

Roj: **STS 907/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:907**Id Cendoj: **28079140012016100081**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2016**Nº de Recurso: **143/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 1856/2015,**
STS 907/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por la AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA, representada y defendida por la Letrada Sra. Carballo Neira, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de febrero de 2015, en autos nº 63/2014, seguidos a instancia del Sindicato CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS (CSI-F) contra dicha recurrente, el Comité de Empresa de la antigua SOCIEDAD DE IMAXE E PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA, S.A. (TURGALICIA), SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA (CC.OO.), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), sobre conflicto **colectivo**.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Sindicato CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS (CSI-F), representado y defendido por el Letrado Sr. Vázquez González.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Sindicato CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS (CSI-F), interpuso demanda de conflicto **colectivo** ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare "que los trabajadores afectados por el presente conflicto, tienen derecho a que les sigan siendo abonadas las cantidades fijas o plus de desplazamiento que se les abonaba como trabajadores de la Sociedad de IMAXE E PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA, S.A., en las mismas condiciones que regían, antes de su integración en la Axencia de Turismo de Galicia, y a que les sean abonadas las cantidades que, por tal concepto, les hayan sido dejadas de abonar, desde el 1 de enero de 2014; condenando a la Empresa demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplir lo que se establezca en las declaraciones que se contengan en la sentencia".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto **colectivo**, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, 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 25 de febrero de 2015 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando la demanda presentada por la CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS (CSIF-F), a la que se ha adherido la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), la UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y el Comité de Empresa de la antigua TURGALICIA, contra la empresa AXENCIA DE



TURISMO DE GALICIA, declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto, a que se les siga abonando las cantidades salariales fijas (60,10 € para trabajadores de dirección, jefaturas, subdirectores y coordinación, y 51,09 € para el resto del personal) que se les abonaba como trabajadores de la Sociedad de Imaxen e Promoción Turística de Galicia S.A. en las mismas condiciones que regían antes de su integración en la Axencia de Turismo de Galicia, y a que les sean abonadas las cantidades que, por tal concepto, les hayan sido dejadas de abonar, desde el 1 de enero de 2014; condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal pronunciamiento".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- El presente conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores que, procedentes de la extinguida SOCIEDADE DE IMAXE E PROMOCIÓN TURISTICA DE GALICIA S.A.(TURGALICIA) fueron integrados en la AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA el día 1 de enero de 2014.

2º.- La AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA fue creada por el Decreto 1962012 de 27 de septiembre, iniciando su funcionamiento el 1 de marzo de 2013. En fecha 27 de diciembre de 2013 el Consello de la Xunta de Galicia acordó autorizar la disolución y el inicio de procedimiento de liquidación de TURGALICIA.

3º.- La relaciones laborales de los trabajadores afectados por el presente conflicto se rigen por el **Convenio** de Oficinas y Despachos de la Provincia de A Coruña (en relación con los trabajadores de Promoción) y por el VII **Convenio Colectivo** de enseñanza y formación no reglada (en relación con los trabajadores del Centro Superior de Hostelería de Galicia).

4º.- El Consello de Administración de la SOCIEDADE DE IMAXE E PROMOCION TURISTICA DE GALICIA S.A., aprobó en la reunión celebrada el 8 de junio de 1993, conforme al sexto punto del orden día y, por unanimidad, las dietas propuestas por el Sr. Gerente en la siguiente cuantía: kilometraje .22 pesetas por kilómetro; desplazamiento personal directivo: diez mil pesetas; personal apoyo: ocho mil quinientas pesetas.

5º.- Hasta el 31 de diciembre de 2013 el personal afectado por el presente conflicto percibía, en el caso de determinados desplazamientos (viaje fuera de la Comunidad Autónoma, o cuando realizándolo dentro de la Comunidad Autónoma pernoctaran fuera de su domicilio) los siguientes importes: el correspondiente al kilometraje así como los gastos de alojamiento (hotel u hospedaje) y manutención (desayuno, comida y cena) contra factura y sin límite; a mayores se le abonaba una indemnización por un importe diario de 60,10 € para trabajadores de dirección, jefaturas, subdirectores y coordinación, y 51,09 € para el resto del personal que se reflejan en la nómina mensual bajo el concepto de "dieta".

6º.- En el apartado V2- Conclusiones y recomendaciones- del informe de control financiero emitido por la Intervención Xeral de la Comunidad Autónoma de Galicia de 14/09/2012, y referido al ejercicio 2010, se señala que TURGALICIA pagaba en concepto de dieta una retribución no autorizada por el informe conjunto definido en el art. 25 de la Ley 9/2009 de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010 y que dichas indemnizaciones podrían ser nulas de pleno derecho; como recomendación se indica que la Entidad debe instar la devolución de las cantidades indebidamente percibidas y proceder a la devolución de las transferencias de financiación correspondientes en su caso(folio 460 autos).

Ante tal recomendación TURGALICIA efectúa en fecha 3 de agosto de 2012 las siguientes alegaciones:

"As diferencias de caixa que reflicten na táboa tampouco existen; son consecuencia da interpretación errónea que vostedes fan das dietas que esta sociedade paga os seus traballadores. O concepto de dieta para a Administración Pública como compensación para gastos de viaxe (manutención e aloxamento) difire do concepto que a dieta ten para esta Sociedade , tal como se indica de seguido:

"Enténdese por dieta a indemnización económica diaria que se lle debe pagar a un/a traballador/a polo feito de saír a pernoctar fóra do domicilio do seu centro de traballo con motivo dun desplazamento ordenado por un superior."

Non é un pagamento dos gastos (manutención , transporte, aloxamento, etc) ocasionados polos devanditos , nin unha entrega a conta para facer fronte a éstos (neste último caso sería un anticipo de caixa).

