



Roj: **STS 4157/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4157**

Id Cendoj: **28079140012020101000**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2020**

Nº de Recurso: **38/2019**

Nº de Resolución: **1041/2020**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4562/2018,**
STS 4157/2020

CASACION núm.: 38/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1041/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 25 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por DIRECCION004 ., representada y defendida por el letrado D. Carlos García Barcala, contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2018, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en autos 280/2018, en demanda de **conflicto colectivo**, seguida a instancia de la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores y la Federación de Industria de Comisiones Obreras, a la que adhirieron posteriormente CGT, CSIF y USO, contra DIRECCION004 .; ESK; ELA; y LAB.

Han sido partes recurridas la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA), representada y defendida por el letrado D. Saturnino Gil Serrano; la Federación de Industria de Comisiones Obreras (FI-CCOO), representada y defendida por el letrado D. Enrique Lillo Pérez; la Confederación General del Trabajo (CGT), representada y defendida por el letrado D. Raúl Maíllo García; la Confederación Unión Sindical Obrera (USO), representada y defendida por la letrada D.^a Juliana Bermejo Derecho; y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), representada y defendida por el letrado D. Pedro Poves Oñate.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El día 18 de octubre de 2018, se presentó demanda conjunta de UGT-FICA y FI-CCOO sobre **conflicto colectivo**, a la que adhirieron posteriormente CGT, CSIF y USO, registrada bajo el número 218/2018, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaban suplicando se dictara sentencia por la que se declare: "el derecho de todos los trabajadores de la empresa demandada a la percepción íntegra de las pagas extraordinarias de julio, septiembre y navidad en los supuestos en los que durante su devengo o percepción hubieran tenido suspendido el contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, condenando a la empresa a estar y pasar por dicho pronunciamiento; y, condenando, a su vez a la empresa, a pagar a los trabajadores que en el momento del devengo de las pagas extraordinarias de julio de 2018 y septiembre de 2018 se encontraron de baja por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, al pago de la diferencia entre el importe íntegro de dichas pagas extraordinarias y la cantidades que les han sido abonadas en el momento del pago de las mismas".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

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

" 1º.- FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, (UGT-FICA), es un organización sindical integrada en la Unión General de Trabajadores, y la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS (FI-CCOO) es, a su vez, una organización sindical integrada en Comisiones Obreras, sindicatos que ostentan la condición de más representativos a nivel estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), y ambas tienen una importante implantación en la empresa demandada DIRECCION004 - conforme-

2º.- La empresa se dedica a la fabricación de neumáticos, ocupa aproximadamente a 7.500 de trabajadores, y el **conflicto colectivo** que instamos afecta potencialmente a la totalidad de sus trabajadores, y de manera más específica a sus trabajadoras. Tiene centros de trabajo en DIRECCION000 (Burgos), Almería, DIRECCION001 (Toledo), Valladolid, Vitoria (Álava) DIRECCION002 (Guipúzcoa) y DIRECCION003 (Madrid). Los centros de trabajo de DIRECCION000 , Almería, DIRECCION001 y Valladolid, se rigen por el Convenio **Colectivo** de DIRECCION004 , publicado en el B.O.E. de fecha 11 de febrero 2016. A su vez, los centros de trabajo de Vitoria, DIRECCION002 y DIRECCION003 , tienen cada uno de ellos, sus respectivos convenios- conforme-. El contenido de los distintos convenios obra en autos y los damos por reproducido.

3º.- La empresa abona la remuneración a sus trabajadores en 12 mensualidades, más 2,5 pagas extraordinarias, que las satisface en los meses de julio, septiembre y diciembre. Las cuantías de las pagas de julio y diciembre son iguales, y la de septiembre es la mitad. Cuando se percibe el salario en el sistema denominado "horarios", el importe de la de julio y diciembre son equivalentes a 184 unidades de abono y la de septiembre a 92 unidades de abono. Cuando se percibe el salario en el sistema denominado "mensuales", las de julio y septiembre son, equivalentes cada una de ellas, a 1/14,5 del salario anual, y la de septiembre a 1/29. En el sistema "horarios" cada una de las pagas mensuales es aproximadamente igual a la media de 167 unidades de abono -conforme-.

