

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

Universidad Carlos III de Madrid

TEMA 8

LECTURA RECOMENDADA

Alejandro Cobos Sánchez

PROPINAS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 23 mayo 1991

Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: Excmo Sr. Aurelio Desdentado Bonete

El T. S. estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (n.º 1121/90) interpuesto por Casino de Zaragoza S. A. contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en proceso de conflicto colectivo instado por el Comité de Empresa frente a la recurrente; se casa la sentencia recurrida en los términos que se indican en el último fundamento de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Por el Casino de Zaragoza S. A. se interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de 5 de septiembre de 1990 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que confirmó la del Juzgado de lo Social nº 5 de Zaragoza de 11 de junio de 1990. En esta última se estimó parcialmente la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Comité de Empresa del Casino de Zaragoza declarando: a) que corresponde al Comité de Empresa conjuntamente con ésta el control, depósito y administración del tronco de propinas; b) que los frutos producidos por el tronco de propinas hasta su reparto individual pasarán a engrosar la cuantía del mismo; c) que, a falta de acuerdo entre las partes en conflicto, será la Comisión Paritaria del Convenio la encargada de realizar el control, depósito y administración a que se refiere el apartado a) anteriormente citado.

Considera la parte recurrente que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es contradictoria con la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 1990 y funda esta apreciación en que: 1) las demandas que generaron los correspondientes procesos fueron interpuestas por los Comités de Empresa de los Casinos de Juego -el de Madrid y el de Zaragoza- y se

dirigieron contra las sociedades titulares de dichos Casinos, 2) las dos demandas tenían por objeto el control, depósito y administración del denominado tronco de propinas cuando las empresas asumían las funciones controvertidas, liquidando mensualmente las cantidades en el momento de efectuar el abono de los salarios y 3) en ambos casos el destino, la forma y las cuotas de reparto del tronco de propinas están determinados tanto por el vigente Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Orden de 9 de enero de 1979, como por los Convenios Colectivos aplicables a cada una de las empresas demandadas, figurando en estos convenios unas cuotas porcentuales fijas que permiten efectuar la distribución del tronco entre sus diversos destinos. Sostiene también la recurrente que las dos sentencias son contradictorias entre sí porque resuelven de manera distinta el mismo problema planteado: mientras la dictada en Madrid reconoce a la empresa las funciones de control, depósito y administración, la resolución recurrida atribuye a la empresa y los trabajadores conjuntamente esas funciones y tales pronunciamientos -se añade- se sustentan en criterios igualmente divergentes.

La parte recurrida y el Ministerio Fiscal niega la existencia de la contradicción ya que, a su juicio, las pretensiones, aunque son en gran medida coincidentes, se proyectan sobre supuestos distintos. Esa diversidad vendría dada por la aplicación en las empresas demandadas de convenios colectivos distintos en los que se contienen regulaciones también diversas sobre la distribución del fondo de propinas. Así se sostiene que en el convenio del Casino de Madrid el tronco queda afectado al abono de retribuciones y otros gastos de la empresa y sólo el sobrante incrementa el patrimonio de los trabajadores de forma que no se puede determinar «ab initio» qué porción podrá destinarse al reparto entre el personal, mientras que en el de Zaragoza las partes convienen unas cuotas fijas totalmente predeterminadas del 27% y del 50%, que delimitan la fracción que corresponde a los trabajadores.

SEGUNDO.-

Ante este planteamiento la Sala ha de examinar en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la que se aporta como término de comparación existe contradicción, pues tal contradicción es presupuesto necesario para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina conforme al artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral; precepto en el que también se delimita el alcance de la contradicción exigiendo para que ésta pueda apreciarse que «respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación» se hubiere llegado a pronunciamientos distintos «en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales».

Los pronunciamientos adoptados en los dos conflictos son, desde luego, distintos. Lo que se cuestiona es la existencia de una identidad en las controversias en atención a la que se produciría la contradicción entre las decisiones. Un examen de los dos procesos muestra que entre ellos existe identidad subjetiva, pues, aunque los litigantes no son los mismos, sí se encuentran en idéntica situación en relación con la controversia. También es apreciable una igualdad sustancial en el objeto de las pretensiones. En el conflicto de Madrid se pidió la inclusión de los intereses devengados por las propinas en el tronco el ingreso de todas las cantidades recaudadas por ese concepto en una cuenta especial y el reconocimiento del derecho del Comité de Empresa a la gestión y control de esa cuenta conjuntamente con la empresa. En el conflicto del Casino de Zaragoza se formula una petición más amplia y genérica -el reconocimiento a favor del comité del control, depósito y administración del tronco-, en la que se comprende la anterior pretensión. El problema de la identidad se centra, por tanto en la distinta regulación de la distribución del tronco por los convenios aplicables.

TERCERO.-

Es cierto que la regulación de la distribución del fondo de propinas presenta diferencias apreciables en los dos convenios. Pero es preciso examinar si esas diferencias son suficientes para justificar la diversidad de los pronunciamientos. El artículo 9 del Convenio Colectivo del Casino de Juego de Madrid S. A., que se reproduce en los antecedentes de hecho de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, establece que se entiende por «tronco de propinas» el importe del 98% de la suma de las propinas procedentes de los distintos juegos autorizados y practicados, ya que del total de esa suma se deduce el 2% para promoción y atenciones sociales a clientes. El precepto citado añade que el tronco se divide en dos fracciones, una del 74% y otra del 26%. De la cantidad correspondiente a la primera fracción se detrae «el (salario) total garantizado, la antigüedad de personal del Casino perteneciente al Grupo Profesional de Juego y la parte correspondiente a las pagas extraordinarias. El resto se repartirá entre el mismo personal, en proporción al número de puntos que cada uno tenga asignado...», debiendo aportarse, si la fracción del 74% no fuera suficiente, en cada año natural y en cómputo anual para atender el total garantizado, las cantidades necesarias detrayéndolas de la fracción del 26%. Esta fracción se afecta, en el importe de 3,75 puntos para 1989 y 4 puntos para 1990, a su distribución entre todo el personal no perteneciente al Grupo Funcional de Juego, dedicándose el resto a la cotización a la Seguridad Social, a los gastos de formación y perfeccionamiento profesional, a la retribución de los grupos profesionales distintos de los de juego y a los servicios sociales en favor de personal.

En el convenio colectivo del Casino de Zaragoza S. A. el reparto del tronco de propinas -que no se diferencia de la masa general de propinas- se realiza, según el artículo 39, de la siguiente forma: 1) hasta 200 millones de recaudación total se repartirá el 27% y 2) una vez superados los 200 millones, sobre la cantidad que rebasa esta cifra, se repartirá el 50%. La disposición adicional primera del convenio fija los criterios para el reparto mensual del tronco, estableciendo que mensualmente y hasta la cifra de 17 millones de ptas. se repartirá el 27% y de la cantidad que exceda de esta cifra se repartirá el 50%, realizándose la regularización anual del reparto en el mes de diciembre.

La diferencia entre los dos sistemas es clara. En el Casino de Madrid se distingue en primer lugar entre la masa general de propinas y el tronco. Dentro de éste se diferencian, a su vez, las cantidades que pasan a financiar determinados gastos de la empresa (cotización a la Seguridad Social, atenciones de formación profesional y acción social empresarial) y otras que constituyen la participación de los trabajadores en el tronco (propinas en sentido estricto). Esta distinción está implícita también en el convenio de Zaragoza, ya que la parte no repartible del tronco se destina, según el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979, aprobatoria del Reglamento de Casinos de Juegos, a abonar «los salarios del personal, las cuotas de la Seguridad Social y las atenciones y servicios sociales en favor del indicado personal» aparte de los que se destinan a los clientes.