O importe de cada dieta ascende a cantidade bruta de 60,10 € para o persoal pertencente aos grupos directivos e xefatura subdirección coordinación, e a 51,09 € para o resto de persoal.

Unha vez xustificadas os gastos realizados polo traballador/a e liquidada a viaxe (que ocasiona a saída ou pernoctación) , e despois da súa comprobación , cuantifícase e rexistra o número de dietas a percibir polo traballador do seguinte xeito:

Se a viaxe se realiza dentro da Comunidade Autónoma contabilízase unha dieta por cada pernoctación fóra do domicilio do seu centro de traballo.



Se se realiza unha viaxe fóra da Comunidade Autónoma contabilízase unha dieta por cada xornada que se pase fóra do centro de traballo.

O importe das dietas xeradas con motivo deste desprazamento inclúese posteriormente na nómina do traballador e págase , independentemente dos gastos realizados , que xa foran liquidados con anterioridade". (folio 543)

Tras estas alegaciones la Intervención Xeral de la Comunidad Autónoma de Galicia, y alegando el contenido del X **Convenio Colectivo** de Oficinas y Despachos de la Provincia de A Coruña, así como en los informes que refiere, se ratifica en su conclusión inicial y entiende que tales pagos han de ser considerados retribuciones nulas de pleno derecho (folio 550).

7º.- En el acuerdo operativo de la plantilla orgánica de TURGALICIA del año 2002 se establece que los conceptos por los que se retribuyen los diferentes puestos de trabajo de la plantilla de la Sociedad son:

Conceptos retributivos de carácter periódico: salario base, complemento de destino, complemento para puesto de trabajo, antigüedad, complemento personal transitorio, plus de transporte.

Conceptos retributivos no periódicos o extraordinarios: complemento por superación de los objetivos asignados, complemento por actividades extraordinarias.

Este acuerdo fue modificado en el año 2008, con fecha de efectos de 1 de enero de 2008, estableciéndose como conceptos retributivos los siguientes: salario base, complemento de destino, complemento de puesto, antigüedad, complemento personal, complemento de subdirección, complemento de polivalencia funcional, complemento de jefatura de departamento docente, complemento de doctor, complemento absorbible, complemento de disponibilidad horaria.

8º.- Desde el 1 de enero de 2014 el personal incorporado a la AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA procedente de la SOCIEDADE DE IMAXE E PROMOCIÓN TURISTICA DE GALICIA S.A. percibe como indemnización por razón de servicio o dietas, las siguientes cuantías por los siguientes conceptos.

TERRITORIO NACIONAL TERRITORIO EXTRANJERO

Manutención Alojamiento Manutención Alojamiento

Directora 60,1 € 102,56 € Importes establecidos para Grupo 1º de funcionarios en el Real Decreto 462/2002 sobre indemnizaciones por razón de servicios

Resto Personal 51,09 € 65,97 € Importes establecidos para el Grupo 2 de funcionarios en el Real Decreto 462/2002, sobre indemnizaciones por razón de servicio

En el caso de desplazamiento en vehículos propios, se abona a los trabajadores el kilometraje así como los gastos de transporte (bus, taxi, avión, tren), aparcamientos y peajes.

9º.-El día 28 de noviembre de dos mil catorce tuvo lugar la conciliación ante el SMAC que terminó con el resultado de intentada sin efecto por incomparecencia de la parte conciliada".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA. Su Letrada, Sra. Carballo Neira, en escrito de fecha 6 de abril de 2015, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) de la LRJS, por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e de la LRJS, por infracción de los arts. 20.1, 26.2 y 41.1 del ET .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 2 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Surge este procedimiento como consecuencia de un conflicto **colectivo** en el que los afectados reclaman el mantenimiento de un derecho que han disfrutado hasta poco después de producirse una **subrogación** empresarial. Debe advertirse que nos encontramos en el ámbito del empleo público y que van a ser decisivos los hechos acreditados como ciertos ante el tribunal de instancia.

1.Hechos relevantes.



Más arriba han quedado reproducidos los hechos probados que la sentencia recurrida toma como base para estimar la demanda y que ahora no procede reiterar. Sin embargo sí resulta muy conveniente recalcar los hitos sobre los que gira todo el debate:

La entidad empleadora originaria es la Sociedade de Imaxe e Promocion Turistica de Galicia (Turgalicia), luego transformada en Axencia de Turismo de Galicia.

El 8 de junio de 1993, el Consejo de Administración de la empresa aprobó el abono de "dietas" en diversa cuantía para el personal de la empresa.

El Informe de control financiero de la Intervención General de la Comunidad Autónoma (2012) advierte que bajo el concepto de dieta se está pagando una retribución no autorizada y se recomienda que se proceda a exigir su devolución.

En el Diario Oficial de Galicia se publica el Decreto 196/2012, mediante el que se crea la Agencia de Turismo de Galicia y se aprueban sus Estatutos.

Hasta diciembre de 2013 los trabajadores que realizaban determinados desplazamientos percibían el importe correspondiente a los gastos generados (alojamiento, manutención) y también una cantidad diaria fija (60,10 €, 51,09 €) que la nómina identificaba como "dieta".

Tras incorporarse a la Axencia de Turismo de Galicia, el personal procedente de Turgalicia percibe cuantías fijas por razón de dietas en territorio nacional, pero ya no el importe adicional.

2. La demanda.

El 23 de diciembre de 2014, CSI-CSIF presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de conflicto **colectivo**. Solicita que siga abonándose el importe fijo (adicional) que antes de la **subrogación** empleadora percibían los trabajadores, incluyendo lo devengado durante 2014.

