemplo.

El Ministerio Fiscal manifestó que, si el convenio exigía acudir a los sistemas de solución extrajudicial del V ASAC, debería estimarse la excepción de falta de agotamiento de la vía previa.

Se opuso, por el contrario, a la excepción de inadecuación de procedimiento, porque se pide la nulidad del párrafo por contravenir normas legales.

Solicitó la estimación de la demanda, porque los demandados no alegaron, ni acreditaron razones válidas, que justifiquen la exigencia de alta en el momento del pago para percibir una retribución, que ya se había devengado.

Quinto.—Cumpliendo el mandato del artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, se significa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos:

– CGT se presentaron a la elecciones sindicales con el sindicato SIME y obtiene representación con un miembro Comité intercentros en el comité Intercentros.

– En el acta 4-4-13 CGT explican las razones por las que no firman el convenio que son: 1.ª la composición de las comisiones; 2.ª la transposición del sistema de clasificación profesional; 3.ª la implantación de jornada de 38 horas antes de 2015.

– En el artículo 7 del convenio se pacto que se someterían las discrepancias al 5.º ASAC se remiten a lo que diga el art.

Hechos pacíficos:

– Votaron cuatro de los cinco miembros del comité intercentros a favor del convenio.  
– Nunca antes hubo oposición al régimen de pago del sistema de retribuciones variables vigente desde 1998.

Resultando y así se declaran, los siguientes

### Hechos probados

Primero.–CGT es un sindicato de ámbito estatal, implantado en Telefónica Móviles, SAU, donde tiene un miembro en el comité intercentros.

Segundo.–La empresa demandada ha regulado sus relaciones laborales mediante convenios propios, negociados con el comité intercentros, compuesto actualmente por dos delegados de UGT, uno de CC.OO., uno de CGT y uno de STC-TME.

El II Convenio se publicó en el BOE de 25-06-1998; el III Convenio en el BOE de 19-06-2001; el IV Convenio en el BOE de 30-09-2004, cuya prórroga se publicó en el BOE de 31-01-2007; el V Convenio en el BOE de 31-08-2009, cuya prórroga se publicó en el BOE de 21-02-2011 y el VI Convenio publicado en el BOE de 19-06-2013.

CGT no suscribió ninguno de los convenios mencionados.

Tercero.–En la plataforma reivindicativa, promovida por CGT para la negociación del VI Convenio, se propuso suprimir la exigencia de alta en el momento del cobro para la percepción de la retribución variable.

Cuarto.–En la reunión de la comisión negociadora del VI Convenio, celebrada el 4-04-2013, CGT explicó las razones por las que no firmaba el convenio, entre las cuales no se significó la cláusula cuya nulidad se postula.

Quinto.–El 21-05-2013 CGT se dirigió por escrito a la Comisión de Negociación Permanente del VI Convenio para solicitar la supresión del párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio.–La empresa demandada se opuso a dicha pretensión, mediante escrito de 17-09-2013, sin que conste que la Comisión Permanente tomara ninguna medida.

Sexto.–Obra en autos y se tiene por reproducido el Plan de retribución variable para 2013 de la empresa demandada.

Se han cumplido las previsiones legales.

### Fundamentos de Derecho

Primero.–De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, h de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Segundo.–En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

a) El primero de las actas de la comisión negociadora del VI Convenio, que obran como documentos 14 a 20 del ramo de Telefónica Móviles (descripciones 34 a 40 de autos), que fueron reconocidas de contrario, donde luce que CGT participó en las mismas con un delegado.–La empresa demandada sostuvo que CGT se presentó a las elecciones con el sindicato SITEL, sin que probara de ningún modo dicho extremo.

b) El segundo de los BOE citados que obran como documentos 21 a 27 de autos (descripciones 41 a 47 de autos).—Es pacífico que CGT no firmó ninguno de los convenios mencionados.

c) El tercero de la plataforma citada, que obra como documento 3 de CGT (descripción 56 de autos), que tiene crédito para la Sala, aunque no fuera reconocido de contrario, por cuanto la empresa se limitó a desconocerlo, no cuestionando, en ningún caso, su autenticidad.

d) El cuarto del acta citada, que obra como documento 19 de la demandada (descripción 39 de autos), que fue reconocida de contrario.

e) El quinto de los escritos citados, que obran como documentos 28 y 29 de la demandada (descripciones 48 y 49 de autos), que fueron reconocidos de contrario.

f) El sexto del plan citado, que obra como documento 30 de la demandada (descripción 50 de autos), que fue reconocido de contrario.

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

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

La Comisión Paritaria de Negociación Permanente será competente para estudiar y elaborar propuesta sobre la prórroga del contenido del presente Convenio colectivo de conformidad con los términos establecidos en el artículo 3.

Corresponde a esta Comisión Paritaria entender de todas aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, al V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales colectivos (ASAC), según Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo o a los que pudiesen sustituirle durante la vigencia de este Convenio.

