



Roj: **STS 409/2020 - ECLI:ES:TS:2020:409**

Id Cendoj: **28079140012020100058**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2020**

Nº de Recurso: **180/2018**

Nº de Resolución: **46/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2116/2018,**
STS 409/2020

CASACION núm.: 180/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 46/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. José Manuel López García de la Serrana

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 21 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIASA), representada y asistida por el letrado D. Ignacio González Fernández, contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en autos núm. 11/2018 seguidos a instancias de CCOO de Asturias y de la Unión General de Trabajadores (UGT) contra el Comité de empresa, representado por D.^a. Sara Castaño Díaz, y Distribuidora Internacional de Alimentación - Día - S.A., en procedimiento de Conflicto colectivo.

Han comparecido como recurridas Comisiones Obreras de Asturias, representada y asistida por la letrada D.^a. Nuria Fernández Martínez, y la Unión General de Trabajadores (UGT), representada y asistida por el letrado D. David Diego Ruiz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Comisiones Obreras de Asturias se interpuso demanda de Conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la que,



tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que se "declare el derecho de la plantilla afectada por el conflicto, -es decir, a los trabajadores que, provenientes de la empresa El Árbol, venían subrogados de la mercantil Aldi, y devengaban las pagas semestramente- a continuar con el devengo semestral de su paga extraordinaria de navidad, declarando nula de pleno derecho la modificación operada por la empresa en la forma de cálculo de la referida paga extraordinaria, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonar a la plantilla afectada por este conflicto, la parte de la paga de navidad 2017 dejada de percibir, así como a adoptar las medidas necesarias para su efectividad."

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

TERCERO.- Con fecha 20 de junio de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la que consta el siguiente fallo:

"Que, estimando parcialmente la demanda de conflicto colectivo formulada por la representación del sindicato comisiones Obreras, a la que se sumía UGT, contra la empresa Distribuidora Internacional de Alimentación-DIASA, declaramos que la demandada deberá abonar a los afectados por el conflicto la cantidad que en cálculo anual hayan dejado de percibir como consecuencia del cambio que se produce a partir de 1-8-2017, en el cómputo de las pagas extras de semestral a anual, absolviendo dicha demanda del resto de las pretensiones."

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

"Primero: La demandada, -Distribuidora Internacional de Alimentación-DIA S.A., que se dedica al comercio de alimentación, tiene en Asturias diversos centros de trabajo, que se ubican en poblaciones pertenecientes a distintas circunscripciones judiciales. En esos centros prestan servicios un grupo de trabajadores que procedían originariamente de la empresa de alimentación ALDI (Hilario Osoro S.A.) que luego pasaron subrogados a la empresa El Arbol Distribución y Supermercados en 1998, y, finalmente a DIA, que adquirió el 100% de las acciones de El Arbol, a partir de febrero de 2016.

La demanda facilita una lista de 16 trabajadores como afectados, si bien advirtiendo de que podrían ser mas, lo que efectivamente se reconoce por las partes en acto de juicio.

Segundo: El personal se encuentra representado por un Comité de Empresa compuesto de 13 miembros (6 por el sindicato FETICO, 2 por USO, 4 por CCOO y 1 por UGT). Con las salvedades que se refieren al asunto enjuiciado, el Convenio Colectivo aplicable es el del grupo de empresas DIA S.A. y Twins Alimentación S.A. (BOE de 2 de septiembre de 2016).

Los trabajadores de DIA perciben una paga extra en julio, otra en diciembre y otra en marzo. Por lo que se refiere al personal afectado por el conflicto colectivo, esto es, los provenientes de ALDI, a través de El Arbol, se les vino respetando el abono de las de julio y diciembre en cómputo semestral, mientras al resto del personal que no tienen esa condición de subrogados se les abonan con carácter anual. Ello es así por acuerdo con la representación de los trabajadores afectados por el conflicto, acuerdo adoptado al pasar éstos a DIA S.A. en 2016.

Tercero: El 14 de junio de 2017, se suscribió entre las partes (empresa y representación de los trabajadores) un llamado Acuerdo de Homogenización, que debía entrar en vigor el 1 de agosto, del que destacamos:

"Primero:- Desde el día 1 de agosto de 2017 resulta de aplicación, a todos los efectos y en los términos derivados de este Acuerdo, el III Convenio Colectivo de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. y Twins Alimentación S.A. (en adelante CCDIA) a los trabajadores procedentes de Eroski/Caprabo, de GEA y otras, que se relacionan en el Anexo I, que se han incorporado a la plantilla de DIA como consecuencia de la adquisición por ésta de los centros de trabajo en que aquellos prestaban servicios.