Recalca que se trata de "dietas" añadidas al coste real de los desplazamientos, debiendo mantenerse la obligación de pago como consecuencia de la **subrogación** empresarial operada (al integrarse, procedentes de Turgalicia, en la Axencia), por así exigirlo el art. 44 ET. Con cita de jurisprudencia, entiende que incorporación al nexo contractual de ese beneficio impide que la empresa lo elimine de forma unilateral.

3. La sentencia recurrida.

Con fecha 25 de febrero de 2015, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia dicta la sentencia que resuelve el debate en la instancia y que la propia entidad recurrente califica como "extensa y fundamentada". La estimación de la demanda es consecuencia de lo expuesto en sus diversos núcleos argumentales:

a) Se ha producido una sucesión empresarial con **subrogación** de los trabajadores (art. 44 ET y DA 5a y 6a del Decreto 196/2012 por el que se crea la Agencia de Turismo de Galicia).

b) Bajo el concepto de "dietas" se venía percibiendo cantidades adicionales a las destinadas a compensar los gastos reales, lo que significa que estamos ante verdadero salario. La "dieta" abonada en nómina y que no compensaba ningún gasto realizado, era pura y simplemente salario (art. 26.1 ET).

c) Desde enero de 2014 se ha dejado de abonar ese importe adicional, que había generado una condición más beneficiosa, aunque la empresa haya hecho coincidir parcialmente dicha cantidad fija con lo que en la actualidad se cobra por alojamiento y manutención.

d) No cabe eliminar unilateralmente ese derecho de los trabajadores, que incluso se siguió abonando con posterioridad a la declaración de la irregularidad de su pago por la intervención en septiembre de 2012, hasta diciembre de 2013.

4. El recurso.

Disconforme con la sentencia, con fecha 6 de abril de 2015, la Agencia demandada interpone su recurso de casación y lo desarrolla en dos motivos.

En primer término, interesa una revisión de los hechos probados, considerando que ha habido error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. Persigue que quede claro cuáles son los importes que perciben los trabajadores en concepto de dietas.

En segundo lugar, al amparo del art. 207.e de la LRJS, denuncia la infracción de los arts. 20.1, 26.2 y 41.1 del ET. Considera que la empleadora se ha limitado a ejercer sus facultades directivas y a reconducir el importe abonado a lo legalmente preceptivo.

5. Impugnación al recurso.



El 28 de abril de 2015 quedó registrada la impugnación al recurso formalizada por CSIF, interesando el rechazo de los dos motivos de recurso. El primero, por ser intrascendente. El segundo por considerar que los hechos probados y fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida no han sido desvirtuados por cuanto se expone en él.

6. Informe de la Fiscalía.

El 30 de septiembre de 2015 el Ministerio Fiscal emitió su Informe, en sentido favorable a la estimación del recurso. La revisión fáctica se considera intrascendente para la suerte del asunto, por lo que debe fracasar. Respecto del tema de fondo "la postura de la demandada, aunque no por los argumentos que esgrime, debe prosperar". Considera que en el ámbito del empleo público no cabe que surja una condición más beneficiosa en contra de lo que establezca el ordenamiento jurídico. Las decisiones de la entidad empleadora contrarias a Derecho, por tanto, carecen de validez y no son hábiles para generar una condición más beneficiosa.

7. Estructura de nuestra sentencia.

Una vez centrado el debate (Fundamento Primero) es necesario examinar el motivo de revisión fáctica para despejar dudas acerca del escenario en que discurre el procedimiento (Fundamento Segundo).

A continuación abordaremos el motivo de censura jurídica. A fin de no mezclar la cuestión esencial con las colaterales, comenzaremos por revisar los debates circundantes que se plantean: naturaleza de las cuantías reclamadas, repercusión del cambio de empleador y existencia de una "condición más beneficiosa" (Fundamento Tercero).

Por último, afrontaremos el tema que ha suscitado la Fiscalía: la validez de una condición más beneficiosa contraria al régimen aplicable al empleador de naturaleza pública (Fundamento Cuarto).

SEGUNDO.- Revisión de hechos (Motivo 1º del recurso).

1. Requisitos para que prospere la revisión fáctica interesada.

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios". Antes de examinar la revisión postulada hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo posee.

En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones . La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.



4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

2. Análisis del Motivo 1º del recurso.

A) Se solicita la rectificación del HP Octavo "exclusivamente" en el contenido del cuadro allí reproducido porque "quizás por error informático" no reproduce adecuadamente el certificado de la Axencia. Se indica como documento para basar la rectificación pretendida el que aparece en el folio 613 de los autos.

B) Efectivamente, al observar el documento invocado, en el que consta el cuadro del certificado de la Gerencia, se aprecia el error en la transcripción que supone que las cantidades de manutención y alojamiento a percibir por la Directora y el resto del personal hacen referencia a los viajes en territorio nacional.

El deslizamiento hacia la izquierda de todas las columnas hace que el contenido de las diversas celdas no sea el adecuado con los descriptores del encabezamiento ("manutención, alojamiento"). El error es manifiesto y no cabe duda de que las cantidades reproducidas en el HP Octavo se corresponden con las devengadas por manutención y alojamiento en territorio nacional para la Directora (60,1 €, 102,56 €) o el resto de personal (51,09 €, 65,97 €). Para esos gastos en el extranjero rigen los importes fijados en el RD 462/2002 en favor del Grupo 1 o del Grupo 2.

C) Tanto la Fiscalía cuanto el Sindicato impugnante se oponen a la pretensión revisora porque su trascendencia para el fallo ni se ha expuesto ni existe.