La Comisión publicará los acuerdos de carácter general interpretativos del Convenio, facilitando una copia de los mismos a la Dirección de la Empresa y otra al Comité Intercentros, en el plazo que en cada caso se señale. Dichos acuerdos tendrán la misma fuerza vinculante que lo pactado en Convenio colectivo siguiendo los requisitos de registro y publicación legalmente establecidos.

Asimismo esta Comisión tendrá las funciones de foro de debate y negociación en materias que permitan adaptar a la Empresa al dinamismo del sector de las Telecomunicaciones, así como a la cambiante realidad social y especialmente el avance de los procesos de convergencia dentro del Grupo Telefónica en España.

Dicha Comisión abordará todos aquellos aspectos que se contemplan en este Convenio colectivo que requieren un desarrollo posterior, concretamente en materia de Grupos Profesionales, Formación, Teletrabajo y Ordenación del Tiempo de Trabajo (jornada, turnos, guardias, jornada reducida, etc.), sirviendo como punto de encuentro que permita acordar soluciones oportunas a las nuevas circunstancias o a las materias que así lo requieran.

Los acuerdos alcanzados en el seno de la Comisión de Negociación Permanente tendrán el mismo valor y pasarán a formar parte del vigente Convenio colectivo, siguiendo los mismos requisitos de registro y publicación de este, cuando así lo acuerde.

La Comisión Paritaria se reunirá, a instancia de cualquiera de las representaciones, en lugar y fecha fijados de mutuo acuerdo, con un preaviso de 2 días hábiles comunicando mediante escrito la identificación de los solicitantes, la exposición de los hechos, los puntos que se someten a la comisión paritaria y el tipo de actuación que se requiere.

Una vez recibido el escrito y a partir de la fecha de recepción del mismo, la Comisión deberá emitir resolución sobre el tema de que se trate en un plazo máximo de 15 días naturales, para lo cual se efectuarán las reuniones que sean necesarias al efecto. A dichas reuniones podrán asistir los asesores que las partes integrantes consideren necesarios, si bien no tendrán derecho a voto. Si transcurridos el plazo de 15 días no se hubiese alcanzado acuerdo sobre los temas a tratar, en el informe o resolución final se hará constar la posición de cada una de las partes.

En tanto dure el procedimiento en la Comisión, las partes no podrán acudir a otras instancias, ni plantear medidas de presión o declarar conflicto colectivo hasta que la Comisión se pronuncie sobre la cuestión sometida a su conocimiento, siendo su intervención previa y preceptiva, o hasta que hubiese transcurrido el plazo máximo establecido para su resolución o dictamen.»

La empresa demandada excepcionó falta de agotamiento de la vía previa, porque CGT no acudió a los medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos, entre los cuales el artículo 4.1.g) del V ASAC incluye a los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos de forma previa al inicio de la vía judicial, como exige el artículo 7 del VI Convenio.—CGT se opuso a dicha excepción, por cuanto el artículo 7 del VI Convenio no contempla dicha exigencia.

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

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

Cuarto.—El artículo 165.1.a) LRJS legitima para impugnar un convenio colectivo por el procedimiento de conflicto colectivo, cuando la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito.

Como anticipamos más arriba, CGT impugna el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio colectivo, porque la exigencia de estar de alta en el momento del cobro vulnera, a su juicio, lo dispuesto en los artículos 4.2.f), 26.3 y 29 ET.—Por consiguiente, si la impugnación del convenio se fundamenta en la vulneración de la legalidad vigente, el único procedimiento posible, cuando el convenio colectivo se ha publicado, es el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en el artículo 163.3 LRJS, con independencia de que se estime o no dicha pretensión, como viene reiterándose por la jurisprudencia, por todas STS 26-09-2009, rec. 28/2006.

Se impone, por tanto, la desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, alegada por la empresa demandada, porque el procedimiento adecuado para la impugnación del convenio, cuando se fundamenta, como aquí, en su ilegalidad, es el elegido por CGT, como defendió expresamente el Ministerio Fiscal.

Quinto.–El artículo 4.2.f) ET reconoce como derecho laboral básico de los trabajadores, la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, reiterándose dicho derecho en el artículo 29.1 ET.–El artículo 26.3 ET dispone que mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

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

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

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

Al cumplimiento del nivel de excelencia de todos los objetivos asignados estos incentivos tendrán una cuantía anual de hasta el 10 por ciento de la retribución fija de cada trabajador.

Estos incentivos se devengarán y abonarán, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar en situación de alta en la Empresa, en la fecha de su pago. A estos efectos las situaciones de baja por enfermedad, maternidad o accidente, y los permisos con o sin sueldo, se considerarán asimilados al alta.