Igualmente, desde la indicada fecha, las relaciones laborales de dichos trabajadores/as afectados se regularán, en lo que, en su caso, les afecte, por los acuerdos colectivos suscritos por DIA con los representantes de los trabajadores/as. En ningún caso se entenderá que son de aplicación los acuerdos suscritos con anterioridad a la subrogación, por otras Compañías.

En consecuencia, los Convenios colectivos y acuerdos colectivos que venían siendo de aplicación a dichos trabajadores/as por causa de su prestación de servicios para alguna de las empresas cedentes (Cecosa, Picabo, Cenco, Caprabo, Gea y otras), seguirán regulando las relaciones de trabajo de los mismos con DIA hasta el día 31 de julio de 2017, dejando de regular las relaciones de trabajo de los mismos con DIA con fecha de efectos de 1 de agosto de 2017, a salvo de lo establecido de forma específica en el acuerdo Sexto del presente Acuerdo".



Continúa el acuerdo refiriendo la adaptación de las categorías y los demás aspectos del Convenio DIA, llegando al acuerdo tercero que se expresa así:

"Tercero.- Desde el día de aplicación del CCDIA, se aplicará a los trabajadores/as afectados por este acuerdo la retribución derivada de dicho Convenio, en su caso, de los acuerdos colectivos vigentes en DIA en cada momento, conforme a la clasificación atribuida anteriormente y, en su caso, la retribución correspondiente en razón de las funciones que en cada momento desempeñe, conforme a lo previsto para las mismas en DIA.

No obstante lo anterior, dada la existencia de condiciones retributivas diferenciadas que disfrutaban en la entidad cedente los trabajadores afectados por la subrogación empresarial, las partes adoptan los siguientes acuerdos específicos en materia retributiva.

1º.- Estructura retributiva y garantía general de nivel retributivo.

1.1.-. La voluntad de las partes es que la subrogación empresarial operada y el consiguiente cambio de convenio colectivo no afecte peyorativamente al nivel retributivo bruto que, globalmente considerado, disfrutaba cada uno de los trabajadores/as afectados en el momento de la transmisión de empresa.

Por ello se acuerda que si la retribución fija anual que percibía el trabajador/a en la entidad cedente resultara superior al importe correspondiente, conforme a la clasificación asignada en este Acuerdo, a la retribución prevista en el Convenio de DIA y TWINS y sus acuerdos de aplicación, se reconocerá al trabajador/a, con carácter personal, el derecho a mantener en su conjunto dicho nivel retributivo, a pesar del cambio de convenio colectivo y demás condiciones aplicables, conforme a las reglas que se desarrollan a continuación".

Sigue la forma de calcular la retribución fija garantizada (REGA) y, por otra parte, la que corresponde con el destino en DIA (RTDM), concluyéndose así:

"A) Si la retribución mensual Total en DIA (RTDM), resulta superior a la Retribución Fija Garantizada mensual (RFGM), -se aplicará al trabajador íntegramente el sistema retributivo establecido en el Convenio DÍA y TWINS y los acuerdos colectivos vigentes en DIA, quedando establecida a todos los efectos la nueva estructura retributiva, conceptos y cuantías, a salvo de lo que se dirá en relación con el complemento de antigüedad, complemento de ayuda a descendientes discapacitados y plus desplazamiento y percibirá la RTDM desglosada en los conceptos que procedan, detallados en el apartado segundo.

B) Si la retribución mensual Total en DIA (RTDM), es inferior a la RFGM, la retribución del trabajador/a se distribuirá del siguiente modo:

En primer lugar, se repartirá entre los conceptos retributivos previstos en el Convenio DIA y TWINS y en los acuerdos que resulte de aplicación según el orden especificado para cada una de las sociedades en el apartado primero".

Ya la empresa, con carácter general complementará la retribución mediante los complementos en función de naturaleza (sigue la lista de las mismas).

