

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 86/2019, de 5 de febrero de 2019**Sala de lo Social**Rec. n.º 3123/2017***SUMARIO:**

**Reclamación de cantidad por realización de funciones de grupo superior en empresa pública. Negativa empresarial al corresponder las funciones desempeñadas a plazas inexistentes en la plantilla.** El derecho del trabajador a que se le abonen las diferencias retributivas por las funciones superiores desempeñadas no puede condicionarse a este criterio de la empresa. Ello por tres razones: la primera, la literalidad del artículo 39.3 del ET, según el cual el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente las funciones que efectivamente realice, precepto de orden público que se ha aplicado incluso en supuestos en los que el trabajador no ostentaba el título exigido convencionalmente para obtener el reconocimiento de la categoría. Además, el art. 39.4 del ET establece que el derecho a las retribuciones de los trabajos de categoría superior se adquiere en principio por el desempeño de las mismos, no pudiendo quedar sin efecto porque formalmente la atribución de las correspondientes funciones se haya realizado por órgano administrativo que no tenga competencia en materia de personal, pues de lo contrario se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa cuando se encarga un trabajo que se realiza por el trabajador, cumpliendo las órdenes de sus superiores, y luego no se retribuye, alegando que su encomienda se ha efectuado de forma irregular. La segunda razón conecta con la obligación de la entidad demandada de adecuar en todo momento la configuración de la plantilla a la situación real que se produce en la empresa. No resulta de recibo que la desidia de la entidad demandada que no efectúa tal adecuación y que solo a ella le corresponde se torne en un impedimento para la aplicación del artículo 39.3 del ET, obligando al trabajador a efectuar dos reclamaciones distintas, una primera para obtener el derecho a que se modifique la plantilla y, otra posterior, para reclamar las diferencias salariales. Por último, no puede admitirse la obligación de reclamar la creación del puesto, pues, además de ser una imposición no establecida legalmente, conduciría a la instauración de un auténtico fraude, cuál sería la cobertura de una necesidad de trabajo a través de la contratación de un trabajador menos cualificado para cubrir una plaza inferior, pero para realizar funciones de nivel superior, con una retribución menor.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 2/2015 (TRET), art. 39.3 y 4.

**PONENTE:***Don Sebastián Moralo Gallego.*

Magistrados:

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ  
Don MILAGROS CALVO IBARLUCEA  
Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA  
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO  
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3123/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 86/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 5 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Antonio Mateos García, en nombre y representación de D. Andrés, contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, en el recurso de suplicación núm. 436/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de fecha 12 de abril de 2017, recaída en autos núm. 152/2017, seguidos a su instancia frente a la Sociedad Municipal de Aguas de Burgos, S.A.U., sobre reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida la Sociedad Municipal de Aguas, S.A.U., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Marta Cendra Guinea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

##### Primero.

Con fecha 12 de abril de 2017 el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- D. Andrés, D.N.I. NUM000, presta servicios para el demandado desde el 18-7-90. Empezó a prestarlos con la categoría profesional de Oficial 2ª y pasa a Operador Control 1ª el 1-1-02.

2º.- La empresa demandada es la encargada de proporcionar el servicio de agua a la ciudad de Burgos y procede de un antiguo servicio municipalizado que se convierte en la actual sociedad de forma mercantil a partir del 1-1-11.

3º.- Las relaciones laborales se regían por el Convenio Colectivo publicado en el B.O. Burgos de 21-5-01. Al producirse la referida transformación se acuerda que siga rigiendo el mismo Convenio. Existe por otro lado un Convenio Colectivo del Sector Estatal publicado en el B.O.E. de 4-11-15 que se aplica de forma supletoria en materias de clasificación profesional (art. 11.2 del mismo).

4º.- Quien ostentaba la condición de Jefe de Administración pasó a ser Gerente del Servicio y a partir de ese momento el actor pasa a depender directamente de él de manera que realiza funciones que antes realizaba aquél.

5º.- La plantilla de la empresa demandada debe ser aprobada por el Ayuntamiento de Burgos que es el titular de la totalidad de su capital social.

6º.- En el Convenio Colectivo aparece una categoría de Subjefe de Grupo, si bien en la plantilla del 2016 no aparecen plazas de esta categoría, aunque sí en el proyecto de plantilla del 2017 en el que aparecen 6 plazas de tal categoría sin que ninguna de ellas figure ocupada.