Es evidente que el documento invocado posee literosuficiencia para acreditar el error padecido por la resolución judicial en este punto. Tanto que bien pudiera haberse reconducido por la vía prevista al efecto en nuestras leyes procesales, sin necesidad de formular motivo específico de casación para ello.

En todo caso, siendo la única rectificación del relato judicial que se ha solicitado es claro que su éxito carece de trascendencia para la resolución del procedimiento. La "piedra angular del debate" no es, como pretende la recurrente, el importe de estas cantidades sino la naturaleza de las percibidas al amparo de lo decidido por el Consejo de Administración en 1993 y de la reiteradísima práctica posterior; y ello en modo alguno quedaría afectado por el triunfo del motivo.

D) Al no concurrir los requisitos que la expuesta jurisprudencia viene exigiendo para que prospere el error denunciado (ni se expone por qué es decisivo, ni su éxito altera el signo del fallo) el primer motivo de recurso ha de fracasar.

TERCERO.- Presupuestos jurídicos del debate (Motivo 2º del recurso).

El motivo axial del recurso sostiene que la Axencia se ha limitado a cumplir lo previsto en el **convenio colectivo** y a reajustar las cantidades abonadas en concepto de dietas, descartando que haya existido condición más beneficiosa conducente a cobrar dos veces por el mismo concepto. Dando respuesta a sus denuncias se aborda seguidamente, de manera frontal y breve, el alcance que esas tres cuestiones poseen en el caso.

1. Subrogación empresarial.



A) La recurrente sostiene que la Axencia "sigue pagando los importes que son objeto de debate en el presente conflicto **colectivo**".

En realidad reproduce la postura ya expuesta en instancia: no niega la **subrogación** ni sus efectos, pero entiende que ni el X **Convenio Colectivo** para el Sector de oficinas y despachos de la Provincia de A Coruña, ni el Acuerdo operativo de la plantilla orgánica de Turgalicia del año 2002, ni la modificación operada en el año 2008 permite sustentar el abono de una doble dieta, al incorporar bajo tal denominación en las nóminas una segunda indemnización por conceptos ya indemnizados o compensados por la sociedad.

B) La sentencia recurrida dedica extensa argumentación a exponer las consecuencias de que los trabajadores prestasen inicialmente sus servicios para Turgalicia y luego fuesen integrados en la Axencia.

Los términos del art. 44 ET son lo bastante amplios (el nuevo empresario queda " *subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior* ") como para que no quepa duda de que la Axencia debe asumir las condiciones de empleo precedentes. No importa si nos referimos a conceptos salariales o extrasalariales, a contenidos convencionales o a concesiones empresariales.

C) Se trata de consecuencia concordante con las previsiones del Decreto de Galicia 196/2012 de 27 de septiembre, por el que se crea la Axencia de Turismo de Galicia. En el punto 4 de su Disposición Adicional Primera se establece:

La Agencia **se subrogará** también en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de la Sociedade de Imaxe e Promoción Turística de Galicia, S.A. y del Consorcio Instituto de Estudios Turísticos, en el momento en el que se proceda a su extinción y en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de la S.A. Xestión do Plan Xacobeo, derivadas o directamente vinculadas con las funciones que son asumidas por la Agencia, en el momento de la modificación de sus estatutos.

También concuerda con esa consecuencia jurídica lo previsto en el número 1 de la Disposición Adicional Quinta del citado Decreto:

La Agencia se subroga, **con el mismo régimen y condiciones** que tenían en sus entidades de origen, en los contratos del personal laboral fijo de la Sociedade de Imaxe e Promoción Turística de Galicia, S.A. y del Consorcio Instituto de Estudios Turísticos desde el momento de su extinción, y el personal asignado a las funciones que asume la Agencia de la S.A. Xestión del Plan Xacobeo, desde el momento de la modificación de los estatutos de dicha sociedad.

D) Partiendo de tal premisa ha de resolverse que es lo que venían percibiendo los trabajadores afectados por el conflicto bajo ese concepto de "dietas", y si el nuevo sistema de abono fijado a partir del 1 de enero de 2014 permite estimar la pretensión de los actores en la forma en que ha sido planteada.

Dicho de otro modo: la **subrogación** empresarial no distorsiona la índole del problema, ni añade dificultad especial al mismo; téngase presente que la pertenencia al sector público es común a las dos entidades (la Sociedad y la Agencia).

2. Naturaleza de las cuantías satisfechas.

A) La recurrente entiende que el acuerdo del Consejo de Administración de 8 de junio de 1993 no permite la doble retribución sino que se limita a reconocer un importe por kilometrajes y por desplazamiento que, al margen de los gastos de alojamiento o de hotel, mejoraban los previstos en el **Convenio Colectivo** de origen y que estos importes fijos se vienen abonando, lo que llevaría a desestimar la demanda rectora.

B) Se trata de argumentación legítima y, desde luego, coherente con cuanto la empleadora ya sostuvo en la instancia. Sin embargo, ha quedado abiertamente contradicha por cuanto la resolución judicial recurrida contiene los siguientes hechos probados o apreciaciones con similar valor:

Lo que se reflejaba como dieta en la nómina "no es un pago por gastos (manutención, transporte, alojamiento, etc.) ocasionados por el desplazamiento sino una indemnización por el hecho de pernoctar fuera del propio domicilio". Esa es la propia identificación que la empresa lleva a cabo cuando se cuestiona el abono (HP Sexto).

La operativa interna es clara: una vez justificados los gastos realizados, tras su comprobación, se liquida el viaje y se computa el número de "dietas" a percibir (HP Sexto).