4º.- La empresa, desde que se instaló en España en la década de 1970 o desde que están incluidas entre las prestaciones de la seguridad social, ha venido abonando en su integridad el importe de las dos pagas y media extraordinarias a los trabajadores que durante el devengo o la percepción de las mismas se encontraban en la situación de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses. La percepción íntegra de las pagas extraordinarias en las indicadas situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, la han venido recibiendo el conjunto de los trabajadores de la empresa con independencia de cual fuera su centro de trabajo, y el convenio por el que estaban afectados. -conforme-

5º.- El día 2-7-1998 se emitió por la empresa un documento denominado "MODELO DE HOMOGENIZACIÓN DE NÓMINA", cuyo contenido obra en el descriptor 56 a raíz del cual se complementa la prestación de maternidad que reconoce el sistema de seguridad social, hasta el 100 por 100 del salario real.

6º.- En el mes de julio de 2018 cuando la empresa procedió al pago de la correspondiente paga extraordinaria, los trabajadores que en los meses precedentes habían estado, o permanecían todavía, en situación de suspensión contractual por cualquiera de dichas contingencias vieron minorado el importe de su correspondiente paga extraordinaria, abonada en dicho mes, en proporción al tiempo que durante el devengo de la misma se encontraron en dicha situación. De la misma forma, en el momento del pago de la media paga extraordinaria efectuado, durante el mes de septiembre último, la empresa, en contra de lo que había



venido haciendo reiteradamente en los años anteriores, no ha satisfecho en su integridad el importe de la misma a quienes habían estado o estaban aún en dicha situación de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, y les ha reducido la parte proporcional del tiempo durante el que han permanecido en dicha situación.- conforme-

7º. - Damos por reproducido el contenido de los descriptores 57 a 60 consistentes en diagnóstico sobre igualdad en la empresa, Plan de Igualdad, Memoria sobre Igualdad, y solicitud de renovación del distintivo de igualdad.

8º.- La empresa viene aplicando política llamada horizonte 2020 cuyos objetivos son: digitalización, simplificación, responsabilización, cliente en el centro, consecuencia de ello se produce centralización, digitalización de nómina y gastos. En mayo de 2018 se decide por la dirección de la empresa, ajustar las retribuciones de los trabajadores que han causado baja por maternidad, paternidad, y riesgo durante el embarazo o lactancia de forma que la retribución anual por todos los conceptos que viniesen percibiendo los trabajadores por todos los conceptos- salario, prestaciones de seguridad social y complemento de las mismas, no fuese superior a las que hubieran percibido de encontrarse trabajando, y a tal fin se decidió por los Jefes de Personal de los distintos centros regularizar la situación con efectos de 1 de enero de 2018 a través de las gratificaciones extraordinarias, decisión ésta de la que no se informó a la RLT- testifical de la empresa-.

9º. - Se ha celebrado intento de mediación ante el SIMA".

CUARTO.- Con fecha 22 de noviembre de 2018 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "Con ESTIMACIÓN de la demanda deducida por UGT y CCOO, a la que se han adherido CGT, CSI-F y USO, frente a DIRECCION004 , ESK, ELA y LAB, declaramos el derecho de todos los trabajadores de la empresa demandada a la percepción íntegra de las pagas extraordinarias de julio, septiembre y navidad en los supuestos en los que durante su devengo o percepción hubieran tenido suspendido el contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, y condenamos a la empresa a estar y pasar por dicho pronunciamiento y, a pagar a los trabajadores que en el momento del devengo de las pagas extraordinarias de julio de 2018 y septiembre de 2018 se encontraron de baja por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, al pago de la diferencia entre el importe íntegro de dichas pagas extraordinarias y la cantidades que les han sido abonadas en el momento del pago de las mismas."

QUINTO.- 1.- En el recurso de casación formalizado por la empresa demandada se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Con fundamento en el artículo 207 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LRJS.