Pero, aunque el destino de los fondos es en lo fundamental el mismo en ambos casos, no ocurre lo mismo en cuanto a la determinación de las afectaciones. En el convenio del Casino de Madrid no es posible fijar con precisión antes del final de cada mes la cantidad del tronco de propinas que ha de ir de forma exclusiva a atender la participación de los trabajadores (propinas en sentido estricto), y ello porque la liquidación ha de realizarse a mes vencido, pues sólo entonces se conoce el importe de la participación, que es residual respecto a los salarios garantizados, complemento de antigüedad y pagas extraordinarias del personal de juego para cuyo abono, en lo que

afecta al total garantizado han de aportarse incluso cantidades correspondientes a la fracción de 26%. Por el contrario, en el Casino de Zaragoza la aplicación de porcentajes permite conocer desde el principio y sin perjuicio de la variación en función del volumen recaudado, las cantidades afectadas a los distintos conceptos, pues los porcentajes correspondientes pueden aplicarse directamente a las cantidades ingresadas.

Ahora bien, esta distinción, aunque importante en el plano instrumental, no es tan relevante en el orden decisorio como para justificar la diversidad de pronunciamientos en los casos que se examinan. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende que «al margen de su cualidad originaria, (la propina) es determinante de ingresos empresariales que en cuanto al abono del salario garantizado, antigüedad y gratificaciones extraordinarias, adquieren naturaleza salarial y, como tal, incluíble en el patrimonio empresarial con todas sus consecuencias de suerte que por repercusión de lo pactado, no pueden los trabajadores pretender participar a través de los intereses que produzca», como tampoco respecto a las cotizaciones de la Seguridad Social, gastos de formación profesional y servicios y atenciones sociales. La participación se excluye también para las reservas que han de distribuirse entre los trabajadores, pues éstas «más que propinas propiamente dichas constituyen un concepto retributivo» dentro del sistema general del convenio. Por ello para la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la totalidad de las cantidades que forman el denominado tronco de propinas constituyen un ingreso empresarial destinado al cumplimiento de fines inherentes a la propia actividad de la empresa. De ahí que conforme al criterio de esa Sala resulte indiferente que las cantidades que deben distribuirse entre los trabajadores se conozcan con anterioridad, pues todo el fondo de propinas es un ingreso de la entidad titular del Casino con independencia de su origen y de su afectación final. Hay aquí ya una inicial contradicción con la sentencia que se recurre de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pues en ella las cantidades que integran la participación de los trabajadores (las propinas en sentido estricto) no son retribución del trabajo, ni pueden considerarse ingresos empresariales y para apreciar esta contradicción no es concluyente el dato de la previa determinación de la participación de los trabajadores en el momento de hacerse efectiva la propina. Pero incluso aunque se considere exclusivamente la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón la determinación inicial del importe de la participación tampoco explicaría suficientemente la diferente decisión adoptada, pues lo que en esta sentencia se confirma no es una gestión separada de las distintas fracciones -gestión por la empresa de los ingresos empresariales y gestión por el comité de las cantidades destinadas a la distribución entre los trabajadores-, sino una gestión conjunta o cogestión que hubiera podido también aplicarse, en principio, a un supuesto de indeterminación inicial de las distintas fracciones cuando se conoce que la cantidad ingresada ha de tener finalmente distintos titulares.

CUARTO.-

Hay que concluir, por tanto, que la posibilidad de un desglose inicial no constituye en el presente caso razón suficiente para la diversidad de los pronunciamientos. De ahí que establecida la contradicción deban examinarse ahora las dos doctrinas que fundamentan las distintas soluciones para determinar cuál de ellas es la correcta o, en el supuesto de que no lo sea ninguna, para fijar la que se estime procedente. Para ello es necesario partir del criterio jurisprudencial que esta Sala tiene ya establecido sobre lo que en definitiva constituye el punto fundamental objeto de debate: la naturaleza de las cantidades percibidas por los trabajadores por su participación en el tronco de propinas.

Sobre esta cuestión la sentencia de 1 de marzo de 1986, declaraba ya con carácter general que «el salario es la contraprestación pecuniaria o en especie que ha de abonar el empresario al trabajador por su tarea y que no han de tener consideración salarial las propinas procedentes de los jugadores que no son contraprestación de trabajo correlativas al beneficio que obtiene el empresario por hacer suyo el resultado, y que no están obligados a pagar, sino que provienen de los clientes que la realizan por liberalidad, en razón de los servicios prestados al donante (artículo 619 del Código Civil) o mejor impelidos a ellos por un uso social que les hace regalarlas cuando ganan, sin obligación alguna jurídica de su abono mas estando su práctica totalmente consolidada». La sentencia añade que «del empresario no proceden las propinas de los trabajadores del Casino -que como señala el Juzgador no integran el acervo patrimonial de la empresa- por más que proporcione la ocasión de obtenerlas». Por su parte la sentencia de 7 de julio de 1986, precisando el alcance de la anterior doctrina en atención a la distinta afectación de las cantidades que integran el fondo de propinas, según el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979 y las diversas normas profesionales señala que aunque «es cierto que de la masa global de ellas (las propinas) han de abonarse los salarios del personal del Casino, ...ello no quiere decir que por tal circunstancia, todo el importe de las propinas se convierta en salarios, como lo demuestra el que otros conceptos también han de ser satisfechos con la masa de los mismos, cual la Seguridad Social, las atenciones y servicios sociales al personal y a los clientes, que no son salarios». La sentencia precisa que lo que sucede es que en lo que percibe el trabajador, «aparece una parte fija y determinada o sea cierta, que es el salario y que está constituido por el total garantizado, la antigüedad y las pagas extraordinarias», y otra parte formada por la participación de los trabajadores en el tronco -variable según el total ingresado- que, al vincularse exclusivamente a la liberalidad de los clientes, no puede tener la consideración de salario. Esta distinción se reitera en las sentencias de 1, 10 de julio y 10 de noviembre de 1986, 19 de febrero, 20 de mayo, 8 de junio, 14 de septiembre de 1987, 9 y 25 de octubre de 1989, coincidentes en afirmar que las propinas en cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa no tienen la consideración de salario al no constituir una contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo, sino un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero.

Pero, aunque también se financian con cargo a las propinas, sí tienen, por el contrario, la consideración de salarios, de acuerdo con el criterio jurisprudencial de referencia, las cantidades que, como retribuciones garantizadas o como remuneraciones del resto del personal se pagan por la empresa con tal carácter. La parte del fondo de propinas destinada a estas finalidades actúa así como un ingreso del empresario, que es quien dispone sobre el mismo dedicándolo, con valor liberatorio para él, al cumplimiento de las obligaciones salariales que menciona el Reglamento de Casinos y lo mismo sucede con las que se destinan al pago de otras obligaciones de la empresa cotizaciones de la Seguridad Social o atenciones y servicios sociales. Todas estas cantidades en cuanto se afectan a cubrir gastos de la empresa se convierten en ingresos de la misma, aunque patrimonialmente tengan previsto un régimen especial en atención a la finalidad a la que están dedicadas y aunque, a efectos de control, se aplique una contabilidad independiente a través de la cuenta especial que menciona el artículo 28.3 de la Orden de 9 de enero de 1979. La afectación especial determina un régimen también especial de contabilización y una disponibilidad limitada, pero no cabe sostener que estas cantidades destinadas al abono de gastos empresariales pase directamente de los clientes a los trabajadores, pues algunas de ellas no se perciben por éstos y otras lo son pero como salarios pagados por la empresa. Sólo en la participación en el tronco de propinas

se mantiene, según la doctrina de esta Sala, esa relación directa entre la liberalidad del cliente y el ingreso del trabajador.