7º.- En la reunión del Consejo de Administración de 15-12-16 y ante una reclamación presentada por el actor el 9-11-16 se propuso reconocer provisionalmente al actor la categoría de Subjefe de Grupo y abonarle las diferencias del año 2016 que ascendían a 5932,32 euros (370,77 euros mensuales en 16 pagas). No se aprobó nada al respecto.

8º.- Se celebra nueva reunión el 1-2-17 con similar resultado.

9º.- Interpone demanda para ante este Juzgado el 9-3-17 reclamando la suma de 13212,70 euros y el derecho a cobrar las diferencias entre ambas categorías".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda interpuesta por D. Andrés contra SOCIEDAD MUNICIPAL DE AGUAS DE BURGOS S.A.U. a quien absuelvo de los pedimentos de la misma".

### **Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), la cual dictó sentencia en fecha 12 de julio de 2017, en la que se modifica el ordinal séptimo de los hechos probados, en el sentido de añadir "por el Director Gerente".

En la precitada sentencia consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Andrés, frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos de fecha 12 de Abril de 2017, en autos número 152/2017, seguidos a instancia del recurrente, contra SOCIEDAD MUNICIPAL DE AGUAS DE BURGOS S.A., en reclamación sobre Cantidad, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas".

### **Tercero.**

Por la representación letrada del demandante se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, de fecha 31 de enero de 2005 (RCUD. 6373/2003). La parte considera que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores.

### **Cuarto.**

Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser declarado improcedente.

### **Quinto.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

1.- La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora es la de determinar si un trabajador de una empresa pública que viene realizando las funciones de un puesto de trabajo encuadrado en un

grupo superior tiene derecho a las diferencias retributivas, a pesar de que ese puesto de trabajo no está incluido como tal en la relación de puestos de trabajo de la plantilla de la mencionada empresa.

En definitiva, decidir si resulta de aplicación en tal empresa pública el artículo 39.3 ET, que garantiza a todo trabajador el percibo de la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente desempeñe.

**2.-** La sentencia recurrida es la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Burgos-, de 12 de julio de 2017, rec. 438/201, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por trabajador y confirmó la sentencia de instancia que había desestimado la demanda.

El actor prestaba servicios con la categoría profesional de Oficial 2ª y a partir de una determinada fecha pasa a desempeñar las funciones de Operador Control 1ª, correspondientes a un grupo superior.

La demandada gestiona el servicio de agua de Burgos y procede de un antiguo servicio municipalizado que se convierte en sociedad mercantil a partir del 1 de enero de 2011. Al producirse la referida transformación se acuerda que siga rigiendo el mismo Convenio Colectivo publicado en el B.O. Burgos de 21 de mayo de 2001, existiendo también un Convenio Colectivo del Sector Estatal publicado en el B.O.E. de 4 de noviembre de 2015, que se aplica de forma exclusiva en materias de clasificación profesional (art. 11.2 del Convenio citado).

La plantilla de la empresa debe ser aprobada por el Ayuntamiento de Burgos, y en el Convenio Colectivo aparece una categoría de Subjefe de Grupo, si bien en la plantilla del 2016 no aparecen plazas de esta categoría, aunque sí en el proyecto de plantilla del 2017 en el que aparecen 6 plazas de tal categoría sin que ninguna de ellas figure ocupada.

La sala de suplicación, deniega la pretensión del actor y recuerda que en el Convenio Colectivo aplicable aparece una categoría de Subjefe de Grupo a pesar de que la plaza de esta categoría no está incorporada o incluida en la plantilla orgánica de 2016 ni de 2017. En este caso, además, la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) debe ser aprobada por el ayuntamiento de Burgos, por lo que, al tratarse de una empresa pública (Sector Público conforme al art. 3-1 a y d del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre y art. 18.uno.f de la ley 3/2017) la plaza no está dotada presupuestariamente, por lo que el trabajador debería interesar ante la jurisdicción correspondiente la aprobación de dicha plantilla orgánica en la que se incluyera la plaza cuya retribución reclama.

**3.-** Recurre el trabajador en casación para la unificación de doctrina y, a tal efecto, aporta como sentencia de contraste la dictada por esta Sala Cuarta del TS de 31 de enero de 2005, rcud. 6373/2003, en un procedimiento seguido contra la Junta de Galicia en reclamación de diferencias salariales por el desempeño de un puesto de superior categoría.

