

JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 2 DE VIGO.- G.3

AUTOS : PO 587/2016.-

SENTENCIA NÚMERO: 59/2017

SENTENCIA

En la Ciudad de Vigo, a dos de febrero de 2017.-

Vistos por mí, Don Germán María Serrano Espinosa, Magistrado Titular del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, los presentes autos sobre **cantidades**, en los que figura como parte demandante Doña Adelaida, representada por el Letrado Sr. Landesa Martínez, y como parte demandada el Concello de Vigo, representado por el Letrado Sr. Olmes Pita; y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Doña Adelaida se presentó con fecha 5 de julio de 2016 demanda que por turno correspondió a este Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, en la que, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaba suplicando que se dictase sentencia estimando la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para la celebración del acto de juicio el día 1 de febrero de 2017, el cual se celebró en la fecha señalada en todas sus fases con el resultado que consta en el acta redactada al efecto; fue

suspendido el primer señalamiento. Una vez concluso el acto del juicio, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las normas legales de procedimiento.

HECHOS DECLARADOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante Doña Adelaida presta servicios para el Instituto Municipal de los Deportes (actualmente para el Concello de Vigo, al desaparecer este organismo autónomo) con la categoría profesional de ayudante de mantenimiento, grupo E, con un salario base de 546'82 €, un complemento específico de 677'84 € y un complemento de destino de 320'09 €.

SEGUNDO.- Las funciones propias de su categoría profesional conllevan las siguientes actuaciones:

Apoyo a la portería y control de acceso a la instalación de público y deportistas orientando su acceso a las zonas que correspondan.

Vigilancia del cumplimiento de los usuarios, en la procura de que se cumplan las normas de funcionamiento.

Colocación y retirada tras su uso en las distintas zonas los aparatos y el material que vayan a ser utilizados por los usuarios.

Velar por la correcta ejecución de los trabajos de pequeños mantenimientos y limpieza de las instalaciones y zonas deportivas.

Auxilio al personal de mantenimiento en las reparaciones de material, mobiliario, edificio, que no exijan personal especializado.

Reparación de pequeñas averías.

Auxilio en la apertura y cierre de la instalación según el horario establecido.

Cuantas otras funciones le sean encomendadas inherentes a su puesto de trabajo.

TERCERO.- La demandante, durante el año 2015 ha desarrollado las funciones de oficial de instalación, con una diferencia salarial de 87'44 € mensuales o 3'36 € diarios, respecto a la masa salarial de su categoría profesional, y que tiene atribuidas las siguientes funciones:

Distribución del uso de las instalaciones a los usuarios en función de la programación asignada.

Atención, información al público y control de acceso a las instalaciones.

Control del estado de su instalación y dar parte de las anomalías al encargado general.

Responsabilidad del control de usuarios y porterías de las instalaciones, dando toda la información necesaria al público.

Conocimiento y manejo de todos los mandos de control y uso de las instalaciones como encendido del alumbrado, ventilación, megafonía, cortinas o encendido de la sauna.

Realización de las reservas de las instalaciones y cobro de las tasas por su disfrute, entregando al usuario el recibo correspondiente y dando cuenta diariamente de la liquidación de recaudación a la oficina administrativa (en Traviesas).

Realización de la apertura y cierre de la instalación según el horario establecido.

Cuantas otras funciones le sean encomendadas e inherentes a su puesto de trabajo.

CUARTO.- Reclama la demandante la cantidad de 1.316'16 € por la diferencia salarial por categoría profesional superior durante el año 2015; tomando en consideración la diferencia diaria de categoría profesional y que asciende a 3'36 €, y los días en los que efectivamente se ha desarrollado ésta (288 días) la diferencia asciende a 967'68 €. Consta que el IMD ha pagado a la demandante, en la nómina de diciembre de 2015, la cuantía de 700 € como plus de productividad, por este concepto.

QUINTO.- Ha sido agotada la vía administrativa previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que han sido declarados probados se han inferido apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, según las reglas de la sana crítica, conforme a los principios de inmediación y oralidad (artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social); en concreto se ha tomado en consideración la prueba documental consistente en expediente administrativo del Concello de Vigo, sentencias y nóminas.

De conformidad con las reglas de carga probatoria recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es necesario aclarar que las diferencias mensuales o por día respecto a la diversa categoría profesional interesadas en la demanda no aparecen debidamente justificadas ni acreditadas, de manera que la discrepancia con respecto a la diferencia real a tomar en consideración (salario base, complemento específico y de destino, por catorce pagas) puede estar en un error de cálculo al tomar en consideración otras variables -el mismo plus que se usa para compensar- que desde

luego no pueden formar parte de la masa salarial a considerar para establecer adecuadamente las diferencias salariales. Por eso, la diferencia mensual que se admite es la de 87'44 € o de 3'36 € diarios.