Segundo.- Con fundamento en el artículo 207 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se pretende la supresión del contenido actual del hecho probado quinto, y la redacción del mismo en los siguientes términos: "El día 2-7-1998, como fruto de la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores, entró en vigor un documento denominado "Modelo de Homogeneización de nómina", cuyo contenido obra en el descriptor 56, y en cuyo apartado 2.7 se regula el "Tratamiento de las situaciones legales de IT/Maternidad y Desempleo"; en dicho apartado se establece expresamente que "Se aplicarán a los devengos la garantía correspondiente conforme a lo acordado en el Convenio, obteniéndose el nivel salarial garantizado"

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la CMB, plasmada entre otras, en las sentencias de fechas 12 de julio de 2018, 15 de marzo de 2016 y 22 de septiembre de 2011, en relación con lo dispuesto en los siguientes artículos: (i) artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicable en el presente caso por mor de lo establecido en la Disposición Final Cuarta de la LRJS; (ii) 3.1. y 82.3. del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (iii) 1.254, 1.255, 1.281 y 1.287 del Código Civil, (iv) 4.2.c) y 28 del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Constitución Española.

2.- El recurso fue impugnado por la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores, la Federación de Industria de Comisiones Obreras, CGT, USO, y CSIF.

SEXTO.- Recibido el expediente judicial electrónico de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido considerar que el recurso debe ser declarado procedente.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si los trabajadores de la empresa demandada han ganado como condición más beneficiosa (CMB), el derecho a percibir íntegramente las pagas extraordinarias de julio, septiembre y navidad, en los supuestos en los que hayan tenido suspendido el contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, percibiendo las oportunas prestaciones de seguridad social.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 22-11-2018, estima en su integridad la demanda de **conflicto colectivo**; considera que efectivamente existe una CMB en los términos postulados por los demandantes; reconoce en toda su extensión el derecho reclamado, y condena a la empresa a pagar las cantidades correspondientes a las pagas extraordinarias de julio y septiembre de 2018.

2.- El recurso de casación de la empresa se articula en tres diferentes motivos.

El primero se acoge a la letra c) del art. 207 LRJS. Denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, a la que imputa falta de coherencia y de congruencia interna, al aplicar un razonamiento y alcanzar una conclusión contraria a la doctrina del TS en la que dice sustentarse.

El motivo segundo se vehicula por el cauce de la letra d) art. 207 LRJS, para interesar la revisión del hecho probado quinto.

El tercero motivo se formula al amparo de la letra e) de ese mismo precepto legal. Denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que cita, así como de los arts. 217.2 LEC; 3.1 y 82.3 ET; 1.254, 1.255, 1.281 y 1.287 del Código Civil; 4.2 c) y 28 ET y 14 CE, para sostener que corresponde a los demandantes la carga de probar la existencia de una CMB, y que en el caso de autos no concurren los presupuestos y requisitos que la doctrina jurisprudencial exige a tal efecto.

SEGUNDO. 1- El primer motivo dice sustentarse en la letra c) del art. 207 LRJS, pero lo que en realidad plantea es una cuestión que afecta al fondo del asunto, en tanto que lo alegado es que la

sentencia habría errado al aceptar la existencia de la CMB reclamada en la demanda, con base en la circunstancia de que la empresa haya venido abonando de manera ininterrumpida las pagas extraordinarias en su integridad a los trabajadores que se encontraban en cualquiera de las situaciones a las que se refiere el litigio, sin tener en cuenta que esa actuación se hubiere o no producido con la voluntad empresarial de atribuir ese derecho.

La empresa niega que hubiere actuado con voluntad e intención de reconocer a los trabajadores esa CMB, y por este motivo entiende que la sentencia es contradictoria e incongruente, al reflejar la doctrina del TS en esta materia y concluir seguidamente que de la actuación empresarial se desprende la existencia de la CMB.

2.- No son necesarias mayores explicaciones para constatar que esta alegación se refiere el fondo del asunto, y que se corresponde en realidad con un alegato sobre la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y doctrina jurisprudencial que se denuncia en el último de los motivos del recurso, formulado al amparo de la letra e) art. 207 LRJS.

Y así viene en admitirlo la propia recurrente, al solicitar expresamente que la estimación del motivo no comporte la declaración de nulidad de la sentencia, sino que se acoja en su integridad el recurso con desestimación de la demanda.

Deberemos por lo tanto resolver esta alegación de manera conjunta con el motivo tercero del recurso.

TERCERO. 1.- El motivo segundo interesa la modificación del hecho probado quinto, para resaltar que el documento denominado "Modelo de homogeneización de nómina", al que se refiere dicho ordinal, es fruto de la negociación entre la empresa y la RLT, y para reproducir una parte de su contenido en la alusión que contiene a la garantía del nivel salarial del Convenio **Colectivo**.