QUINTO.-

La aplicación de esta doctrina determina que haya de rechazarse la de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La participación de los trabajadores en el tronco de propinas no puede considerarse como un concepto retributivo integrante del sistema de remuneraciones a cargo de la empresa, lo que equivale a atribuirle naturaleza salarial. En consecuencia, no cabe configurar el importe de dicha participación como un ingreso de la empresa que ésta incorpora a su patrimonio con destino al pago de una parte de los salarios. Se produce así un quebranto de la unidad de doctrina. Pero éste no queda limitado a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues la solución que confirma la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tampoco se ajusta a las consecuencias que se derivan de la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, que reconoce el carácter salarial de las cantidades que como salario garantizado se abonan por la empresa con cargo a las propinas. La parte recurrente argumenta en el escrito de interposición que, al estar el tronco de propinas destinado legalmente de una manera fundamental a la satisfacción de obligaciones empresariales, su gestión le corresponde en exclusiva, ya que sólo pueden distribuirse a los trabajadores las cantidades que resten después de haberse cubierto las obligaciones que impone el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979. Esta tesis sólo en parte puede aceptarse. Ya se ha razonado que la determinación inicial de las cantidades correspondientes a cada fracción no resulta decisiva. Por otra parte, el convenio colectivo establece en el presente caso claramente esa delimitación inicial a través del sistema de porcentajes y a ello no se opone el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979, porque lo que este precepto prohíbe es que la empresa se apropie de forma incondicionada de las cantidades recaudadas por propinas al margen de las finalidades a las que dichas cantidades están afectadas pero no impide se amplíe la participación de los trabajadores en aquéllas a costa de la financiación de los gastos empresariales o que esa participación, pese a no tener carácter salarial, se determine de forma directa y no residual. Ahora bien, si una de las fracciones del fondo general de propinas ha de destinarse, según el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979, el abono de los salarios del personal del Casino y de las cotizaciones de la Seguridad Social, no cabe duda que las cantidades correspondientes a esta fracción han de configurarse como un ingreso empresarial y sobre ellas la entidad titular del Casino, que en su condición de empresario asume la responsabilidad de realizar los correspondientes pagos, ha de tener las facultades de administración y disposición que no deben quedar limitadas como consecuencia del reconocimiento de funciones de codecisión a favor del Comité de Empresa, pues quien asume la plena responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones a las que están afectadas estas cantidades es también quien debe tener de forma plena las facultades de disposición sobre estas últimas y lo mismo cabe decir en relación a las que se dedican a servicios y atenciones sociales en cuanto sea la empresa la que asume su prestación.

En segundo lugar y respecto a la fracción del fondo que se dedica a la distribución entre los trabajadores (propinas en sentido estricto) también se impone en parte una conclusión contraria a la que mantiene la sentencia recurrida. La naturaleza de estas cantidades justifica la intervención de los trabajadores. Pero esta intervención ha de acomodarse al sistema que establece el artículo 28 de la Orden de 9 de enero de 1979 y al marco general de competencias de Comité de Empresa, cuya actuación se refiere a los

intereses colectivos de los trabajadores, sin que alcance, salvo apoderamiento específico, a los individuales. Desde esta perspectiva, no cabe duda que ha de ser también aquí excluida la cogestión, pues el artículo 28 de la Orden de 9 de enero de 1979 encomienda a la entidad titular del Casino la recaudación, depósito y distribución de las propinas. Es esta entidad como titular del establecimiento la que se hace cargo de las propinas «depositadas en las huchas que a tal efecto existirán en las mesas de juego y, en su caso, en los departamentos de Recepción y Caja sin que puedan ser guardadas de otra forma en todo o en parte», procediéndose a su devolución por el Director de Juegos «en caso de error o abuso». Es la empresa también la que debe contar las propinas al finalizar el horario de juego de cada jornada anotando su importe diariamente en una cuenta especial, como igualmente está obligada a distribuir el fondo general y ello no sólo para determinar las fracciones correspondientes a la cobertura de gastos empresariales (salarios cotizaciones de la Seguridad Social, servicios y atenciones sociales a su cargo) y a la participación de los trabajadores, sino también para fijar las partes atribuidas al personal de juego y al de servicios, así como las que finalmente se asignen a cada uno de los trabajadores a los que debe también pagar su parte mensualmente documentando el pago y practicando, en su caso, las retenciones que procedan. La empresa asume así respecto a la fracción correspondiente a la participación de los trabajadores obligaciones y facultades de depósito y gestión. Pero estas funciones de la entidad titular del Casino son compatibles con una especial intervención del Comité de Empresa que, si bien no puede sustituir a aquélla en la gestión que tiene atribuida, sí debe ejercer dada la naturaleza de las participaciones un control adecuado a su carácter de órgano de representación de los trabajadores y ello tanto en orden al conocimiento de la recaudación de las propinas como a la información de la situación de la cuenta especial a que se refiere el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979 y a la distribución realizada por la empresa del total del fondo y de la fracción correspondiente a la participación de los trabajadores. En cuanto a los intereses que pudiera generar el fondo de propinas el principio de accesoriedad respecto al principal determina que se afecten a la misma finalidades establecidas en el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979, debiendo incrementar la participación de los trabajadores en la misma proporción que establece el artículo 39 del convenio colectivo.

SEXTO.-

Las conclusiones establecidas en los anteriores fundamentos determinan que deba estimarse el recurso con las consecuencias previstas en el artículo 225.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que conduce a la casación de la sentencia recurrida, resolviendo el debate suscitado en suplicación en el sentido de estimar el motivo segundo de los dedicados al examen del derecho aplicado si bien con el alcance que ha quedado precisado en el fundamento anterior. Debe, por tanto, estimarse en parte la demanda y declarar que el Comité de Empresa tiene derecho a ser informado por la entidad titular sobre la recaudación y distribución del fondo de propinas, a cuyo efecto se le facilitarán a aquél los datos correspondientes a los ingresos diarios por propinas y, al menos con periodicidad mensual, los relativos a la situación de la cuenta especial a que se refiere el artículo 28.3 de la Orden de 9 de enero de 1979 y a la distribución del fondo general de propinas. En cuanto a los frutos producidos por el tronco debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia de instancia. La estimación del recurso determina que haya de acordarse la devolución del depósito a la recurrente.

SALARIO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 25 febrero 1999

Recurso de Casación núm. 1944/1998

Ponente: Excmo Sr. Gonzalo Moliner Tamborero

El TS desestima el recurso de casación (núm. 1944/1998) interpuesto por la Federación de Comercio de Comisiones Obreras contra la Sentencia de 24-2-1998, de la Audiencia Nacional, que desestimó la demanda promovida por la recurrente contra «Alcampo, SA» y otros, sobre conflicto colectivo.

Recurso Núm.: 1944/1998

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

Votación: 18/02/99

Secretaría de Sala: Sra. Fernández Magester

SENTENCIA NUM.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Excmos. Sres.:

D. Víctor Fuentes López

D. Mariano Sampedro Corral

D. Jesús González Peña

D. Gonzalo Moliner Tamborero

D. Leonardo Bris Montes

En la Villa de Madrid, a veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos los presentes Autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación interpuesto por la **Federación de Comercio de Comisiones Obreras**, representada por el Letrado don Nicolás S. A. de B., contra la Sentencia dictada el 24 de febrero de 1998 (AS 1998\819) por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el procedimiento núm. 223/1996, seguido a instancias de **Federación de Comercio de CC OO** contra «**Alcampo, SA**», UGT, FETICO, FASGA y ANGED sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos «**Alcampo, SA**» representados por el Letrado don José Manuel Copa Martínez y la «**Asociación de Medianas y Grandes Empresas de Distribución**» (ANGED) representados por el Procurador don José Manuel Villasante García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Gonzalo Moliner Tamborero**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la representación de la **Federación de Comercio de Comisiones Obreras** se planteó 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 fundamentos que estimó de aplicación se terminó por suplicar se dictará sentencia por la que: «se declare el derecho de los trabajadores de la empresa ALCAMPO a que se le incluya dentro de las retribuciones de origen el complemento puesto de trabajo que venían percibiendo en

el puesto de trabajo que ocupaban antes de que se les aplicase la movilidad funcional a un puesto de trabajo de inferior categoría y diferente grado profesional, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias que de ello se deriven».

