



Roj: **STSJ GAL 241/2018 - ECLI:ES:TSJGAL:2018:241**

Id Cendoj: **15030340012018100153**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2018**

Nº de Recurso: **3196/2017**

Nº de Resolución: **357/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Coruña (A), núm. 5, 22-03-2017,  
STSJ GAL 241/2018**

#### **T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

-  
PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 15030 44 4 2016 0000908 **SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO**

Equipo/usuario: MP

Modelo: 402250

#### **RSU RECURSO SUPLICACION 0003196 /2017 IP**

Procedimiento origen: CLASIFICACION PROFESIONAL 0000175 /2016

Sobre: CLASIFICACION PROFESIONAL

**RECURRENTE/S D/ña** Daniela

**ABOGADO/A: CRISTINA ESTEVEZ PAZOS**

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** FOGASA, RESTAURACIONES MONUMENTALES Y CONSTRUCCIONES SA (REMOCSA) , PROPIETARIA CLUB FINANCIERO ATLANTICO SA , CLUB FINANCIERO ATLANTICO , ADMON CONCURSAL DE REMOCSA ( Maximo )

**ABOGADO/A:** LETRADO DE FOGASA, MARIANA LAURA BOKSER GARCIA , , JOSE CARLOS BOUZA FERNANDEZ , MARIANA LAURA BOKSER GARCIA

**PROCURADOR:**,,,

**GRADUADO/A SOCIAL:**,,,

**ILMO/A SR/SRA MAGISTRADOS**

**D/D<sup>a</sup> JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**



FERNANDO LOUSADA AROCHENA

MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO

En A CORUÑA, a veintidós de enero de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el RECURSO SUPLICACION 0003196 /2017, formalizado por el/la D/D<sup>a</sup> **CRISTINA ESTÉVEZ PAZOS**, Letrada, en nombre y representación de Daniela , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento CLASIFICACION PROFESIONAL 0000175 /2016, seguidos a instancia de Daniela frente a FOGASA, RESTAURACIONES MONUMENTALES Y CONSTRUCCIONES SA (REMOCSA) , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> MANUEL CARLOS GARCIA CARBALLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Daniela presentó demanda contra FOGASA, RESTAURACIONES MONUMENTALES Y CONSTRUCCIONES SA (REMOCSA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha veintidós de marzo de dos mil diecisiete

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero.- La demandante, D. Daniela , presta sus servicios en las instalaciones del Club Financiero Atlántico, desde el 1 de octubre de 1.989, inicialmente para Restauraciones Monumentales y Construcciones S.A., y desde el 10 de febrero de 2.015, para la entidad Club Financiero Atlántico S.A., con la categoría profesional de "21 Jefe Cocina", y por lo que percibía un salario bruto mensual de 1.760,82 € parte proporcional de pagas extras incluidas. A la relación laboral es de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería de A Coruña, (B.O.P. A Coruña 30/08/13). Segundo.- El 9 de marzo de 2.015, se produce el cese por jubilación de D. Juan Francisco , que ostentaba la categoría de "Jefe de Cocina". Desde entonces D. Daniela , asume la dirección de la cocina del Club Financiero, confeccionando los menús diarios (ahora en número de dos), repartiendo el trabajo entre el personal a su cargo, dos cocineros y una limpiadora, a los que da las instrucciones concretas de cómo ejecutarlo, consultándole los anteriores cualquier duda sobre su jornada, le informa de las materias primas o productos necesarios para el pedido, etc.., Tercero.- D. Juan Francisco , percibía durante la prestación laboral con la entidad Restauraciones Monumentales y Construcciones S.A., además de los salarios correspondientes a la categoría de Jefe de Cocina una cantidad mensual fija a razón de 918,27 € en concepto de "incentivos" , que igualmente percibió la entidad Club Financiero Atlántico S.A., desde el 10 de febrero hasta el 10 de marzo de 2.015. Cuarto.- La entidad Restauraciones Monumentales y Construcciones S.A., ha sido declarada en situación de concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, el 9 de octubre de 2.014, en los Autos nº 343/2014. Siendo suspendido el órgano de administración por Auto de 13 de marzo de 2.015. Quinto.- Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, emitió informe el 24 de enero de 2.011. Sexto.- Conforme a la actualización salarial del Convenio Colectivo de Hostelería para el año 2.015, el salario base que corresponde percibir al "Jefe de Cocina" es de 1.231,14 € y al "2 O Jefe de Cocina", es de 1.220,14 € brutos. Para el año 2.016, el salario del "Jefe de Cocina" es de 1 .232,34 € y al "2 O Jefe de Cocina", es de 1.243,45 € brutos. Además de tres pagas extras anuales, y en su caso la "antigüedad consolidada". Séptimo.- En fecha de 1 de febrero de 2.016, se presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC, frente a la entidad Club Financiero Atlántico S.A., y Propietaria Club Financiero Atlántico S.A., en reclamación de categoría profesional y salarios, celebrándose acto de conciliación el 11 de febrero de 2.016, con el resultado de intentado sin efecto, respecto a la entidad Propietaria Club Financiero Atlántico S.A., que no comparece y sin avenencia respecto a Club Financiero Atlántico S.A.. En fecha de 15 de febrero de 2.016, se presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC, frente a la entidad Restauraciones Monumentales y Construcciones S.A., Club Financiero Atlántico S.A., y Propietaria Club Financiero Atlántico S.A., en reclamación de categoría profesional y salarios, celebrándose acto de conciliación el 24 de febrero de 2.016, con el resultado de intentado sin efecto, respecto a la entidad