Pretensión que no ha de ser acogida, por cuanto el propio hecho probado ya se remite en su integridad al contenido de dicho documento, lo que hace innecesario transcribir una u otra parte del mismo en la resultancia fáctica, sin que las matizaciones que quiere introducir la recurrente tengan la menor trascendencia en la resolución del asunto.

La literalidad del documento y de los convenios **colectivos** es incuestionable, siendo innecesario insistir en la específica previsión convencional que impone como criterio general que el pago del complemento de la prestación de IT no puede significar en ningún caso que se cobre más estando de baja que trabajando, que,



como bien informa el Ministerio Fiscal, es un dato indiscutido que aparece sistemáticamente en los diferentes Convenios **Colectivos** de aplicación en los centros de trabajo de la empresa.

2.- El análisis de dicho documento y los efectos jurídicos que se deriven del mismo, pueden llevarse perfectamente a cabo sin que sea necesario resumir de una u otra forma su contenido en el relato de hechos probados.

CUARTO. 1.- La resolución del último motivo del recurso exige partir de la consolidada doctrina de esta Sala IV en materia de CMB.

Como recuerda la STS 21/12/2017, rec. 119/2016, lo decisivo para apreciar la concurrencia de una CMB "es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que para su acreditación no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute ya que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador (SSTS de 7 de julio de 2010 rec. 196/09 y de 22 de septiembre de 2011, rec. 204/10)"; de manera que no sería suficiente "la repetición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio (SSTS 3 de noviembre de 1992, Rec. 2275/91; de 7 de junio de 1993, Rec. 2120/92; de 8 de julio de 1996, Rec. 2831/95 y de 24 de septiembre de 2004, Rec. 119/03, entre otras)".

De lo que se desprende, que lo verdaderamente relevante para sostener la existencia de una CMB, es que "se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), 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" (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) 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" (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996)".

En el mismo sentido, la STS 9/4/2019, rcud. 2661/2016, señala que " hemos venido diciendo que: a) La condición más beneficiosa requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por "un acto de voluntad constitutivo" de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo; b) Lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, por lo que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador; y c) Reconocida una CMB, la misma se incorpora al nexo contractual e impide poder extraerla del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c) ET- y por lo tanto mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (así, entre tantas, SSTS de 4 de marzo de 203 -rec. 4/12-; de 16 de septiembre de 2015 -rec. 330/14; de 21 de abril de 2016 -rcud 2626/14-; de 12 de julio de 2016 -rec. 109/15- y de 19 de julio de 2016 -rec. 251/15-)."

2.- La resolución del caso de autos debe sujetarse a esos mismos parámetros, con base en los siguientes hechos y elementos de juicio:

A) La empresa demandada es una multinacional que ocupa a un total de 7.500 trabajadores. Dispone de varios centros de trabajo en distintas CCAA, en los que resultan de aplicación diferentes convenios **colectivos**.

B) Desde que se instaló en España en la década de 1970, y a partir del momento en el que cada una de las situaciones a las que afecta el litigio están incluidas dentro de las prestaciones del sistema de seguridad social, ha venido abonando en su integridad el importe de las pagas extraordinarias a todos los trabajadores de su plantilla que durante el periodo de su devengo se encontraban en suspensión del contrato de trabajo por cualquiera de esos motivos. Así lo ha hecho, desde los años 70 en los supuestos de baja por maternidad, y posteriormente por paternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, con independencia de cual fuere el centro en el que prestaban servicios y el convenio **colectivo** de aplicación.



C) La empresa viene obligada por convenio **colectivo** a mejorar esas mismas prestaciones de seguridad social hasta la totalidad del salario, con lo que el pago íntegro de las pagas extraordinarias da lugar a que, en algunos casos, haya trabajadores que perciban en concepto de pagas extraordinarias una cantidad superior a la que les hubiere correspondido de haber trabajado en durante el periodo de devengo.

D) En fecha 2-7-1998 publica el documento denominado "Modelo de homogenización de nómina", relativo al complemento de la prestación de maternidad hasta el 100 por 100 del salario real, sin que esto suponga una alteración en el sistema de retribución las pagas extraordinarias que continúa abonando en su integridad.