Además de las compensaciones por gastos contempladas en el **convenio colectivo**, los trabajadores percibían con carácter fijo una cantidad "que a pesar de denominarse dieta no compensaba ningún gasto de desplazamiento o manutención ya que éstos, que serían los regulados en el art. 19 del **Convenio Colectivo**, se liquidaban previa presentación de la correspondiente factura y sin límite de gastos" (Fundamento Tercero).



Hasta el 31 de diciembre de 2013 los trabajadores de Turgalicia, cuando realizaban un viaje fuera de la Comunidad Autónoma, o cuando realizándolo dentro de la Comunidad Autónoma pernoctaran fuera de su domicilio, recibían dos tipos de retribuciones: a) Unas destinadas a compensar los gastos de manutención y alojamiento, previa presentación de la factura y sin límites, lo que son propiamente dietas. b) Otras cantidades fijas diarias (60,10 C o 51,09 E) que si bien se le llamaban dietas no compensaban ningún gasto por lo que tienen naturaleza salarial (Fundamento Tercero).

Lo que ha hecho la empleadora es sustituir la forma en que se compensan las dietas, pasando a abonarse una cantidad fija y superior a la establecida en el **Convenio Colectivo** de aplicación en vez de abonar el gasto concreto previa presentación de factura, eliminando las cantidades fijas de naturaleza salarial que tenían derecho a percibir por cada día de desplazamiento (Fundamento Cuarto).

Nótese que estas constataciones y valoraciones no aparecen combatidas mediante una revisión fáctica interesada en el recurso de casación. En consecuencia deben prevalecer sobre las afirmaciones sobre las que reposa la casación instrumentada.

C) Puesto que las "dietas" en liza no compensan gastos reales, sino que se adicionan a las cantidades a ello destinadas, no queda más remedio que identificar su naturaleza de manera concordante. En este punto la sentencia de Galicia realiza un recordatorio muy acertado de los dos criterios jurisprudenciales que deben operar complementariamente: la finalidad compensadora de la dieta y la calificación de las percepciones que abona la empresa, con independencia de su denominación.

D) La dieta auténtica es uno de los conceptos extra salariales previstos en el art. 26.2 del ET , que tiene por finalidad compensar al trabajador los gastos (comida, pernocta o similares) que ha de realizar por desempeñar de modo temporal sus cometidos laborales por cuenta de la empresa fuera del centro o lugar de trabajo, y fuera por tanto del entorno o área geográfica en que desarrolla su vida personal. La causa de atribución de la dieta es la generación de un gasto que solo se produce por el hecho de encontrarse el trabajador fuera de su entorno vital; en otras palabras, con las dietas o pluses lo que se trata de compensar al trabajador y evitarle un gasto ocasionado a consecuencia de su trabajo y fuera de las condiciones ordinarias porque no puede ir a comer o a dormir a su domicilio o residencia ordinaria. El abono de tales dietas puede realizarse bien compensando los concretos gastos realizados previa presentación de la factura correspondiente (desayuno, comida, cena y alojamiento) o bien fijándose unas cantidades fijas y determinadas. En tal sentido, por ejemplo STS 2 de octubre de 2007, rec. 3627/2006 .

En STS 7 abril 2015 (rec. 1187/2014) se compendia cuanto numerosas veces hemos expuesto respecto del abono de cantidades que realmente no compensan gastos provocados por un desplazamiento:

Si las dietas por gastos de manutención y alojamiento no son debidas por no existir un cambio de centro de trabajo impuesto por el patrono, ni por un contrato que se firmó en el lugar de ejecución de la obra que constituía su objeto, sin que se pactase que el derecho del trabajador a cobrar las indemnizaciones por gastos cuya naturaleza se cuestiona. Por ello, cual se ha dicho, el concepto abonado como compensatorio tiene naturaleza salarial y el hecho de que se abonará sólo por día trabajado no desvirtúa lo dicho, porque, aparte que se trata de una presunción cuya fuerza decae examinando que en las nóminas consta su pago treinta días al mes, resulta que existen complementos salariales que sólo se pagan por día de trabajo, lo que debilita, igualmente, la presunción y hace dudar de que la carga de la prueba incumbiera al trabajador y no a quien tenía mayor facilidad probatoria por disponer de los documentos oportunos (art. 217 LEC), situación ante la que, al no existir obligación legal, convencional o contractual de pagar obliga a concluir, cual se dijo antes, que estamos ante una percepción económica que tiene naturaleza salarial, conforme al artículo 26-1 del ET .

E) Determinación de la naturaleza independientemente de la calificación o denominación: la condición jurídica de salario o de complemento extra salarial, no depende de la calificación que efectúe el **convenio colectivo** sino que por imperativo legal, toda prestación económica que retribuye el trabajo del empleado debe ser salario puesto que el art. 26.1 ET constituye una norma de Derecho necesario. Es crucial examinar si los conceptos retributivos remuneran o no de forma efectiva el gasto, ya que conforme al mentado artículo 26. ET las percepciones extra salariales son cantidades que compensan o indemnizan al trabajador por los gastos ocasionados con motivo de la actividad laboral. En tal sentido, por ejemplo, STS de 16 de abril de 2010, rec.70/2009 .

F) Por mucho que Turgalicia las denominara *dietas* , estas cantidades fijas abonadas como indemnización no son tales, sino verdadero salario.

Los hechos probados y el relato incorporado al Fundamento Tercero de la sentencia recurrida explican bien lo acaecido: estas cantidades superpuestas dejaron de abonarse porque, en un momento determinado, se consideran como irregulares y al margen de lo previsto en el **convenio colectivo**. La empleadora las eliminó



y las hizo coincidir con lo abonado como manutención (lo que el art. 19 de **convenio** establece como dietas para desayuno, comida y cena).