Cuarto: La empresa abonó la paga extra de diciembre aplicando ya desde el 1 de agosto el cómputo, anual, con lo que dos trabajadores percibieron, según la demanda, un 58% de la misma, y, según la empresa 5/12 de paga.

Esto motivó la demanda de conflicto colectivo al entender los trabajadores que la empresa se beneficiaba del resto hasta la paga completa. Presentaron papeleta de conciliación ante el Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos el 19 de marzo de 2018, celebrándose el acto el 23 del mismo mes, con el resultado de sin avenencia. Las representaciones de los sindicatos FETICO y UGT se mostraron conformes con la reclamación de CCOO, y la empresa manifestó que no se avenía "por las razones que se expondrán en el momento procesal oportuno, si a ello hubiera lugar".

Quinto: El día 15 de mayo de 2018 se produjo una reunión de la empresa y representación de los trabajadores, convocada por el sindicato FETICO, con el siguiente orden del día: abono de las pagas extras de los trabajadores provenientes de ALDI-GEA y de los provenientes de GEA. Se firmó un acuerdo, que suscribió la empresa y por el Comité los representantes de FETICO (6) y de USO (1). Comienza dicho acuerdo con una manifestación de la empresa:

"el cambio en el régimen del período de devengo y abono de la paga extraordinaria de marzo en los trabajadores/as que fueron subrogados/as de GEA relacionados en el Anexo/ (Colectivo 1) y de las pagas extras de verano y navidad en los trabajadores/as que fueron subrogados/as de GEA y que provenían a su vez de Aldi, relacionados en el Anexo II (Colectivo 2), no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo, por tener su origen en un cambio de convenio colectivo motivado por la adquisición por DIASA a Grupo el Árbol Distribución y Supermercados de los centros de trabajo de los afectados/as y la ulterior aplicación del



Convenio colectivo de DIASA en virtud de acuerdo de homogeneización de 14 de junio de 2017 con efectos de 1 de agosto de 2017.

Con anterioridad a ese momento (1 de agosto de 2017) los trabajadores/as afectados por esta circunstancia regían sus relaciones por el Convenio Colectivo del sector Minorista de Alimentación del Principado de Asturias, que regula el derecho a percibir tres gratificaciones extraordinarias denominadas Marzo, Verano y Navidad y que se devengaba por los trabajadores/as afectados/as de la siguiente manera:

Colectivo 1.- la gratificación de marzo, desde el 1 de abril del año anterior a su liquidación hasta el 31 de marzo del año de su liquidación.

Colectivo 2.- la gratificación de verano, semestralmente desde el 1 de enero hasta el 30 de junio del año de su liquidación y la gratificación de navidad también semestralmente de 1 de julio a 31 de diciembre del año de su liquidación.

En el Convenio Colectivo de DIASA los trabajadores/as afectados perciben igualmente una paga de beneficios (marzo), pero ésta se devenga entre los meses de enero a diciembre del año anterior a su liquidación, otra de verano que devenga de 1 de julio del año anterior a su liquidación hasta el 30 de junio del año de su liquidación y otra de navidad que devenga de 1 de enero a 31 de diciembre del año de su liquidación. La aplicación desde 1 de agosto de 2017 del Convenio de DIASA ha provocado que los afectados/as por este acuerdo perciban:

- Colectivo 1.- en marzo de 2018 la parte de la paga de beneficios devengada desde abril a diciembre de 2017, ya que los devengos de enero a marzo de 2017 ya fueron liquidados bajo el anterior régimen convencional.

- Colectivo 2.- en diciembre de 2017 la parte de la paga de Navidad correspondiente al mes de julio de 2017 por una sexteaba parte según el devengo del anterior régimen convencional más cinco doceavas partes correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 2017".

Sexto: Los términos del acuerdo:

"No obstante manifestar las partes la licitud de dicha liquidación de los devengos de la paga de beneficios del año 2017 y la paga de Navidad de 2017 por parte de DIASA, ambas partes, en aras a solucionar el conflicto planteado y evitar la aparente minoración en la liquidación de las precitadas pagas por dicho cambio convencional, acuerdan, supeditada a la aceptación individual de los trabajadores/as, que se abone a los afectados/as un anticipo económico por importe equivalente a los devengos de:

- Colectivo 1.- la paga extraordinaria de beneficios correspondientes a los meses de enero a marzo de 2017 que, al haberse liquidado ya durante dicho ejercicio, no corresponde abonar nuevamente en el presente.