E) En el mes de mayo de 2018 se decide por la dirección de la empresa, ajustar las retribuciones de los trabajadores en situación de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y lactancia, con efectos de 1 de enero de 2018, de forma que la retribución anual por todos los conceptos salariales, y de prestaciones y complementos de seguridad social, no resulte superior a las que hubieren percibido de encontrarse trabajando. A tal efecto, procede a minorar el importe de las pagas extras a partir del mes de julio de 2018, a todos los trabajadores que durante el periodo de su devengo se encontraban en alguna de tales situaciones, sin haber informado previamente de esta decisión a la RLT.

F) La empresa viene aplicando una política denominada horizonte 2020, entre cuyos objetivos se encuentra la centralización y digitalización de nóminas y gastos.

3.- En estas circunstancias, lo que la empresa sostiene es que esa práctica de abonar íntegramente las pagas extraordinarias a los trabajadores que se encuentran en alguna de tales situaciones, es fruto de un simple error en la confección de las nóminas a partir de aquel documento de julio de 1998, que habría sido detectado en el año 2018 con la implantación del nuevo modelo de gestión digitalizada.

Niega que esa actuación sea reveladora de una voluntad empresarial de reconocer un derecho superior a las previsiones legales y convencionales, y que haya generado por lo tanto una CMB.

Apoya su línea de defensa en dos concretas alegaciones.

De una parte, que corresponde a los trabajadores la carga de probar que efectivamente ha existido una voluntad empresarial de incorporar ese beneficio al nexo contractual.

Sobre esta idea se construye básicamente el recurso, para insistir, con reiteración, que los demandantes no habrían acreditado la existencia de una real y verdadera voluntad empresarial de atribuir ese derecho como CMB, y que la sentencia de instancia se equivoca en este extremo, al concluir que los hechos evidencian la voluntad de la empresa de reconocer ese derecho por encima de lo previsto en la normativa de aplicación.

Por otra parte, afirma que la actuación consistente en abonar en su integridad las pagas extraordinarias desde la década de los años 70 hasta el año 2018, es únicamente fruto de un error en la confección de las nóminas que fue descubierto en el momento de llevar a cabo su digitalización.

En este particular insiste en el argumento de que lo pactado en la negociación colectiva con los RLT tan solo le obligaba a complementar las prestaciones de seguridad social, hasta garantizar el mismo nivel salarial que tuvieren los trabajadores en activo, pero sin atribuirles en ningún caso un salario superior al que percibirían si estuvieren trabajando.

Razona seguidamente, que el error consiste en que se introdujeron en el sistema informático de elaboración y gestión de nóminas unos parámetros de cálculo que no han contemplado la circunstancia de que los trabajadores que están en las situaciones de maternidad, paternidad, o riesgo durante el embarazo o lactancia materna, y tienen un salario mensual inferior a la prestación de seguridad social, ya perciben de manera anticipada, a través de tales prestaciones, una parte de la paga extraordinaria incluida en la base de cotización al 100% del mes anterior.

QUINTO. 1.- Nos enfrentamos de esta forma al complejo problema que supone determinar la existencia de una CMB, en aquellas situaciones en las que una actuación unilateral de la empresa se ha venido reiterando durante un periodo temporal especialmente extenso y dilatado, durante el que ha reconocido a los trabajadores un derecho superior a los que imponen las previsiones legales y convencionales de aplicación.

De acuerdo con la doctrina que hemos transcrito, no basta por sí sola la mera repetición o persistencia en el tiempo de esa actuación empresarial, que bien podría no ser suficiente para acreditar la existencia de una CMB cuando se debe exclusivamente a una mera liberalidad, pudiere calificarse como un acto de simple tolerancia, o bien ser fruto de un error carente de eficacia jurídica para desplegar efectos vinculantes de futuro.

Lo decisivo es constatar la existencia de una voluntad inequívoca de la empresa de conceder ese derecho o beneficio, que pase a integrarse en la relación contractual a favor de los trabajadores como una CMB.



Para determinar si efectivamente concurre esa voluntad habrá de estarse a las particulares circunstancias de cada supuesto concreto; en función de la naturaleza, características y contenido de la propia CMB en discusión; de la actuación de una y otra parte, y, en fin, de cualquier otro hecho o dato relevante para discernir cual pudiere haber sido la verdadera y real intención de la empresa.

En esa tesitura, a los trabajadores les corresponde la carga de probar los elementos de juicio que apunten a la existencia de esa inequívoca voluntad empresarial.