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.-Con fecha 24 de febrero de 1998 se dictó Sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos la demanda, absolviendo de ella a la parte demandada en el procedimiento seguido a instancia de **Federación de Comercio de CC OO** contra "**Alcampo, SA**", **UGT**, **FETICO**, **FASGA** y **ANGED** sobre conflicto colectivo».

CUARTO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «I.-Que con fecha 6 y 9 de junio de 1995, se suscribió el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, que fue publicado en el BOE núm. 178 de 27 de julio de 1995. II.-Que la empresa demandada, "Alcampo, SA", dedicada a la actividad comercial de grandes almacenes, no incluye dentro de los denominados "retribuciones origen", a los efectos de movilidad funcional, los complementos de puestos de trabajo. III.-Que la empresa demandada lleva a cabo la movilidad funcional de sus trabajadores dentro del grupo profesional al que pertenecen y de los que se enumeran en el artículo 8 del Convenio que se relaciona en el hecho primero probado que antecede. IV.-El presente conflicto afecta a la totalidad de la plantilla laboral de la demandada, repartida en los distintos centros de trabajo que posee en las diferentes Autonomías del Estado Español».

QUINTO.-Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la **Federación de comercio de comisiones obreras**; escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 20 de julio de 1998, y en el que se formulan al amparo del artículo 203.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y se fundamentan en el artículo 205.e del mismo cuerpo legal los siguientes motivos: «I) Interpretación errónea del artículo 24 del convenio colectivo en relación con el artículo 8 y artículos 26.3 y 39.3 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia aplicable al caso controvertido. II) Infracción por inaplicación del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral».

SEXTO.-Evacuado el traslado conferido, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de febrero de 1999, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1. El presente recurso de casación lo ha interpuesto la representación de la Federación de Comercio de Comisiones Obreras en discrepancia con la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 1998 que había desestimado la demanda de conflicto colectivo interpuesta por dicha demandante contra la empresa «Alcampo, SA» y otros. La sentencia recurrida es la segunda que dicta dicha Sala en este procedimiento, debido a la circunstancia de que la primera de ellas había sido anulada por Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1997, bajo la apreciación de insuficiencia en la relación de hechos probados de aquélla y en concreto por estimar necesario que aclarara dos de las cuestiones fácticas planteadas, a

saber: si estábamos en presencia de un supuesto de «movilidad vertical ascendente, que afecta a funciones inferiores correspondientes a grupo distinto (art. 39.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores), tesis del accionante o bien, si se trata de movilidad horizontal relativa al cambio de funciones dentro del mismo grupo profesional (artículo 39.1), tesis de la demandada; y también para que precisara si dichos cambios han tenido un alcance temporal o permanente».

2. Se hace referencia expresa a la indicada nulidad por la razón concreta de que el recurso de la Federación Sindical contiene un motivo de recurso en el que se insiste sobre dicha cuestión, imputando a la segunda sentencia no haber completado la relación de hechos probados en la medida exigida por la primera sentencia que la anuló. En efecto, el recurrente en su segundo motivo de casación señala cómo la sentencia de instancia aclaró que la movilidad introducida por la empresa se había producido dentro del mismo grupo profesional, pero no aclaró si dichos cambios habían sido de naturaleza temporal o permanente.

Aunque el referido motivo segundo de dicho recurso se ampara en el apartado e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, y en congruencia con ello no reclama el recurrente la nueva nulidad de la sentencia, es obvio que, si el mismo prosperara, la consecuencia no conduciría a la revisión del derecho aplicado por dicha sentencia sino a su anulación, puesto que sería imposible dictar una nueva sobre el fondo si siguiera haciendo falta completar la declaración de hechos probados para fundamentar una resolución definitiva sobre la cuestión planteada. Por ello es por lo que se considera necesario entrar en el estudio de este motivo de recurso antes que en el primero, éste sí relativo a la denuncia de una propia infracción de norma sustantiva.

3. Este motivo de recurso no merece prosperar por las siguientes razones. En primer lugar es cierto que la sentencia de instancia sólo aclaró uno de los defectos fácticos que motivaron su nulidad, pero no es menos cierto que se trataba del aspecto fundamental necesario para dictar sentencia sobre el fondo, puesto que lo que se quería saber era qué tipo de movilidad funcional se había producido, fundamentalmente para determinar la validez o no de la decisión empresarial a los efectos del art. 39.2 del Estatuto de los Trabajadores. En esta tesitura, conocida ya la clase de movilidad, o sea, conocido y declarado probado que la movilidad de la que estamos hablando es de la regulada por el art. 39.1 del Estatuto, a saber, la producida dentro del mismo grupo profesional (pues se produjo «dentro del grupo profesional al que pertenecen» en el decir del hecho probado tercero de la sentencia recurrida), el hecho de que ésta fuera temporal o permanente pasaba a constituir una cuestión accesorias e intrascendente para resolver la problemática de fondo planteada, puesto que la aplicación de la legalidad vigente a la movilidad funcional hace indiferente el problema de la temporalidad, dado que lo discutido atañe a alcance de la garantía salarial en caso de movilidad funcional según la interpretación que proceda hacer de las previsiones del art. 39.3 y para ello carece de trascendencia que la movilidad sea temporal o permanente, sin que, por otra parte, se haya planteado cuestión alguna entre las partes acerca de esta concreta problemática.

Por todo lo cual procede desestimar el indicado motivo de recurso.

SEGUNDO.-

1. El motivo de fondo por el que la sentencia de instancia fue recurrida se concreta en el primero de los articulados por la recurrente en su escrito de formalización al amparo del art. 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral. En dicho motivo se denuncia por la recurrente lo que considera una interpretación errónea del art. 24 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes de 28 de junio de 1995 (BOE del 27-7-1995), en relación con el art. 8 y los arts. 26.3 y 39.3 del Estatuto de los Trabajadores y

jurisprudencia aplicable al respecto. El recurrente considera, con apoyo en los indicados preceptos, que en un supuesto de movilidad funcional consistente en la atribución a los trabajadores de funciones inferiores a las que antes desempeñaban, debe de reconocerse a los afectados «la retribución de origen», cual señala el art. 39.3 del Estatuto, entendiéndose por retribución de origen todos los conceptos salariales que el trabajador percibiera en su antiguo puesto de trabajo con inclusión también de los complementos de puesto de trabajo, que es lo que la empresa niega y lo único que ha sido objeto de discusión y discrepancia en el presente procedimiento de conflicto colectivo.