Se trataba de tres empleadas que prestaban servicios en una guardería con la categoría profesional de camareras-limpiadoras. El cuadro de personal del centro estaba formado por un director, dos maestros infantiles, seis técnicos especialistas en jardín de infancia, una cocinera, un ayudante de cocina y tres camareras-limpiadoras (las demandantes). Consta, también, probado que las actoras venían desempeñando las funciones propias de cuidadoras y no la de limpiadoras que tenían asignadas, que eran, por tanto, impropias de la categoría reconocida. Ante tales hechos y reclamación de diferencias retributivas, dado que el art. 15 del III convenio colectivo único del personal laboral de la Xunta como el art. 39.4 ET establecen claramente el derecho del trabajador que realiza esas funciones a exigir el pago de la retribución correspondiente a la tarea efectivamente desempeñada, la sentencia condena a la demandada al pago de las cantidades reclamadas. Preceptos que además no condicionan el devengo de las cantidades a la existencia de plazas en plantilla o a que alguna de ellas esté servida por otros trabajadores que ostenten la categoría superior.

**4.-** La respuesta que hemos de dar al asunto será coincidente con los recursos 3974/2017 y 3289/2017, deliberados en este mismo día y que afectan todos ellos a trabajadores de la misma entidad pública demandada que igualmente desempeñan funciones correspondientes a un grupo laboral superior y en los que se ha invocado incluso la misma sentencia de contraste.

Por su total coincidencia con el caso de autos vamos a reiterar los mismos argumentos que exponemos en el asunto del recurso 3289/2017.

**Segundo.**

1.- Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Lo que sin duda merece una respuesta afirmativa porque nos encontramos frente a hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales y, a pesar de ello ante soluciones totalmente contrarias.

En las dos sentencias objeto de comparación estamos en presencia de trabajadores que prestan servicios en entidades dependientes de la Administración Pública (Xunta de Galicia) o en empresas cuyo capital pertenece íntegramente a una Administración Pública (Ayuntamiento de Burgos). Coincide, igualmente, la circunstancia de que en ambos casos las funciones desempeñadas corresponden a plazas no creadas formalmente o inexistentes en las respectivas plantillas. En ambas resoluciones comparadas nos encontramos ante trabajadores que, aunque formalmente tienen reconocida una categoría o grupo no realizan las funciones inherentes a la misma, sino que, por el contrario, realizan funciones de un grupo superior, sin que se les haya reconocido formalmente la condición que realmente ejercen.

Por lo que se refiere a las pretensiones, en las dos sentencias es la misma: la reclamación de diferencias salariales por realización de funciones de categoría superior; y, por último, los fundamentos son idénticos ya que en los dos supuestos se pretende la aplicación del artículo 39.3 ET relativo a la garantía de retribuciones salariales equivalentes a las funciones efectivamente realizadas.

2.- Ante hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a soluciones distintas.

La recurrida deniega la pretensión del actor y recuerda que en el Convenio Colectivo aplicable aparece una categoría de Subjefe de Grupo, a pesar de que la plaza de esta categoría no está incorporada o incluida en la plantilla orgánica de 2016 ni de 2017. En este caso, además, la plantilla debe ser aprobada por el ayuntamiento de Burgos, por lo que, al tratarse de una empresa pública (Sector Público conforme al art. 3-1 a y d del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre y art.18.uno. f de la ley 3/2017) la plaza no está dotada presupuestariamente, por lo que el trabajador debería interesar ante la jurisdicción correspondiente la aprobación de dicha plantilla orgánica en la que se incluyera la plaza cuya retribución reclama.

La de contraste, tras constatar que las demandantes desempeñan unas tareas que no son las de camarera-limpiadora, reconoce la diferencias salariales, argumentando que los preceptos que se invocan ( art. 15 del III Convenio colectivo del personal de la Xunta, como el 39.4 del Estatuto de los Trabajadores) no condicionan el devengo de esas cantidades a la existencia de plazas en plantilla, o a que alguna de ellas esté servida por otros trabajadores que sí ostenten esa categoría, añadiendo que subordinar el devengo de la retribución superior, a la existencia de plaza de la categoría superior, además de ser una imposición condición no establecida legalmente, conduciría a la instauración de un auténtico fraude, cuál sería la cobertura de una necesidad de trabajo con trabajador menos cualificado y con una retribución inferior.