A la empleadora, la de demostrar que su actuación pudiere constituir una simple liberalidad, un acto de tolerancia, o ser consecuencia de un error, y que es en todo caso ajena a cualquier intención, expresa o tácita, de otorgar un derecho superior a los que le son legalmente exigibles.

2.- En el presente supuesto encontramos que la empresa, desde el mismo instante en el que inicia su actividad en España en la década de 1970, ha venido abonando en su integridad el importe de las dos pagas y media a todos los trabajadores que hubieren estado en situación de maternidad durante el periodo de su devengo, con independencia del centro de trabajo en el que pertenezcan y del distinto convenio **colectivo** que en tal consecuencia les pudiere resultar aplicable.

Este hecho ya denota que la voluntad de la empleadora no podía ser otra que la de implementar desde el primer momento una determinada política retributiva en esta materia, porque en caso contrario resulta difícil entender que no se hubiere limitado a reconocer a los trabajadores los derechos que estrictamente les correspondieren. No cabe admitir que ya desde el inicio de su actividad en España pudiere haber incurrido en alguna clase de error al respecto, manteniéndolo indefinidamente en el tiempo a partir de esa fecha.

Resulta además que esa práctica se reitera y se mantiene a lo largo de muchos años, prácticamente cincuenta, hasta enero de 2018, de manera dinámica, haciéndose extensiva a todas las diferentes prestaciones de seguridad social que progresivamente se van incorporando en nuestro ordenamiento jurídico en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo vinculadas a la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve años, sin que en ningún momento se hubiere revisado a la entrada en vigor de cada una de ellas.

No estamos por consiguiente ante una mera y simple liberalidad que pudiere haberse aplicado de manera residual, esporádica o circunstancial, sino ante una actuación generalizada, dirigida a todos sus trabajadores, con independencia del centro de trabajo al que estuvieren adscritos y de los diferentes convenios **colectivos** aplicables, por parte de una empresa que cuenta con una plantilla especialmente numerosa, superior a 7.500 personas, y que dispone por consiguiente de recursos y medios humanos y técnicos más que suficientes para un adecuado asesoramiento jurídico sobre el alcance y extensión de las obligaciones laborales que le son exigibles.

Tampoco se trata de simple tolerancia ante un determinado comportamiento de los trabajadores, sino de una decisión pro activa que surge a iniciativa de la propia empleadora. No se limita a una pasiva y contemplativa respuesta frente a una cierta práctica o modo de actuar de los trabajadores, tácitamente consentida y permitida por la empleadora.

Ni puede finalmente considerarse como un error o equivocación en las nóminas.

No hay en los hechos probados la menor referencia a circunstancia alguna que pudiere sustentar la existencia de un error en la confección de las nóminas, como se alega en el escrito de recurso, y no puede aceptarse la tesis de que las nóminas vengán elaborándose erróneamente en los múltiples formatos, más o menos manuales, automatizados o digitalizados, que se hayan aplicado en la empresa desde la década de 1970 hasta el momento actual, y a partir de aquel documento del año 1998.

Y lo más relevante a este respecto, es que el argumento de la empresa para intentar demostrar la existencia de un error descansa sobre la idea de que no estaba obligada a abonar en su integridad las pagas extraordinarias, porque este derecho no quedaba recogido en los distintos convenios **colectivos** en los que se quiere garantizar el nivel salarial de cada trabajador, y en los que se incluye la específica cautela de que las mejoras de las prestaciones de seguridad social no podrían dar lugar a que en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo se perciban ingresos superiores a los que corresponderían de haber trabajado.

Argumento con el que se olvida que lo consustancial a todo a CMB es, precisamente, la inexistencia de una norma legal o convencional que imponga a la empresa el reconocimiento de ese derecho. No puede defenderse la existencia de un error, con el único alegato de que la norma convencional no contemplaba ese derecho o beneficio, lo que sería tanto como admitir la concurrencia de un error en toda clase de CMB.



Es obvio y evidente que los convenios **colectivos** no imponen a la empresa esta obligación, puesto que de hacerlo no estaríamos entonces en el territorio jurídico de la CMB, sino en el estricto cumplimiento de las previsiones convencionales.