Propietaria Club Financiero Atlántico S.A., que no comparece y sin avenencia respecto a Club Financiero Atlántico S.A., y Restauraciones Monumentales y Construcciones S.A.,.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda en materia de CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, formulada por D. Daniela , contra la entidad Club Financiero Atlántico S.A., y debo declarar y declaro que la categoría profesional de D. Daniela , es la de "Jefa de Cocina", y debo condenar y condeno a la entidad Club Financiero Atlántico S.A., a reconocer la misma.

Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda en materia de CANTIDAD, formulada por D. Daniela , contra la entidad Club Financiero Atlántico S.A., al percibir retribuciones salariales superiores a la categoría profesional reconocida en el presente procedimiento.

Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda en materia de CLASIFICACION PROFESIONAL y CANTIDAD, formulada por D. Daniela , contra las entidades Restauraciones Monumentales y Construcciones S.A., su Administración Concursal, y Propietaria Club Financiero Atlántico S.A., a las que debo absolver de todo lo peticionado en su contra, al carecer de legitimación pasiva.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Daniela formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 7 de julio de 2017.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 17 de enero de 2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la recurrente interesa la adición de un nuevo hecho probado, con la siguiente redacción:

"Ha quedada acreditada la existencia de grupo de empresas entre las demandadas Remocsa, Club financiero Atlántico y Propietaria Club Financiero Atlántico con la documental obran en autos así como las sentencias del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, de 23-12-2015, nº 589/2015, (nº autos 408/2015 EDJ 2015/261602) que asume y reproduce el criterio de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña de 23/10/2015 nº 485/2015 sin que por ninguna de las demandadas se enervase la existencia del mismo en modo alguno"

Se rechaza porque las sentencias que cita no obran en las actuaciones, y el precepto que se cita solo admite la revisión fáctica a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, que se concreta en la obligación establecida en el artículo 196, 3 de señalar de manera suficiente para que sean identificado el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión. Por otro lado la cita de sentencias judiciales no constituye un hecho probado propiamente dicho -al no estar incluida en el motivo, previsto en el apartado b) del artículo 191 del TRLPL , que tiene como único objeto la revisión de los hechos declarados probados-, y a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas sino una mera referencia a una sentencia, que de obrar en autos, en su caso podría analizar la Sala, si lo estimare conveniente, lo que no sucede. Y en relación con los demás documentos que cita, se rechazan porque no se trata de revisión fáctica sino valorativa de su conjunto, que no es competencia de la Sala, dado que la existencia de error en la apreciación del juzgador de instancia debe ser concreta, evidente y cierta, y debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, y por ello la revisión que postula para que, con apoyo en la documental que cita, se redacte en la forma propuesta es una pretensión inviable, porque los documentos en que se basa no evidencian por sí solos el extremo que trata de incorporar, y exige una apreciación de aquéllos por la Sala que no es de su incumbencia, y excede de la función revisora en cuanto la finalidad de ésta es evidenciar por los medios probatorios idóneos el dato objetivo que se considera de interés, pero sin que la Sala haya de realizar una valoración de las probanzas invocadas, como si actuase en el grado jurisdiccional de instancia, por lo que el motivo debe rechazarse.