3.- No obsta a la concurrencia de la contradicción la alegación de la entidad demandada que razona que el convenio aplicable a la Sociedad de Aguas, condiciona en sus artículos 21 y 23 la percepción a la reunión de los requisitos legalmente establecidos, y como la plaza no existe en plantilla dichos requisitos no se reúnen. Aunque no lo explicita, por la referencia a los artículos que señala debe tratarse del convenio de 2001, cuya vigencia no consta, pero que, en todo caso, estaría afectado por el Convenio sectorial estatal publicado en el BOE de 4 de noviembre de 2015 que se reserva para sí, de modo excluyente, la regulación de la clasificación profesional y sus efectos. Además, no se trata de una cuestión que pueda ser regulada en el convenio colectivo, dado el carácter imperativo del denunciado artículo 39.3 ET, por lo que la referencia, anotada por el Ministerio Fiscal de que se trata de convenios distintos carece totalmente de relevancia.

### Tercero.

1.- La doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste.

En efecto, nuestra STS de 31 de enero de 2005 (Rcud. 6373/2003), aportada como referencial, estableció el criterio, no contradicho por jurisprudencia posterior, de que el derecho del trabajador a que se le abonen las diferencias retributivas por las funciones superiores desempeñadas no se condiciona a la existencia de plazas en plantilla. Tal principio descansa en tres razones: la primera, la literalidad del artículo 39.3 ET según el que el

trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente las funciones que efectivamente realice, precepto de orden público que esta Sala ha aplicado incluso en supuestos en los que el trabajador no ostentaba el título exigido convencionalmente para obtener el reconocimiento de la categoría ( STS de 21 de junio de 2000, Rcd. 3815/1999). Los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación del precepto en cuestión, esto es, que para tener derecho a retribuciones superiores, es necesario no sólo que el ejercicio de dichas funciones de categoría superior exceda de modo evidente a las que son atribuidas a su categoría profesional, sino que es preciso que entren en pleno en las asignadas en la categoría superior y es necesaria, además, la perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones y no parte de las mismas ( STS de 18 de septiembre de 2004, Rcd. 2615/2003), han quedado sobradamente acreditadas en este caso. Además, el art. 39.4 del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho a las retribuciones de los trabajos de categoría superior se adquiere en principio por el desempeño de las mismas, no pudiendo quedar sin efecto porque formalmente la atribución de esas funciones se haya realizado por el órgano administrativo que tiene esta competencia en materia de personal, pues de lo contrario se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa cuando se encarga un trabajo que se realiza por el trabajador, cumpliendo las órdenes de sus superiores, y luego no se retribuye, alegando que su encomienda se ha efectuado de forma irregular ( STS de 17 de noviembre de 2005, Rcd. 3677/2004), como podría ser la alegación de que el puesto de las funciones que efectivamente realiza no ha sido creado administrativamente.

La segunda razón conecta con la obligación de la entidad demandada de adecuar en todo momento la configuración de la plantilla a la situación real que se produce en la empresa; no resulta de recibo que la desidia de la entidad demandada que no efectúa tal adecuación que sólo a ella le corresponde se torne en un impedimento para la aplicación del artículo 39.3 ET, obligando -cual propone la sentencia recurrida- al trabajador a efectuar dos reclamaciones distintas, una primera para obtener el derecho a que se modifique la plantilla, y, otra posterior, para reclamar las diferencias salariales, que resultaría imposible si se aplicara estrictamente la argumentación jurídica de la sentencia recurrida pues lo impediría un presupuesto ya confeccionado y vencido, salvo que se previera en un presupuesto posterior. Por último, la tercera razón, como expresamente dijimos en la sentencia referencial, no puede admitirse la obligación de reclamar la creación del puesto pues, además de ser una imposición no establecida legalmente, conduciría a la instauración de un auténtico fraude, cuál sería la cobertura de una necesidad de trabajo a través de la contratación de un trabajador menos cualificado para cubrir una plaza inferior, pero para realizar funciones de nivel superior, con una retribución inferior.

2.- En aplicación de lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, se impone la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida, declarando el derecho del actor a percibir las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la cantidad reclamada que no ha sido discutida en ninguna instancia por la demandada. Sin costas.

## FALLO

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

:

1- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Andrés, contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, en el recurso de suplicación núm. 436/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de fecha 12 de abril de 2017, autos 152/2017, seguidos a su instancia frente a la Sociedad Municipal de Aguas de Burgos, S.A.U., sobre reclamación de cantidad.

2- Casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de acoger en su integridad el recurso de igual clase interpuesto por el demandante, estimar la demanda y reconocer el derecho del actor a la percepción de la cantidad reclamada. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.