2. Conoce y cita el recurrente la doctrina tradicional de este Tribunal dictada al amparo de lo dispuesto en la redacción del Estatuto de los Trabajadores anterior a la reforma operada por la Ley 11/1994, según la cual, aplicando las previsiones entonces contenidas en el art. 23.4 de aquel Texto Legal y en el art. 5 b) del entonces vigente Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del Salario, se había mantenido como criterio incontrovertido que en cualquier caso de modificación funcional los complementos salariales de puesto de trabajo, aun cuando aquélla fuera descendente y por ello «in peius», no quedaban garantizados debido a la propia naturaleza de los mismos. Como decía la STS de 5-2-1996 (recurso 2143/1995), citando la doctrina anterior contenida en Sentencias de 20-9-1984, 29-9-1986, 24-3-1987 o de 27-7-1993 y 20-12-1994, dictadas estas últimas en unificación de doctrina, **«los complementos de puesto de trabajo a que se refiere el art. 5 b) del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, no son consolidables como reconoce este precepto, que tiene en cuenta que se trata de conceptos que por su propia función retributiva están ligados al desempeño de un puesto de trabajo. Ello no contradice la garantía de los derechos económicos del trabajador que establece el artículo 39 citado, pues esta garantía se refiere a los derechos que de manera estable definen el "status" profesional del trabajador en la empresa y que corresponden a su categoría y a sus condiciones personales, sin que alcance a aquellas retribuciones que, por estar ligadas a las características de un determinado puesto de trabajo, no son consolidables ni se incorporan a este "status" profesional, percibiéndose cuando se desarrollan las actividades que dan lugar a las mismas o cuando una garantía específica asegura su mantenimiento».**

3. Se trata de precisar, por lo tanto, si la reforma del Estatuto de los Trabajadores que introdujo aquella Ley 11/1994 y que ha configurado su redacción actual, permite llegar a conclusiones diferentes de las antes indicadas. El recurrente mantiene que de la modificación legal producida cabe deducir una interpretación distinta, y sostiene esa tesis sobre la apreciación de que, mientras el art. 23.4 del ET en su redacción original disponía que en el caso de movilidad funcional descendente el empresario habría de mantener al trabajador **«la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional»**, en la redacción actual del art. 39.3 del ET, en cuanto precepto que ha sucedido al anterior en la regulación de la misma situación, lo que se dice es que en tales casos se le mantendrá al trabajador **«la retribución de origen»**. Según dicha parte, por «retribución de origen» debe de entenderse todos los salarios que antes percibiera con independencia de la naturaleza de los conceptos retributivos a que alcanzara aquélla, y sostiene que la razón de esta modificación legislativa se encuentra en la necesidad de restringir la posibilidad empresarial de asignar a sus trabajadores funciones inferiores a las que tienen reconocidas y evitar que la reducción de funciones se utilice como una forma de reducir los salarios por la vía de la movilidad.

TERCERO.-

1. Para dar solución adecuada a la cuestión aquí planteada hay que partir de la

realidad fáctica subyacente en los presentes autos. Se trata en primer lugar de una empresa en la que la clasificación profesional de sus trabajadores no se hace por categorías sino por grupos profesionales como permite hacer el art. 22.1 del Estatuto, según se dispone el art. 8 del Convenio Colectivo a ellos aplicable. La movilidad funcional producida es de las previstas en el art. 39.1 del mismo Estatuto, o sea, una movilidad ordinaria u horizontal por cuanto se ha realizado dentro del mismo grupo profesional, suponiendo para los interesados una modificación de sus funciones dentro del propio grupo para el que fueron contratados. La modificación introducida por la empresa no afecta a la dignidad ni a la formación o promoción de tales trabajadores, nada de lo cual se ha denunciado. Y, finalmente, se trata de una movilidad funcional hacia abajo, o sea hacia funciones consideradas inferiores a las que hasta entonces venían desempeñando los afectados, con supresión por parte de la empresa de las cantidades que los trabajadores percibían en relación directa con las funciones que antes desempeñaban, y más en concreto de los llamados complementos de puesto de trabajo (si bien no se ha precisado en los autos cuáles fueran éstos en concreto).

2. Con tales antecedentes, el problema se concreta en resolver cómo ha de interpretarse la previsión contenida en el art. 39.3 del vigente Estatuto de los Trabajadores cuando dice textualmente que en los supuestos de movilidad funcional el trabajador tendrá **«derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen»**. La interpretación de este precepto viene matizada por el hecho de que en la previsión estatutaria original el art. 23.4 que era el que regulaba entonces esta situación disponía que en los supuestos de movilidad funcional descendente el empresario venía obligado a garantizar al trabajador **«la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional»**, con lo que, como sostiene el recurrente, una primera interpretación literal lleva a pensar que mientras en el régimen anterior sólo se garantizaban los salarios correspondientes a la categoría con exclusión de los complementos de puesto de trabajo, con la nueva normativa el concepto **«retribución de origen»** querría significar la necesidad de conservar no sólo los salarios inherentes a la categoría profesional sino los anteriores en un todo indiscernible.

3. A pesar de la certeza de ese cambio de redacción y a pesar de las dificultades interpretativas que encierra la nueva previsión legislativa, no puede aceptarse la tesis del recurrente, y ello por las siguientes razones:

a) Siendo cierta la modificación del Texto Legal, en los términos antes transcritos, y siendo posible sostener dicha tesis desde una interpretación meramente gramatical, hay que tener en cuenta que el nuevo texto hay que interpretarlo dentro de su «contexto», o sea dentro de una nueva regulación completa de toda la temática referida a clasificación profesional y movilidad funcional en la que nos encontramos con las siguientes innovaciones básicas introducidas en su origen por la Ley 11/1994: en primer lugar la posibilidad de una clasificación por grupos en lugar de por categorías, y en congruencia con ello una mayor flexibilidad en las posibilidades de movilidad de los trabajadores por parte del empresario; en ese contexto es posible hablar de modificaciones funcionales dentro de un mismo grupo, sin ninguna modificación en la categoría, lo que justificaría que la nueva redacción no garantice los salarios correspondientes a la anterior «categoría» sino la de origen, puesto que puede referirse tanto a una categoría como a unas concretas «funciones». Por otra parte, si nadie duda de que la reforma de 1994 tuvo como una de sus finalidades la de introducir una mayor flexibilidad en el poder de dirección empresarial, dentro del que se ubica la mayor movilidad al mismo

atribuida, la conclusión más congruente con dicha realidad es la de estimar que no estaba dentro de sus previsiones la de ponerle más trabas de las anteriormente existentes cual ocurriría exigiéndole un respeto a los mayores complementos de puesto de trabajo, cuando en la legislación anterior no se le exigía tal garantía según lo hasta ahora visto;

y b) Por encima de las anteriores consideraciones, lo cierto es que el actual art. 26.3 del ET mantiene el carácter no consolidable de los complementos de puesto de trabajo, salvo pacto en contrario, recogiendo expresamente la misma particularidad que venía establecida en el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto sobre ordenación del salario, con lo que ello supone de condicionante para dichos complementos, puesto que significa tanto como que sólo se percibirán los mismos cuando se lleven a cabo las concretas funciones de los que dependen. Es cierto que el propio art. 26.3 admite el pacto en contrario, pero ello no se ha producido en nuestro caso en el que el art. 24 del Convenio Colectivo invocado expresamente dispone al regular los complementos de puestos de trabajo que **«su percepción depende exclusivamente de la efectiva prestación de trabajo en el puesto asignado, por lo que no tendrán carácter consolidable»**. Por lo tanto, no puede decirse que la regulación jurídica relativa a la garantía salarial en los supuestos de movilidad descendente se haya modificado con respecto a la regulación anterior, razón por la cual tampoco existirá razón por la que modificar la consolidada jurisprudencia interpretativa de aquella normativa.

CUARTO.-

De conformidad con las consideraciones anteriores, el pronunciamiento a dictar conduce a la confirmación de la sentencia de instancia, con la consiguiente desestimación del recurso interpuesto. Sin que haya lugar a pronunciamiento alguno sobre condena en costas.