#### Objetivos de negocio.

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

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

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

#### Grado cumplimiento de objetivos.

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

## Carreras profesionales.

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

La simple lectura del artículo transcrito nos permite concluir que el incentivo es anual y se percibe en función de los resultados de la revisión anual del desempeño, del periodo de prestación efectiva de servicios y del grado de cobertura tanto de los objetivos de negocio como de los objetivos individuales que se les asignen y al cumplimiento de los requisitos exigibles en cada caso, los incentivos de carácter anual que puedan establecerse.—La jurisprudencia, por todas STS 9-12-2010, rec. 600/2010, ha defendido que, si se devenga la prima en función del tiempo de servicios, la regla general, que impide el enriquecimiento injusto, es la percepción proporcional de la prima en función del tiempo trabajado, siendo inadmisibles que, si no se ha trabajado todo el periodo exigido, se pretenda cobrar íntegramente la prima anual.

Sin embargo, en el párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio, se prevé que estos incentivos se devengarán y abonarán, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar en situación de alta en la Empresa, en la fecha de su pago, significando, a estos efectos, que las situaciones de baja por enfermedad, maternidad o accidente, y los permisos con o sin sueldo, se considerarán asimilados al alta.—Se impone, por consiguiente, como requisito constitutivo para el devengo, además de haber cumplido los objetivos de negocio y los objetivos individuales, el estar de alta en la fecha del pago.

Preceptos similares han sido validados por la doctrina judicial, por todas STS Cataluña 27-02-2002, rec. 1670/2002 y STSJ Madrid de 18-02-2013, rec. 2191/2012.—La misma Sala en sentencias de 14-05-2007, rec. 624/2007 y 17-03-2008, rec. 4842/2007, han validado cláusulas convencionales, en las que se exigía permanecer en situación de alta durante el año natural, que era el computado para el devengo de la prima.

Los demandados, apoyándose en la doctrina de la STSJ Madrid de 18-02-2013, rec. 2191/2012, defendieron que la exigencia de alta en el momento del pago, contenida en el párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio, no vulnera los artículos 4.2.f), 29.1 y 26.3 ET, por cuanto el artículo 85.1 ET permite que las partes convengan en los convenios colectivos las condiciones económicas, que estimen oportunas, siempre que se produzca dentro del respeto a las leyes. En efecto, el artículo 1255 CC dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.

Como adelantamos más arriba, el párrafo cuarto del artículo 38 del convenio exige, como requisito constitutivo para el devengo del incentivo, que el trabajador esté de alta en la empresa en el momento del pago, con lo que equipara al devengo con el propio pago.—A nuestro juicio dicha exigencia es claramente abusiva, por cuanto por devengo debe entenderse, de conformidad con la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la adquisición del derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título y dicho derecho, como constatamos anteriormente, se alcanza cuando se cumplen los objetivos de negocio e individuales marcados por la empresa para cada anualidad, que es precisamente la finalidad de este tipo de complementos salariales, de manera que, exigir, además, que el trabajador se encuentre de alta en el momento del pago, comporta que, si el trabajador alcanzó los objetivos exigidos, la empresa se enriquezca injustamente, por cuanto recibe los frutos del sobretrabajo y no abona la retribución por una circunstancia, que podría, incluso, no ser imputable al trabajador, como sucedería con los despidos improcedentes o las declaraciones de invalidez permanente total o absoluta.

Nos parece más razonable, por tanto, la doctrina del TSJ de Madrid de 14-05-2007, rec. 624/2007 y 17-03-2008, rec. 4842/2007, que la de sus sentencias de 27-02-2002, rec. 1670/2002 y 18-02-2013, rec. 2191/2012, por cuanto las primeras exigen la

permanencia del trabajador durante el año natural, que es el período del devengo de la prima, mientras que las segundas validan cláusulas convencionales, que exigen el alta en el momento del cobro, sin que dicha exigencia se apoye en criterios razonables que, al menos en el presente procedimiento, no se han esgrimido por los demandados.—En efecto, una cosa es que el incentivo se pague en el primer cuatrimestre del año siguiente, porque es necesario comprobar si se han cumplido los objetivos de negocio y los objetivos individuales y otra exigir que los trabajadores, que hayan cumplido ambos objetivos, estén de alta en el momento del pago, porque dicha exigencia es claramente abusiva, desproporcionada y contraria a la finalidad natural de la retribución variable, por lo que debe tenerse por no puesta, a tenor con lo dispuesto en el artículo 7.2 CC.

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

Estimamos, por lo expuesto, la demanda, si bien parcialmente, por cuanto solo constituye abuso de derecho en el párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio que se exija el alta en el momento del pago del incentivo.

Sin costas por tratarse de un proceso colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

En la demanda de impugnación de convenio colectivo, promovida por CGT, desestimamos las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de inadecuación de procedimiento.—Estimamos parcialmente la demanda y anulamos del párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio la exigencia de alta en el momento del cobro para el abono de los incentivos y condenamos a Telefónica Móviles, SAU, UGT, CCOO y STC-TME a estar y pasar por dicha nulidad parcial, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de las partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante, al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el artículo 229.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el n.º 2419 0000 000034 14.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/2013, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.