- Colectivo 2.- la paga extraordinaria de navidad correspondiente a los meses de enero a junio de 2017, que suponen cinco doceavas partes, al haberse liquidado en diciembre de 2017 el mes de julio por el devengo anterior (una sexta parte) y los meses de agosto a diciembre de 2017 por el nuevo devengo (cinco doceavas partes).

Dicho anticipo se abonará en la nómina del mes de junio de 2018, y su reintegro a DIASA se producirá una vez que se extinga la relación laboral a cuenta de las retribuciones adeudadas por DIASA al término de la misma mediante el descuento en su liquidación o su reclamación al beneficiario/a en caso de que tales devengos sean insuficientes para el reintegro del anticipo".

Finalizaba con el compromiso del Comité de informar a los trabajadores afectados sobre el acuerdo alcanzado y la naturaleza y condiciones del reintegro del anticipo."

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIASA).

El recurso fue impugnado por los sindicatos Comisiones Obreras de Asturias y Unión General de Trabajadores.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La empresa demandada recurre en casación ordinaria la sentencia de instancia por la que se estima en parte la demanda de conflicto colectivo en los términos antes transcritos.



El recurso contiene un único motivo, amparado en el apartado e) del art. 207 LRJS, mediante el cual se denuncia la infracción del art. 44.4 del Estatuto de los trabajadores (ET) y de los arts. 3.1 y 1281 a 1284 del Código Civil, con invocación del acuerdo colectivo de homogeneización de condiciones laborales de 14 de junio de 2017 (el cual se recoge, en lo que aquí interesa, en el Hecho probado tercero de la sentencia recurrida).

2. Para una mejor comprensión de la controversia litigiosa recordaremos que el presente colectivo afecta a los trabajadores que prestan servicios para la empresa demandada desde que ésta adquirió los centros de trabajo a los que pertenecen en febrero de 2016. A su vez, la empresa cedente había sucedido a un empleador anterior (hecho probado primero). Los indicados trabajadores percibían las pagas extraordinarias de junio y diciembre calculadas semestralmente (de enero a junio y de julio a diciembre), mientras que en la actual empleadora el cómputo del devengo de las mismas se hacía de forma anual (de julio a junio y de enero a diciembre). La empresa abonó a los afectados la paga extraordinaria de diciembre de 2017 calculándola a partir de agosto de dicho año, entendiéndose que tal fórmula de cómputo hallaba fundamento en el acuerdo colectivo suscrito el 14 de junio de 2017, denominado "de homogeneización", cuyos efectos se producían a partir de 1 de agosto de 2017. Tal interpretación provocó que la cuantía de dicha paga alcanzara el importe de 5/12 del salario mensual (hecho probado cuarto), en lugar de 5/6 del mismo, liquidando la parte correspondiente al devengo del mes de julio.

3. La sentencia de instancia rechaza la pretensión de la demanda de que se declare el derecho de los trabajadores a mantener el mismo sistema de cálculo semestral, pero acoge la de condena al pago de la diferencia económica sufrida en el mes de diciembre de 2017 por cuanto tuvo como resultado una afectación peyorativa de las retribuciones de los afectados.

SEGUNDO.- 1. La parte recurrente alega que la aplicación del acuerdo colectivo desde el 1 de agosto de 2017 había de suponer, necesariamente, la aplicación a los trabajadores subrogados de las mismas condiciones retributivas que las que regían para el resto del personal y ello suponía calcular desde ese momento las pagas extraordinarias con la misma regla de cómputo y manifiesta que ello no provoca afectación alguna de la retribución global devengada por pagas extraordinarias.

2. Ciertamente, en términos teóricos y objetivos la cantidad resultante será la misma si se utiliza la fórmula de una paga por cada seis meses o dos pagas cada doce. Pero lo que sí difiere es el requisito para lucrar la primera y la última paga completa, en la medida que con el sistema semestral acorta el periodo inmediato anterior sobre el que calcular la cuantía de cada una de las dos pagas extraordinarias anuales, de suerte que quien no ha iniciado su prestación de servicios coincidiendo con el 1 de enero recibirá la parte proporcional de la paga de junio, pero verá satisfecha íntegramente la de diciembre. Por el contrario, de utilizarse la fórmula de devengo anual ambas pagas se abonarán en proporción al periodo de prestación de servicios completados en junio y diciembre, respectivamente -esto es, siendo mayor la cuantía de la de diciembre que la de junio-.