Se interesa igualmente la revisión del hecho probado sexto, que se admite en tanto se trata de un error de redacción, pero sin tener en cuenta las restantes alegaciones puesto que son propias de la revisión jurídica y no de la fáctica.

Segundo.- Con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 ya citado, se denuncia la infracción de los artículos 14 y 35 de la CE , Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; artículo 10 TFUE , artículos 4, 2.c) 17, 18 24, y 39 del Estatuto de los



Trabajadores y de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007, artículos 1 a 3 t 42 y 49. Sostiene la recurrente que la sentencia que impugna infringe tales preceptos al no haber apreciado la existencia de discriminación por razón de sexo contra la trabajadora, y en ello en tanto y cuanto la trabajadora se la deniega la categoría de jefe de cocina y el salario que percibía el anterior que según ella venía siendo cobrada por todos los jefes de cocina.

La situación a contemplar es la señalada en hechos probados, con la modificación aceptada. La actora presta servicios en las instalaciones del Club Financiero Atlántico, desde octubre de 1989, inicialmente para Restauraciones Monumentales y Construcciones S.A y desde el 10 de febrero de 2015 para el Club Financiero Atlántico, como 2º Jefe Cocina. El 9 de marzo de 2015 se produce el cese por jubilación del anterior jefe de cocina, realizando la actora desde entonces las funciones que se recogen en el hecho probado segundo, que la sentencia considera propias de la categoría reclamada de Jefe de Cocina. El anterior jefe de cocina percibía durante la prestación laboral con las Entidades señaladas anteriormente, una cantidad mensual fija de 918,27 € en concepto de incentivos, que se le mantuvo al pasar a prestar servicios para el Club Financiero Atlántico. Dicha cantidad es reclamada por la actora, denunciando que no se la reconoce por ser mujer. La sentencia de instancia estima en parte la demanda reconociéndole a la trabajadora la categoría reclamada pero deniega esta segunda reclamación entendiendo que no existe tal lesión porque dicha cantidad se le abonaba al anterior jefe de cocina a título personal, y se continuó abonando como consecuencia de la subrogación entre ambas empresas, pero no se acredita el derecho de la actora a su percibo ni como hombre ni como mujer precisamente por la condición de derecho más favorable de carácter individual que ostentaba en sus días el perceptor de aquella. No es cierto entonces que todos los jefes de cocina percibieran dicha cantidad, como se señala en el recurso, sino solo el citado, lo que lo convierte en una retribución a título personal. Dando por reproducida la extensa argumentación jurisprudencial de la sentencia de instancia en la materia, la Sala no desconoce la doctrina sentada en sus sentencias de 21-12-11 (Rec. 4581/12) y 20-10-11 (Rec. 4788/11), "cabe indicar en primer lugar que esta Sala ha venido afirmando, así Sentencia de 22 de julio de 2008 (recurso nº 2474/2008) (AS 2008, 2478) que desde su sentencia 38/91, el Tribunal Constitucional (RTC 1991, 38) (TC) resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba y declara que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica. Es decir, la existencia de indicios revierte la carga de la prueba. Y así la juzgadora precisa tanto en los hechos probados como en la fundamentación jurídica con tal valor, que el único miembro de la plantilla de la empresa que percibía el incentivo era el anterior jefe de cocina, que lo hacía a título personal con ese concepto, incentivo, que lo venía percibiendo ya desde la primera empresa y por ello como derecho adquirido lo continúa abonando la segunda.

Desde el criterio de legalidad es necesario distinguir si la actora tenía derecho a dicho incentivo, al margen de su sexo, y parece que sí, porque la realización de funciones de categoría superior contemplada en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores da derecho en todo caso al percibo de las retribuciones correspondientes a las funciones que efectivamente realice. Es decir, no solo aquellas recogidas en convenio, sino las que efectivamente viniere percibiendo un trabajador de la misma categoría y en el mismo puesto, que en este caso es evidente ocurre, dado que la actora pasa a realizar las mismas funciones y en el mismo puesto del anterior jefe de cocina. Y a ello no se opone que la diferencia retributiva derive de un concepto denominado "incentivo" o lo que es lo mismo, retribución complementaria salarial, que exige, de conformidad con lo que al efecto señaló el TC en su sentencia 87/98 que si el trabajador aporta indicios discriminación la seriedad de sus motivaciones, incluso en el ejercicio de su facultad discrecional. (ST 90/1977). También las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador. Los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulen sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de una utilización de aquéllos lesiva de éstos. Tan elemental premisa no se excepciona en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación, antes al contrario, opera si cabe con más intensidad en tales casos por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones (fundamento jurídico 6º).