G) Al igual que en la instancia, la recurrente alega que se ha limitado a hacer una reinterpretación del acuerdo del Consello de Administración de 8 de junio de 1993, en el cual no se establecía ninguna indemnización diferente a la fijada en el **Convenio**, sino que mejoraba los importes fijos por desplazamiento establecidos en el **Convenio Colectivo** de origen. Pero se trata de argumento que no puede admitirse:

La sentencia recurrida considera demostrado que cuanto se venía abonando quedaba al margen de la compensación de los gastos reales ocasionados por el viaje.

La argumentación de Turgalicia en agosto de 2012 muestra claramente que los trabajadores percibían una retribución de naturaleza salarial que no estaba establecida en el **Convenio Colectivo** de aplicación, ni reconocida dentro de los acuerdos operativos de la plantilla orgánica de TURGALICIA.

En sus alegaciones de 3 de agosto de 2012 al Informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma la empleadora manifiesta abiertamente su posición: "El concepto de dieta que posee la Administración como compensación de gastos de viaje (manutención y alojamiento) difiere del que tiene esta Sociedad" (HP 6º).

3. Nacimiento de condición más beneficiosa.

A) Partimos de que durante veinte años (1993 hasta fines de 2013) se ha venido abonando como "dieta" una cantidad que no compensa los gastos afrontados por el trabajador desplazado sino que retribuye la mayor onerosidad del trabajo (a modo de plus de penosidad) y de que, pese a su denominación ("dieta") en las nóminas, ha de considerarse como verdadero salario (en sentido estricto).

El recurso combate la consideración de "condición más beneficiosa" que se ha asignado a esa sucesión de acontecimientos, máxime cuando la demanda no aludía expresamente a ello.

B) Sorprende el modo en que discurre el recurso de casación en este pasaje. Ni reprocha a la sentencia vicio interno alguno (incongruencia, incoherencia), ni denuncia vulneración de los preceptos en que se ampara la construcción de la condición más beneficiosa (equiparable a una adquisición de derechos), ni combate los hechos probados en que se basa, ni repara en que la sentencia de instancia se limita a examinar el armazón jurídico de la pretensión ejercitada al amparo de una Ley que ni siquiera exige fundamentación jurídica para la demanda (art. 80.1 LRJS).

C) El principio de condición más beneficiosa se apoya en el tenor del artículo 3.1.c) ET y de una extensa jurisprudencia que también recopila acertadamente la resolución de instancia.

Para que el nexo contractual se vea enriquecido con nuevo contenido es preciso que haya mediado una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho. Ha de acreditarse la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo.

Como muchas veces hemos dicho, la tolerancia o condescendencia no dejan de ser tales necesariamente porque duren más o menos tiempo, sino porque se transformen en una conducta distinta de concesión o reconocimiento de un derecho. En la STS 24 noviembre 2014 (rec. 317/2013) se sintetiza esa consolidada doctrina:

"Para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo".

D) En el presente caso no cabe duda de que concurre esa voluntad empresarial como la Sala del Tribunal Superior de Galicia ha explicado de manera pormenorizada:

Desde el año 1993 se ha venido abonando las "dietas" al margen del **convenio**, del modo expuesto.

La empleadora realiza unas claras manifestaciones, en sus alegaciones de 3 de agosto de 2012, reconociendo esa práctica y asumiendo su continuidad.

El Informe de la Intervención (septiembre 2012) hace constar que se trata de retribuciones nulas de pleno derecho, al margen del **convenio**.



Los actos posteriores a ese expediente muestran que la empleadora sigue abonando las cuantías cuestionadas: durante el último trimestre de 2012 y todo 2013 se pagan esas cantidades fijas.

CUARTO.- Condición más beneficiosa en el sector público.

1. El razonamiento axial de la sentencia recurrida.

A) Interesa ahora resumir el silogismo que la resolución recurrida desarrolla, con apoyo normativo y jurisprudencial en cada uno de sus pasajes:

El hecho de que no esté previsto este complemento salarial en el **Convenio Colectivo** o en el acuerdo operativo de la plantilla no configura su percibo como una retribución irregular al haber sido adquirido tal derecho a su percibo por medio de la institución de la "condición más beneficiosa".

Al haberse producido la **subrogación** la nueva empresa está vinculada por tal obligación reconocida por su predecesora ex art. 44 del ET sin que pueda dejarla sin efecto de forma unilateral.

Tal supresión no puede entrar dentro de "ius variandi" ordinario del empresario ya que no estamos hablando simplemente de una supresión que afecte a una leve minusvaloración en la cuantía salarial percibida por los trabajadores sino que estamos hablando de una modificación que afecta al sistema de retribución puesto que se ha eliminado un plus que tenía naturaleza salarial, y por lo tanto encuadrable dentro del art. 41.1 del ET .

B) El recurso de casación de la empleadora denuncia la infracción de diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores: artículos 20.1 (poder de dirección empresarial), 26.2 (prestaciones extrasalariales) y 41.1 (modificaciones sustanciales de trabajo). Considera que su comportamiento está sustentado en el poder de dirección del empresario porque al tratarse de percepciones extrasalariales quedan fuera del art. 41 ET y que se está ante una leve minoración de los salarios.

C) A la vista de lo expuesto en el Fundamento precedente es claro que el recurso no logra desvirtuar la argumentación de la sentencia, ni contrarrestar sus *rationes decidendi* , ni arrumbar la valoración de las pruebas aportadas o contradecir la crónica de lo acaecido. En consecuencia, todo indica que el recurso debiera desestimarse.

D) Sin embargo, el Ministerio Fiscal considera que el recurso debe prosperar porque al tratarse de una empresa pública, su voluntad de generar derechos más allá de lo permitido por las normas carece de validez y eso equivale a que (en términos jurídicos) no haya podido surgir una condición más beneficiosa válida.