Por lo expuesto, en nombre de SM el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la **Federación de Comercio de Comisiones Obreras**, contra la Sentencia dictada el 24 de febrero de 1998 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el procedimiento núm. 223/1996, seguido a instancias de **Federación de Comercio de CC OO** contra **«Alcampo, SA»**, **UGT**, **FETICO**, **FASGA** y **ANGED** sobre conflicto colectivo; la que confirmamos en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la **Colección Legislativa**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero hallándose celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

SALARIO: PRESUNCIÓN “IURIS TANTUM”

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 25 octubre 1988
Recurso de casación por infracción de ley
Ponente: Excmo Sr. Juan García-Murga Vázquez

El T. S. estima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por Alfonso M. B. contra la sentencia de la Mag. Trab., que casa y anula, estimando, en la forma que se indica, la demanda promovida por el recurrente contra Sociedad Española de Radiodifusión (SER) así como la reconvención por ésta formulada, sobre reclamación de cantidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

El actor que «ab initio» alegó (hecho primero de la demanda) haber causado baja voluntaria en la empresa el día 15 de enero de 1986, pretendió que su contraria fuere condenada a pagarle la cantidad bruta -sin perjuicio de efectuar las deducciones y retenciones que sobre ella procedan- de 2.938.737 pesetas (en conclusiones solicitó también el pago de interés por mora); resultante de lo no percibido en el año 1985 por el concepto de «complemento salarial anual» a cuenta del que sólo se le había satisfecho un millón de pesetas, más lo correspondiente a los quince días trabajados del año 1986 por los que no había sido retribuido en forma alguna. Frente a dicha pretensión, la demandada se opuso y formuló reconvención por cuantía de 312.590 pesetas. La sentencia que puso fin a la instancia, en virtud del fallo que se ha dejado transcrito en el oportuno antecedente de esta resolución, condena al actor a pagar a la demandada la cantidad de 316.820 pesetas.

SEGUNDO.-

Son hechos probados de la dicha sentencia, con trascendencia a los efectos de esta resolución, los siguientes:

a) «El complemento salarial percibido por el actor en 1982 ascendió a 800.000 pesetas, en 1983 a 1.000.000 pesetas, en 1984 a 2.900.000 pesetas percibidas en 1985» (apartado 3).

b) «Al cesar la relación laboral al demandante no se le han abonado los conceptos de liquidación, p. p. de pagas extras, 15 días de enero» (apartado 4).

c) «El 4 de abril de 1986 la demandada ofreció al actor 696.230 pesetas en concepto de liquidación» (apartado 5).

d) «El demandante no ha percibido cantidad alguna en concepto de complemento anual correspondiente a 1985 ni p. p. de 1986» (apartado 6).

e) «El 29 de julio de 1985 el actor percibió 1.000.000 pesetas a cuenta de sus haberes y no ha reintegrado 8.820 pesetas importe de la estancia de garage pagada por la

empresa» (apartado 7).

f) «El salario mensual del actor realmente percibido ascendía a 466.519 pesetas independientemente del complemento anual» (apartado 8).

TERCERO.-

El recurso interpuesto por el demandante ha quedado formalizado mediante cuatro motivos: el primero y el último, con cita amparadora del artículo 167 n.º 5 de la Ley de Procedimiento Laboral con la invocación de error de hecho en la apreciación de la prueba; el segundo por violación del artículo 26 n.º 1 del Estatuto de los Trabajadores (al amparo del número 1 del artículo 167, ya citado, del Texto Laboral); y el tercero, que se acoge al número 2.º del mismo precepto procesal, por incongruencia. Obvio resulta que aquellos dos motivos reclaman tratamiento preferencial, que puede perfectamente realizarse en conjunto porque a ambos afectan las mismas razones determinantes de su improcedencia, a saber:

Primera: lo que uno y otro combaten son los razonamientos jurídicos de la sentencia. En ningún caso se expresa cómo se pretende queden modificados los hechos probados - por rectificación, adición o supresión- que es lo único que los haría viables.

Segunda: Los dos son de carácter argumentativo, sin concretar documento o documentos que acrediten por sí mismos, directamente, el error que se imputa al juzgador de instancia.

Es claro, pues, que se impone el rechazo de los estudiados motivos primero y cuarto; y que es sobre los hechos probados que así declara la sentencia recurrida -de los que ya se han reiterado los decisivos- que han de ser considerados los restantes.

CUARTO.-

1. El número 1 del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores dispone que se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo. Como dice la Sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 1984 constituye una interpretación auténtica, el concepto legal, de lo que por salario ha de entenderse; y de dicha fórmula -sigue la Sentencia de 12 de febrero de 1985, que previamente la ha reiterado- deriva la presunción «iuris tantum» de que todo lo que recibe el trabajador de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario, con todas las importantes consecuencias que tal conclusión comporta, debiendo sólo jugar las excepciones legales cuando su existencia quede probada. Con las citadas concuerdan también sustancialmente las Sentencias de 5 de marzo de 1985 y 25 de marzo de 1986.

2. Tal doctrina legal -se han citado sólo algunas de las más actualizadas resoluciones que la enuncian- acreditan el error en que incurre la juzgadora de instancia cuando concluye que incumbe al actor la prueba de las estipulaciones que acreditan la subsistencia de la obligación de pago del «complemento anual» y que, por falta de dicha prueba, procede en cuanto a ese extremo desestimar la demanda; pues ello supone una inversión de la carga probatoria, dada la presunción a que antes se aludió. Si se declara probado que durante los años 1982, 1983 y 1984 percibió el demandante el «complemento salarial» (así expresamente adjetivado); y, además, que a cuenta de sus haberes y en 29 de julio de 1985 se le abonó 1.000.000 de pesetas, con independencia de los mensualmente percibidos; es claro que no puede desconocerse que durante el año 1985 devengó el repetido complemento, que sólo parcialmente le fue pagado; y que también le corresponde la parte proporcional del mismo por los quince días trabajados

del año 1986.

3. Si es acertado el razonamiento jurídico de la sentencia recurrida en cuanto a la falta de prueba -que sí es imputable al actor- sobre el módulo empleado para el cálculo e incremento anual del complemento salarial que él solicita. La alegación al respecto de aplicar cada año a partir de 1984 un cinco por ciento de incremento no se ha probado. Por ello no puede conducir a otra consecuencia sino a la de tener -a efectos litigiosos- como consolidada en la cantidad que se declara percibida en 1984 la cuantía anual de la repetida percepción salarial.

4. Al no apreciarlo así la sentencia recurrida ha infringido el artículo 26 n.º 1, ya citado, del Estatuto de los Trabajadores, como lo sostiene el motivo segundo del recurso que por tanto ha de acogerse por su procedencia.

QUINTO.-

Aunque la aceptación del motivo que se deja estudiado en el fundamento que precede ya origina, «per se», la estimación del recurso y la casación de la sentencia, no es ocioso examinar el motivo tercero que opone a aquélla su incongruencia, sobre todo porque afecta a la pretensión reconvenicional debatida y resulta en la instancia con una argumentación que, es forzoso decirlo, resulta prácticamente ininteligible. Son dos los reproches con los que se fundamenta la tacha alegada: el primero -que se introduce una alegación «de facto» no formulada por la parte respecto a la cuantía del complemento salarial- no es admisible: lo que ha hecho la juzgadora «a quo» es imputar, acertadamente según se ha dicho, la falta de prueba en cuanto a los incrementos; y aceptar -con error, como también se ha razonado- la tesis del carácter obligatorio de aquella percepción en el tiempo por el que se reclamó.

El segundo, en cambio, ha de admitirse por completo, ya que, inequívocamente, la empresa demandada cuantificó su reconvenición en cantidad inferior a la que la sentencia le atribuye; de suerte que este pronunciamiento conculcó la congruencia que es obligada conforme a lo que previene el artículo 359 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil. Este motivo tercero es, en consecuencia, también procedente.

SEXTO.-

1. Al prosperar los dos motivos últimamente tratados el recurso debe ser estimado y casada la sentencia por él impugnada, con anulación de su pronunciamiento. Comporta ello, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1715 n.º 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha de resolverse lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate; es decir han de resolverse tanto la pretensión del actor, concretada en su demanda y luego en el acto del juicio, de condena a la demandada al pago de cantidad más interés por mora; y la pretensión reconvenicional de la empresa y, en su caso, la subsecuente compensación que al entender de esta última parte arroja saldo a su favor.