Y de ahí que no se haya llevado a cabo por parte de la demandada actividad probatoria suficiente para acreditar que aquel complemento retributivo de puesto de trabajo, (incentivo) tuviera su origen en causa ajena a la prestación del servicio en dicho puesto, siendo intrascendente que lo siguiera cobrando en la nueva empresa dada la obligación en tal sentido derivada de la subrogación llevada a cabo.



La existencia de indicios no es dudosa y por ello la ausencia de actividad probatoria es más exigente, y no cabe olvidar las denuncias de la demandante en el propio recurso en relación con la negativa empresarial de aportar las pruebas precisas para ello. Le corresponde al demandante acreditar hechos de los cuales se deduzca la discriminación, o sea, si esta es retributiva, "que percibe una retribución inferior a la que el empresario paga a su compañero de trabajo del sexo opuesto ... (que) realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor" - STJUE de 26.6.2001, C-381/99 , Caso Brunnhofer-. Si ello ha sido acreditado la carga de la prueba se invierte y en modo alguna la circunstancia o alegación de que se trataba de un complemento personal es a todas luces insuficientes, porque dicho complemento, aun admitiéndolo, se percibía por la prestación del servicio o funciones de Jefe de Cocina, el mismo puesto que pasa a realizar la actora sin reconocimiento empresarial, pero acreditado ante la jueza de instancia. A igual trabajo, igual salario, principio laboral reconocido en el artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores con carácter general, pero más acentuado cuando se trata del sexo femenino, con protección específica en tal sentido en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores . Por lo que el motivo ha de ser estimado declarando el derecho de la actora a percibir la cantidad mensual de 993,92 € de incremento en su nómina, condenando a la demandada Club Financiero Atlántico a su abono desde la fecha en que se reconoce la prestación de tales servicios, marzo de 2015, con abono de los intereses moratorios que correspondan. Y ello porque como ya es reiterado, la razón de ser de la acción de clasificación profesional radica en la necesidad de armonizar categoría profesional y función desempeñada lo que implica que no pueda ejercitarse eficazmente una vez extinguida la relación laboral y que su reconocimiento no produzca efectos retroactivos más allá de la fecha en que se presentó la reclamación (efectos «ex nunc»); mientras que la acción de reclamación de diferencias retributivas por la realización de funciones de categoría superior que reservan el art. 39.3 del Estatuto de los Trabajadores se fundamenta en la necesidad de la exacta adecuación entre las funciones desempeñadas y el salario que las retribuye, con el fin de evitar la quiebra del sinalagma propio del contrato de trabajo, quiebra que se produciría si la prestación de función más elevada por el trabajador no llevara aparejada la contraprestación del salario superior por parte del empresario.

Y finalmente, y en relación a la existencia de grupo de empresa, que no se ha admitido dada la ausencia de documento probatorio al efecto, que se pretende subsanar con la transcripción de las sentencias en el recurso, lo cierto es que en nada afectaría al supuesto de autos puesto que de existir, lo fue a los efectos de declarar la obligación de subrogación entre ellas condenando al Club Financiero Atlántico, al igual que ahora, y en consecuencia en nada afectaría al supuesto de autos, al afectar a los derechos profesionales, pero no de trabajadores diferentes.

Por todo ello

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

F

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por Dª Daniela , contra la sentencia del juzgado de lo social número cinco de A Coruña, dictada en juicio instado por la actora contra RESTAURACIONES MONUMENTALES Y CONSTRUCCIONES S.A, ADMINISTRACION CONSURSAL DE LA MISMA, ENTIDAD PROPIETARIA CLUB FINANCIERO ATLANTICO S.A, CLUB FINANCIERO ATLANTICO S.A. Y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, la Sala la revoca en parte declarando el derecho de la actora a percibir la cantidad mensual de 993,92 € de incremento en su nómina, condenando a la demandada Club Financiero Atlántico a su abono desde la fecha en que se reconoce la prestación de tales servicios, marzo de 2015, con abono de los intereses moratorios que correspondan, y manteniendo el resto de pronunciamientos del fallo de la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral . Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).
- El depósito de 300 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