SEGUNDO.- Como se puede inferir de la posición procesal del Concello de Vigo -alegando la compensación del plus percibido- y del informe técnico emitido -que reconoce la realización de funciones típicas de oficial de instalación-, la pretensión de la demanda debe ser estimada. Ésta se funda en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores cuya dicción literal reza que *si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en el convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables* . Dicho precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2004 y de 3 noviembre de 2005, resumiendo ésta la doctrina elaborada sobre la materia al mencionar que "1) la regla general estatutaria contenida en el artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores , preceptúa que la atribución a un trabajador de funciones superiores a las propias de la categoría profesional que tiene reconocida, le da derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice; 2) La razón por la que se puede denegar estas diferencias retributivas se fundamenta en el hecho de que el trabajador carece de la titularidad para desempeñarlas de conformidad con la legislación estatal imperativa que pudiera ser aplicable; y,

3) a diferencia de lo que ocurre con los títulos habilitantes de origen estatal y preceptivo, las meras exigencias de Convenio no impiden la percepción de los salarios correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino "el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado". También recuerda que "la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1997, reiterando lo ya establecido en la de 30 de marzo

de 1992, 23 de diciembre de 1994 y 7 de marzo de 1995 ha establecido que "... para tener derecho a retribuciones superiores, es necesario no solo que el ejercicio de dichas funciones de categoría superior excedan 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...

Es decir, para poder apreciar que efectivamente se están llevando a cabo las funciones propias de una categoría superior y que procede el derecho a percibir las retribuciones correspondientes a la misma, es necesaria la perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones y no parte de las mismas.", matizando el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 2009 que "el que no se desarrollen únicamente las funciones propias de la categoría superior no altera esta conclusión, pues, como señala la sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2005 , lo decisivo no es aquí una plenitud de la equivalencia funcional entendida en sentido absoluto -lo que normalmente no se da siquiera en el ejercicio normal de las funciones de la propia categoría-, sino que hay que atender a la configuración funcional predominante del puesto desempeñado a través de una valoración empírica de las tareas realizadas..."

En el caso de autos se aprecia esta concurrencia de desarrollo habitual de funciones de superior categoría profesional, estabilizadas en el tiempo, de manera que procede la estimación de la demanda.

TERCERO.- También se infiere del expediente administrativo que a la demandante se le ha pagado un plus especial precisamente por haber desarrollado funciones de superior categoría profesional. Por eso, y como bien ha alegado la entidad demandada, procede la compensación y absorción salarial del artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores, porque este complemento salarial es plenamente compensable con las cantidades que le corresponden por esta funciones. Como indica la doctrina unificada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007 "de la regulación legal contenida en el citado art. 26.5 del ET , complementada por las enseñanzas de la doctrina científica y de la jurisprudencia, se desprende que no

siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos planteados en ella (STS, antes citada, de 10-XI-1998, rec. 4629/97), por lo que casi siempre es preciso examinar las peculiaridades de cada caso concreto. Ello no obstante, puede afirmarse que la absorción salarial opera en dos campos suficientemente diferenciados: a) el de la retribución del trabajo efectivo, genéricamente considerado, así como los periodos de descanso computables como de trabajo, conceptos ambos expresamente mencionados en el art. 26.1 ET , y b) el de conceptos retributivos específicos que se suman al salario básico, y que vienen motivados por las circunstancias particulares que concurren en una determinada categoría laboral o en un concreto puesto de trabajo, como podrían ser los pluses de peligrosidad, toxicidad, penosidad, distancia, etc., o el incremento que corresponda por la realización de horas extraordinarias o nocturnas, cuando el salario no se haya fijado, en cuanto a éstas últimas, en atención precisamente a la nocturnidad".

Siendo los conceptos similares para retribuir trabajo efectivo y fijado *ad hoc* por la administración demandada para satisfacer el desarrollo de funciones de superior categoría profesional y que además realiza una imputación de pagos expresa en este sentido (cfr. artículo 1.172 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2015 que analiza pormenorizadamente este precepto), se debe estimar la demanda de forma parcial, en la cuantía de 267'68 €, cantidad que procede de deducir al importe devengado (967'68 €, tomando como diferencia día 3'36 €, como ya se ha explicado), los 700 € percibidos como complemento de productividad.

CUARTO.- En aplicación del artículo 191.1 g) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, frente a esta resolución no puede interponerse recurso alguno, pues el valor de lo reclamado en cómputo anual no supera los 3.000 €.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 de la Constitución, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por Doña Adelaida, **debo condenar y condeno** al Instituto Municipal de los Deportes de Vigo, de a que le abone la cantidad de 267'68 €, más los intereses correspondientes.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no puede interponerse recurso alguno.

Notifíquese a todas las partes.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.