Para dar adecuada respuesta a esta observación, realizada por el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales de defensa de la legalidad, interesa recordar la doctrina de la Sala sobre cuestiones emparentadas con la presente.

2. La condición más beneficiosa en el sector público: doctrina restrictiva.

A) El Ministerio Fiscal cita dos sentencias de esta Sala que rechazan la posibilidad de considerar CMB el contenido de acuerdos suscrito entre gerencias de centros hospitalarios públicos y sus empleados. Entiende que los mismos argumentos son trasladables al presente caso.

B) En SSTs 9 septiembre 2007 (rec. 3474/2006) y 16 febrero 2009 (rec. 1472/2008) se planteaba si el art. 9 del Decreto gallego 447/1996 autoriza a cobrar al personal laboral el complemento de productividad variable establecido solo para el personal estatutario, por el hecho de haberlo pactado así con la Gerencia del Hospital en donde trabajaba el demandante, si cumplía los objetivos preestablecidos, lo que sucedió sin oposición de la demandada durante los años 1995 y 1996, cobrándolo en las nóminas de los años 1996 y 1997 respectivamente, pero haciendo constar que eran guardias médicas o si, en su caso, cabe configurarlo como una condición mas beneficiosa adquirida a título **colectivo**.

En ellas se niega validez al acuerdo de abonar un complemento de manera camuflada porque "el compromiso al que se llegó en 1995 con la Gerencia del complejo hospitalario, se encuentra fuera de las competencias del referido órgano en cuanto otorga el referido complemento al actor como personal laboral y no estatutario, por lo que se trata de supuesto en que la Gerencia desborda su competencia y, en consecuencia carece de eficacia para obligar".

C) El supuesto resuelto en tal ocasión guarda similitudes con el presente, pero también ofrece características diversas:

Aquí no se ha discutido que el Consejo de Administración tuviera competencia para establecer la remuneración polémica.

Aquí no aparece una concreta norma que sea violentada para abonar esas remuneraciones.



Aquí no se está buscando desplazar la aplicación del régimen retributivo procedente e introducir elementos de otro diverso.

Aquí la prolongación del abono cuestionado dura diez veces más que en el otro caso.

Aquí no consta que la práctica empresarial surge siendo ilegal, sino que esa tacha se formula sobrevenida y posteriormente.

3. La condición más beneficiosa en el sector público: doctrina equiparadora.

A) En un plano diverso al de las precedentes sentencias se mueven las de 25 de junio de 2014 (rec. 1885/2013 y 1994/2012), las cuales reconocen una condición más beneficiosa en el ámbito de la Administración empleadora, condición consistente en que los trabajadores de una residencia venían disfrutando de una comida gratis los días en que prestaban servicios.

B) Estas dos sentencias proceden del Pleno de la Sala y examinaron la eventual pervivencia del disfrute de derechos por encima de lo permitido en el ordenamiento jurídico, mediando una **subrogación** de empresa y encontrándonos en el ámbito del empleo público:

La conclusión no puede ser otra que ésta: la administración empleadora -el Cabildo Insular- conscientemente respetó, como una excepción al citado Acuerdo de Homologación, el disfrute de este complemento en especie que los trabajadores venían disfrutando desde hacía muchos años: antes de la transferencia de ese servicio desde la Comunidad Autónoma, lo cual no es sino una consecuencia del obligado respeto a lo preceptuado por el art. 44 ET en los casos de sucesión de empresas: "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior".

No se trata de ningún ejercicio clandestino ni de una práctica ilegal que nunca podría haber sido consentida ni tolerada; y, por tanto, aquí no hay afectación alguna al principio de legalidad; ni se trata tampoco de una tolerancia indebida por parte de algún órgano inferior -por ejemplo, la dirección del centro- del que se le pudiera hacer responsable: no consta sanción alguna a ningún miembro del equipo de dirección del centro, ni es creíble que los órganos administrativos de tutela del centro, y controladores de sus presupuestos, tardaran cinco años en enterarse del disfrute de esta condición más beneficiosa por parte de los trabajadores de esta Residencia de Pensionistas de una isla que destaca por su belleza pero no precisamente por su extensión y número de pobladores.

C) Respecto del específico fundamento que ahora interesa (admitir la pervivencia de derechos), se dice en tales sentencias lo siguiente:

*Esta conclusión no puede alterarse, como ya hemos indicado antes, por el hecho de que la empleadora sea una administración pública sometida, como tal, al principio de legalidad en todas sus actuaciones. Porque la sumisión a tal principio incluye, obviamente, el más riguroso respeto a la normativa laboral cuando la administración actúa como empleadora, y entre esa normativa figura, en primer lugar, el Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 3.1,c) establece que las relaciones laborales se regulan -aparte de por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y por los **convenios colectivos**- por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo. Pues bien, hace ya muchos años que la doctrina y la jurisprudencia residencian el denominado principio de condición más beneficiosa en dicho precepto estatutario, como hemos visto en la citada STS DE 14/3/2005 . Es decir, el origen de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, si bien el acuerdo entre ellas no necesariamente tiene que ser expreso sino que, con mucha frecuencia, es tácito y su existencia se demuestra por la permanencia continuada en el tiempo del disfrute de esa condición por parte del trabajador o los trabajadores que la tengan reconocida. Pero ese carácter tácito, basado además en la doctrina de los actos propios, en modo alguno significa que dicha condición se efectúe donandi causa - por mera liberalidad del empresario- y que, por lo tanto, éste la puede suprimir por su propia voluntad unilateral en el momento que desee. El contrato de trabajo tiene naturaleza onerosa y la prestación de trabajo y la contraprestación salarial son obligaciones recíprocas: una es siempre causa de la otra y al revés. Por decirlo sintéticamente, "laboralidad" y "liberalidad" son términos antagónicos y recíprocamente excluyentes. Por ello, el socorrido argumento de la "tolerancia" que, en definitiva, es una suerte de liberalidad, tampoco puede aceptarse por mera afirmación de parte y, menos aún, cuando de una administración pública se trata, pues la tolerancia en tal caso puede deslizarse hacia la figura delictiva de la malversación de fondos públicos.*