2. Sin que sea precisa nueva argumentación en cuanto a lo reclamado por el demandante -que no sería sino reiteración de lo ya expuesto- en concepto de complemento salarial que se le adeuda, le son atribuibles las siguientes cantidades: por el año 1985, 1.900.000 pesetas, detrayendo del total computable lo percibido a cuenta; y por los quince días del año 1986, 120.833 pesetas, en total 2.020.833 pesetas. Por la retribución básica, atendiendo lo constante en el hecho probado ocho y que a su tenor, con inclusión de las partes proporcionales por pagas extraordinarias y vacaciones se ajusta la liquidación a que alude el hecho probado 5, lo que de ésta resulta pero sin descontar de la liquidación las retenciones consignadas por la empresa, es decir la cantidad de 738.655 pesetas, que sumada a la antes concretada arrojan un total de

2.759.488 pesetas, salvo error material o matemático. Esta cantidad inferior a la solicitada, es resultado de los sumandos brutos, en razón a los términos en que se ha formulado en concreto la pretensión de la demandada, que pide «sin perjuicio de efectuar las deducciones y retenciones que sobre ella procedan»; y sobre la misma no procede aplicar interés por mora, ya que ha precisado su concreción en el proceso y mediante la liquidación efectuada por esta definitiva resolución.

3. La pretensión reconventional sólo puede ser acogida en cuanto a la cantidad de 8.820 pesetas que el hecho probado 7 declara que corresponde a estancia de garaje pagada por la empresa y no reintegrada. El millón de pesetas también aludido en el mismo hecho, obviamente no puede ser considerado como deuda del actor, puesto que ha quedado computado debidamente como percepción a cuenta del complemento salarial.

4. Entre la cantidad que corresponda al actor en definitiva, que no es factible precisar ahora por no ser conocidas las retenciones y deducciones que procedan; y la concretada a favor de la empresa de 8.820 pesetas, ha de operar la compensación pertinente. La diferencia resultante a favor del demandante -obtenible mediante simples operaciones aritméticas y que, necesariamente, habrá de establecerse en ejecución de sentencia- es el importe de la condena que procede pronunciar contra la demandada.

DESPIDO: INDEMNIZACIÓN; CÁLCULO DEL SALARIO/DÍA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 30 junio 2008

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2639/2007

Ponente: Excmo Sr. Luis Fernando de Castro Fernández

El TS estima parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2639/2007) interpuesto por «Caixa de Estalvis y Pensions de Barcelona» contra la Sentencia de fecha 20-06-2006, del TSJ de Cataluña, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por doña Blanca contra la recurrente, sobre despido.

En la Villa de Madrid, a treinta de junio de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Ana Godino Reyes, en nombre y representación de CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 619/06, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona de fecha 16 de septiembre de 2005, recaída en los autos núm. 409/05, seguidos a instancia de D^a Blanca contra CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO

FERNÁNDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 16 de septiembre de 2005, el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la prescripción alegada y estimando la demanda interpuesta por DÑA. Blanca frente a CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido de la actora con efectos de fecha 29 de abril del 2005, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que readmita a la actora en el mismo puesto de trabajo y condiciones anteriores al despido con abono de los salarios dejados de abonar, o, a elección de la empresa, a que abone a la actora la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO en concepto de indemnización (no alcanza las 42 mensualidades), mas los salarios de tramitación que legalmente le correspondan conforme al salario acreditado de 199,25 euros día; debiendo indicarse que la opción deberá realizarse expresamente por la empresa demandada y que de no efectuarse la misma en el término de cinco días se entenderá que opta por la readmisión de la actora".

SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La actora prestó sus servicios para la empresa codemandada con las siguientes circunstancias laborales: Antigüedad 23-06-1977, Categoría Profesional Grupo 1 Nivel VI y Salario 71.730,76 Euros/anuales (5977,56 euros mes) con inclusión de parte proporcional de pagas extras brutos, hecho de conformidad por las partes. 2º.- Que consta al folio 113, que en fecha 28-02-2005 y hasta el 10-03-05 se concedió a la actora permiso retribuido. Que por la empresa se hicieron averiguaciones internas elaborándose el correspondiente informe por la Auditoría de la Entidad demandada en fecha 9 de marzo de 2005, como consta a los folios 90 al inicio de la carta de despido, y 112 a 128. Así mismo, consta, que por escrito de fecha 17 de marzo de 2005, notificado ese día, se le solicitó a la actora remitiese escrito de descargo, conforme establece el artículo 82, 2 del Convenio Colectivo de las Caixes d'Estalvis; indicándole en la misma los Hechos Concretos que se le imputan, los mismos que en la carta de despido, conforme a los folios 93 a 95. Ese mismo día remitió la actora escrito de descargo, conforme se acredita al folio 99. Consta a los folios 96 a 98 notificación al sindicato CCOO de los hechos concretos que se imputan a la actora, la fecha de dicha notificación fue el 17-03-2005. 3º.- Posteriormente, por escrito de fecha 29-04-2005, notificado a la actora ese mismo día, la empresa le comunica el despido con efectos del día de la notificación, por los hechos que constan en la citada carta de despido que obrando en Autos a los folios 20 a 22 y 90 a 92 se tiene por reproducida. 4º.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo de representación sindical. 5º.- Se ha intentado sin Avenencia el preceptivo acto de conciliación previo ante el CMAC. 6º.- Reclama en su demanda, la actora, se dicte sentencia declarando la improcedencia del despido, condenando a la empresa codemandada a readmitir inmediatamente a la trabajadora, o a optar entre la readmisión o la indemnización, siempre con el pago de los salarios desde que se produjo el despido, hasta que la readmisión tenga lugar o se ejercite la opción. Que en los Otrosí segundo de dicha demanda propuso la parte actora prueba documental, no admitiéndose por auto de fecha 8 de junio del 2005, los números 1 y 3 por constar en poder de la actora, 4. por no concretar período más reciente. 5 por no indicar períodos más recientes al despido. 6) grabaciones audiovisuales cajeros, dos horas de cada una de las grabaciones, por tratarse

de cuestiones privadas en las que aparecerán clientes ajenos al pleito; contra este Auto se interpuso por la parte Actora Recurso de Reposición, recurso impugnado por la empresa demandada, no siendo resuelto; en el acto del Juicio la parte actora no reiteró la petición de dichas pruebas y se admitieron las que en ese acto propuso, como consta en el Acta del Juicio. Se aportó por la parte actor, en el acto del Juicio, contrato y hojas salariales, estando las partes conformes con las circunstancias laborales fijadas en demanda; por la parte demandada se aportó certificación de movimientos diarios contables referidos a los cajeros automáticos y certificación trabajadores adscritos oficina actora, conforme a los folios 129 a 134, manifestando la empresa que en dos de los cajeros no hay cámaras y en el otro se han destruido las imágenes de los días a que se refiere la carta de despido, no aportando la empresa por ello esta prueba documental. 7º.- Se acredita por la prueba testifical y documental a los folios que se indican:- Que el 9 de agosto de 2004, por el formato libre y desde su Terminal la actora solicitó un extracto de cuenta del Sr. Domingo, hecho de conformidad por las partes; la actora se acredita por la testifical que está en Caja y se encarga de resolver el porqué del correo devuelto.- Que el testigo Carlos Miguel, Gerente de supervisión, se afirma y ratifica en la Auditoría; en las conclusiones de ésta se establece, como presunciones para establecer la autoría de las irregularidades y consecuente despido de la actora:- que la Libreta expedida como continuación de la anterior agotada (07-12-2004) y el PIN del Sr. Domingo, ya fallecido, se procesó mediante tecleo en formato libre, al folio 113; que se efectuó en el Terminal de la Sra. Esperanza, que teclea en pantalla asistida;- que la actora meses antes (22-04-04 y 09-08-04) efectuó consultas del extracto del depósito de los clientes, sin lógica operativa;- que el 16-12-04, fecha en que se efectuó disposiciones irregulares, la actora estaba de vacaciones.- Que se acredita por la prueba testifical, entre otros el testigo Carlos Miguel, que la operación de duplicado de la libreta del Sr. Domingo y la edición del PIN, sólo podía realizarse mediante el tecleo por Pantalla Asistida y no por tecleo de formato libre, dice el Sr. Clemente: "...el saldo aparente y el extracto se hicieron en formato libre, ya que las otras obligatoriamente son asistidas".- Que conforme a la testifical del Sr. Carlos Miguel, se indica que para la realización de la operación en la Terminal donde se efectuó de expedición de la libreta: primero se marcó el password de Doña. Esperanza equivocadamente; posteriormente se va a teclear bien dicho password del director de la sucursal, que conocían todos los empleados, con nivel 2, realizándose la operación de expedición de Libreta y el Pin por el formato asistido. Esta operación, expedición de libreta y PIN, conlleva así mismo, conforme al folio 129, la comprobación del saldo de cuenta y puesta al día de la libreta, operaciones que no acredita la empresa se realizará por el formato libre.- Que se acredita que la actora lleva trabajando en la Caixa 28 años y la titular de la Terminal donde se efectuó el cambio de ejemplar de la libreta y password utilizado, un año y medio.- Que conforme a la testifical de la actora el día 16 de diciembre de 2004 la actora desde las 9 hasta las 10 estuvo con dos amigas tomando café y después se fue a comprar.- Que consta a los folios 137 a 138 expediente de cancelación por defunción iniciado por la Caixa, sin que en el mismo conste firma alguna, ni fecha de iniciación del mismo. 8º.- La parte actora alega así mismo la prescripción de las faltas motivo de la carta de despido; contestando la parte demandada la no prescripción de las mismas".

TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2006, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación

formulado por CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de los de Barcelona, de fecha 16 de septiembre de 2005, seguidos a instancias de Dña. Blanca, con el núm. 409/05, frente a la recurrente; y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en todos sus extremos".

CUARTO

Por la Letrada D^a Ana Godino Reyes, en nombre y representación de Caixa D'Estalvis y Pensiones de Barcelona, mediante escrito de 16 de julio de 2007, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 2005 .

QUINTO

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la desestimación del recurso por falta de contradicción. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de junio de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.- Por STSJ Cataluña 20/06/06 se desestimó el recurso de Suplicación [núm. 619/06] formulado por la «Caixa de Estalvis y Pensions de Barcelona» frente a la sentencia que el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona había pronunciado con fecha 16/09/05 [demanda 409/05], declarando improcedente el despido por el que accionaba Doña Blanca.

2.- Se recurre tal pronunciamiento en casación para la unidad de doctrina, con dos motivos. En el primero de ellos se denuncia la infracción de los arts. 386 LECiv y 1.253 CC , en relación con el art. 54.2.d) ET, a la par que se destaca la contradicción con la STSJ Castilla y León/Valladolid 23/10/01 [rec. 1703/01]; y en el segundo de los motivos, la infracción que se señala es la interpretación errónea del art. 56.1.a) ET , en relación con el art. 40 y siguientes del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros , ofreciéndose como decisión referencial la STS 27/10/05 [-rcud 2513/04 -].

SEGUNDO

1.- Con el primero de los motivos, la cuestión que la parte recurrente plantea es la relativa al acreditamiento de los hechos imputados en la carta de despido, afirmando que «mientras que la sentencia recurrida estima que no se han probado suficientemente los hechos imputados en la carta de despido, pues no hay prueba plena que lleve a la conclusión de porqué fue la actora y no otro trabajador, desechando por tanto la prueba indiciaria presentada, la de contraste, aplicando la prueba de presunciones del artículo 386 de la LECiv , entiende que existen conexión entre las imputaciones realizadas y el comportamiento y forma de operar del trabajador despedido, considerando probada en consecuencia la apropiación que se le atribuía».

2.- El motivo no puede prosperar, porque la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso -por falta de contenido casacional- revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni que pueda descenderse al examen de la valoración de las pruebas referidas a tales hechos que hayan efectuado los órganos jurisdiccionales en las

sentencias enfrentadas, pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, tal como se desprende de los arts. 217 y 222 LPL, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si, de forma indirecta, se plantea como una denuncia de infracción de las reglas sobre valoración legal de la prueba o sobre los límites de las facultades de revisión fáctica de la Sala de suplicación (así, con cita de muchas otras anteriores, las SSTs 28/02/06 - rcud 3622/04 -; 02/10/06 - rcud 1212/05 -; 05/10/06 - rcud 1872/05 -; 29/11/06 -rcud 1557/05-; 21/02/07 -rcud 4232/05-; 24/04/07 -rcud 107/06-; 29/05/07 - rcud 429/06 -; 02/07/07 - rcud 1251/06 -; 25/09/07 -rcud 1909/06-; 25/09/07 - rcud 3137/06 -; 05/12/07 - rcud 3071/06-; y 05/12/07 - rcud 1928/04 -). Y este último supuesto -de revisión por vía indirecta- es el que se pretende por la Caja de Ahorros recurrente, intentando obviar la conclusión judicial de inexistencia de prueba sobre la autoría de los hechos imputados, aduciendo que aquélla desconoce los criterios legales en materia de presunción judicial y que el resultado fáctico a la que se debiera haber llegado es el opuesto al que en su día se declaró acreditado; cuestión arquetípica de vedada -en este recurso- valoración probatoria.

TERCERO

Muy diversa es la solución a la que hemos de llegar en el segundo de los motivos, relativo a la forma de cálculo para determinar el salario/día que ha de tenerse en cuenta para calcular la indemnización por despido improcedente. Sobre este punto las decisiones a contrastar ofrecen respuesta absolutamente divergente, pues en tanto la recurrida -dando por válidos los cálculos realizados en la instancia- parte de la acreditada retribución anual, la divide por los 12 meses del año y el resultado vuelve a dividirlo por 30 días, nuestra decisión referencial [STS 27/10/05 - rcud 2513/04 -] mantiene la tesis -que hemos de reiterar- de que los parámetros que establece el art. 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios [textualmente: «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio»], y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden [366 para el caso de año bisiesto]; y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados [12x30] y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30, 42 días [365/12] y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria -vigente hasta el Decreto 1836/1974, de 31/mayo -del art. 7 CC [«Si en las leyes se habla de meses. ... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan»] y que también en ocasiones establece el legislador [así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al art. 13 Decreto 1646/72 .

Lo que en el caso de autos significa -partiendo de un salario de 71.730,76 euros/año- que la retribución diaria a computar como parámetro indemnizatorio y de trámite ha de ser la de 196,52 euros; y que -en consecuencia- la indemnización correspondiente al despido por el que se acciona asciende a 246.112 euros [27, 83x45x196, 52], en aplicación de la doctrina más reciente de esta Sala sobre el cómputo de los «restos» inferiores al mes como si de un mes completo se tratase, dado que la norma impone prorratear en todo caso «por meses [y no por días en ningún caso] los períodos de tiempo inferiores a un año» (SSTS 31/10/07 - rcud 4181/06 -; y 12/11/07 - rcud 3906/06 -).

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada; sin imposición de costas [art. 233.1 LPL], en este trámite y en el previo de Suplicación.

FALLAMOS

Por lo expuesto, en nombre de SM El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la «CAIXA DE ESTALVIS Y PENSIONES DE BARCELONA» frente a la STSJ Cataluña de fecha 20/06/06 y por la que se había desestimado el recurso [núm. 619/06] formulado frente a la sentencia que el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona había pronunciado con fecha 16/09/05 [demanda 409/05], y resolviendo el debate planteado en Suplicación, declaramos que la indemnización que por despido corresponde es la de 246.112 euros, manteniendo los restantes pronunciamientos de la decisión recurrida.

Sin costas en ambos trámites.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.