No se trata aquí de hacer pronunciamientos relativos a si alguno de esos mecanismos es contrario a Derecho. Ambos son perfectamente ajustados a nuestro Ordenamiento jurídico. Así lo hemos sostenido al afirmar que las gratificaciones extraordinarias "constituyen una manifestación del llamado salario diferido, se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año, y su importe debe equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador, salvo que por norma convencional de carácter prioritario se establezcan exclusiones, o bien, importes específicos" (STS/4ª de 21 abril 2010 -rcud. 479/2009-, 25 octubre 2010 -rcud. 1052/2010-, 30 enero 2012 -rcud. 260/2011- y 10 abril 2019 -rcud. 937/2017-, entre otras). Además, en este caso, los dos sistemas quedaban amparados en el marco regulador de las relaciones laborales de las partes. De un lado porque la empresa sucesora estaba obligada a mantener las condiciones que los trabajadores subrogados tenían antes de la transmisión; y, de otro, porque es igualmente factible que, como indica la sentencia de instancia con acierto, se llevara a cabo un proceso negociador de homogeneización que, tras la transmisión, alcanzara el acuerdo de equiparar a toda la plantilla.

Lo que aquí se dilucida es el modo en que la empresa lleva a cabo la transición de uno a otro sistema de cálculo para el devengo de las indicadas pagas extraordinarias, lo cual se ciñe exclusivamente al momento en que se produce el cambio y, por tanto, afectó a la primera paga extraordinaria abonada tras el mencionado acuerdo colectivo.

3. Para resolver la cuestión debemos acudir al propio acuerdo colectivo del que trae causa el proceso de homogeneización en el cual no se hacía mención expresa alguna a la cuestión que aquí nos concierne que se englobaría en la cláusula de remisión, en materia retributiva, al convenio colectivo de empresa, de la que racionalmente, se concluye que no existen diferencias entre los colectivos -plantilla originaria y trabajadores subrogados-, salvo en lo que expresamente se pactó como "garantía general de nivel retributivo", a cuyo tenor el cambio de convenio no podía afectar "peyorativamente al nivel retributivo bruto que, globalmente considerado,



disfrutaba cada uno de los trabajadores/as afectados en el momento de la transmisión de empresa" y, en suma, la empresa quedaba obligada a mantener en su conjunto el nivel retributivo.

Al respecto, sostiene la empresa que dicho nivel se mantiene porque las pagas seguirían siendo de la misma cuantía a partir de la de junio de 2018 ya que, en ese momento, se habría completado la anualidad correspondiente.

Ahora bien, como hemos señalado ello no impide constatar el hecho indubitado de que la controvertida paga de diciembre de 2017 fue de cuantía inferior y que, por consiguiente, en dicha anualidad hubo una disminución retributiva cuya compensación no puede admitirse diferida al futuro con el argumento de que también se aplicará el devengo anual cuando la persona trabajadora cese. Los afectados por el conflicto eran trabajadores que, en todo caso, reunían el requisito de servicios completados en la anualidad en el momento en que debía hacerse efectiva la paga de diciembre de 2017 y, por ello, no existía justificación para la disminución operada al no tratarse de trabajadores que iniciaran su relación laboral en un momento posterior y no hubieran completado en cualquier caso el periodo de devengo -semestral o anual-.

TERCERO.- 1. Por todo lo expuesto, desestimamos el recurso de casación de la empresa demandada, confirmando el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

2. En virtud de lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS, no procede la condena en costas, debiendo cada parte hacerse cargo de las causadas a su instancia.

3. Asimismo, en atención a lo dispuesto en el art. 217.1 LRJS se decreta la pérdida del depósito y de las consignaciones que, en su caso, se hubieren efectuado para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIASA) contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en los autos 11/2018, seguidos a instancias de CCOO de Asturias y de la Unión General de Trabajadores (UGT) contra la citada empresa. En consecuencia, confirmamos la indicada sentencia, que se declara firme, sin condena en costas; y decretamos la pérdida del depósito y de las consignaciones que, en su caso, se hubieren efectuado para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.