Dicho lo cual, es obvio que el acuerdo de voluntades -expreso o tácito- que da origen a la condición más beneficiosa puede verse afectado por algún vicio en el consentimiento que, quien lo alegue, habrá de demostrarlo. Y, por otra parte, es posible que, en algún caso excepcional, se pueda considerar que el empresario ha hecho un regalo a los trabajadores sin voluntad alguna de obligarse a su repetición: es el caso de la cesta de Navidad contemplado en la STS de 31/5/1995 (RCUD 2384/1994). Pero ni una cosa ni otra aparece en nuestro caso. Lo que tenemos en nuestro caso es, simplemente, el respeto a un complemento en especie que tenían los



trabajadores procedentes de otra administración pública y que se les ha querido conservar pese al Acuerdo de Homologación de condiciones pactado en su día, como una excepción al mismo: de ahí su carácter de "condición más beneficiosa", en relación con los trabajadores que nunca han disfrutado de ese complemento. Lo cual es perfectamente legal puesto que, como hemos dicho, no es sino una conducta ajustada al mandato del art. 44 ET. Ello no quiere decir que dicha condición más beneficiosa deba perdurar eternamente: el ordenamiento jurídico laboral provee de diversos instrumentos para conseguir su eliminación, con la debida justificación y, en su caso, contrapartidas. Entre esos instrumentos, el primero de todos es el pacto novatorio que, desde luego, excluye la voluntad unilateral del empresario. Y otro instrumento, cuando concurren las pertinentes causas justificadoras, es la modificación de condiciones de trabajo contempladas en el art. 41 ET.

D) Interesa recalcar que al formular esta doctrina se tuvo a la vista lo manifestado por nuestra precedentes resoluciones de SSTs 9 septiembre 2007 (rec. 3474/2006) y 16 febrero 2009 (rec. 1472/2008). Es decir, no solo se trata de una doctrina más moderna sino que también es consciente de la previa.

Igualmente resulta significativo que el Voto Particular que acompaña a las SSTs de 25 junio 2014 se oponía a la CMB porque no había existido un acto expreso de reconocimiento del derecho por parte de la empleadora. Todo lo contrario de cuanto sucede en nuestro caso: desde que se establece el derecho a la dieta impropia (mediante acuerdo del Consejo de Administración) hasta que se defiende su funcionalidad ante los reparos de la Intervención, no cae duda de que la voluntad de obligarse de la entidad empleadora es manifiesta, explícita y emanada de órgano competente.

4. Resolución del caso.

Son varias las razones que abocan a la confirmación de la sentencia recurrida, todas ellas ya expuestas en apartados precedentes y ahora compendiadas en este pasaje conclusivo:

- a) Las cantidades abonadas en concepto de "dieta" constituyen salario y derivan de un reconocimiento empresarial explícito incardinable en la figura del derecho adquirido o "condición más beneficiosa".
- b) La eliminación de su pago no se ha basado en norma coetánea y sobrevenida, ni ha seguido los trámites del artículo 41 ET.
- c) La eventual colisión de remuneraciones superiores a las convencionales con normas dirigidas al empleo público no basta para eliminar por completo el juego de las instituciones laborales.
- d) La entidad empleadora ha realizado actos expresos de reconocimiento y mantenimiento de las remuneraciones cuestionadas a lo largo de veinte años.
- e) Nuestra doctrina más reciente, que hemos de aplicar por razones de seguridad jurídica e igualdad, ha admitido la existencia de condiciones más beneficiosas en el ámbito del empleo público incluso cuando se oponen a prescripciones restrictivas.

Recalquemos, por último, que estamos ante surgimiento de un derecho de forma lícita, ante actos explícitos emanados de órgano competente; se está ante una CMB *praeter legem* (al margen de las previsiones legales) más que ante un derecho nacido *contra legem* (de manera contraria a lo querido por las normas); que ni siquiera se ha invocado una norma concreta que colisione con el derecho en cuestión; que tampoco se ha expuesto a partir de qué momento la condición se coinvierte en anómala; que no se ha seguido el camino novatorio (pactado o impuesto por la vía del art. 41 ET); que en modo alguno estamos consagrando la validez de derechos surgidos de manera anómala e ilegal.

Por completo fuera de nuestro objeto material quedan las posibles consecuencias o responsabilidades exigibles a quienes han venido manteniendo una práctica que la Administración Autonómica considera contraria a Derecho o, en su caso, el modo en que la empleadora puede hacerla desaparecer.

Lo cierto es que el recurso de casación está abocado al fracaso, debiendo confirmarse la sentencia de instancia. De acuerdo con las prescripciones de la LRJS (art. 235.2) no procede imposición de costas en los procedimientos de conflicto **colectivo**, sin necesidad de atender a otras razones.

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

FALLAMOS

1) Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la AXENCIA DE TURISMO DE GALICIA, representada y defendida por la Letrada Sra. Carballo Neira, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de febrero de 2015, en autos nº 63/2014, seguidos a instancia del Sindicato CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS (CSI-F), sobre conflicto **colectivo**.



2) Confirmamos la sentencia recurrida.

3) No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ,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. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