Si la CMB supone una mejora por encima de lo previsto en la Ley y de lo pactado en la negociación colectiva, no puede invocarse esta misma circunstancia como único argumento para justificar un supuesto error de la empresa, cuando esa misma forma de actuación se ha venido prolongando en el tiempo durante casi 50 años.

Podría admitirse esa alegación en situaciones especiales de incertidumbre jurídica, vinculadas a la renovación o modificación de lo acordado en convenios **colectivos** y pactos de empresa, de una novación en el ámbito funcional del convenio aplicable, o a cualquier otra circunstancia de índole similar, en los que la empresa pudiere haber incurrido, transitoriamente y durante un determinado periodo de tiempo, en alguna clase de error a la hora de aplicar esas nuevas previsiones convencionales.

Pero no puede calificarse como error la reiteración de una práctica empresarial desde la década del año 1970, que pretende justificarse con el argumento de que los convenios **colectivos** de empresa no contemplan ese beneficio, si la CMB consiste, precisamente, en otorgar un derecho superior a los que impone la negociación colectiva.

3.- Abunda en la existencia de una inequívoca voluntad empresarial de reconocer ese beneficio, el hecho de que no hubiere rectificado definitivamente esa actuación tras la publicación de aquel documento de 2-7-1998, denominado "Modelo de homogeneización de nómina", que justamente versaba sobre el complemento de la prestación de maternidad hasta el 100 por 100 del salario real, como hasta esa fecha venía haciendo con las prestaciones de IT.

Contra la interpretación de la empresa, la publicación de ese documento y la puesta en marcha del modelo de nómina que del mismo se desprende, podría haber sido el momento para aclarar definitivamente la cuestión, en el caso de que por su parte se hubiere entendido que se estaba produciendo un error en la confección de las nóminas. Pero lo que en realidad sostiene, es que tras la publicación de aquel documento el supuesto error consiste en seguir abonando íntegramente las pagas extraordinarias, pese a que el convenio **colectivo** únicamente obligaba a garantizar el nivel salarial correspondiente a las retribuciones que se hubieren percibido de seguir en activo, respecto a lo que acabamos de indicar que no es justificación de un posible error, cuando esa misma práctica se mantiene durante los 20 años posteriores a la fecha de aquel documento.

Apuntala esta conclusión, el hecho de que la empresa ha aplicado de manera inalterable ese beneficio- iniciado en los años 70 con la prestación de maternidad-, tras la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de cada una de las nuevas prestaciones de seguridad social vinculadas a la protección del embarazo, la maternidad y la paternidad, haciendo extensivo el derecho a cada una de ellas a medida en que han entrado en vigor.

Es ya en el año 2018, con ocasión de la implementación de un nuevo sistema de gestión de nóminas, cuando la empresa aprovecha para suprimir unilateralmente ese derecho, sin acudir para ello a los procedimientos legales previstos a tal efecto para instar la oportuna MSCT conforme a lo previsto en el art. 41 ET .

4.- Nos queda por analizar el último alegato del recurso, con el que se sostiene que el reconocimiento de la CMB supondría una discriminación por trato desigual, respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo estuvieren suspendidos por otras causas distintas a las situaciones a las que afecta el litigio.

Pretensión que no puede ser atendida, pues como bien razona la sentencia de instancia, habría en todo caso una justificación objetiva y razonable de esa diferenciación, en la medida en que el **colectivo** de trabajadores a los que se les aplica la CMB se encuentra en una situación jurídica distinta de los que pudieren haber visto suspendido sus contratos de trabajo por motivos ajenos a la atención a las obligaciones derivadas de la maternidad y paternidad, cuya especial naturaleza y singular incidencia en la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, justifica perfectamente el distinto tratamiento jurídico aplicable a tal situación.

La CMB de la que tratamos afecta en su mayoría a mujeres trabajadoras, lo que la convierte además en mecanismo adecuado para favorecer el desarrollo de su vida laboral, convirtiéndose de esta manera en eficaz herramienta para mitigar por esta vía su histórica discriminación.

En definitiva, se trata de dos **colectivos** de trabajadores que no se encuentran en la misma situación jurídica, cuyo tratamiento diferenciado pudiere suponer una infracción del derecho a la igualdad de trato.

No es necesario una cita exhaustiva de la copiosa doctrina jurisprudencial al respecto, baste mencionar, por más reciente, la STC de 21-09-2020, nº 102/2020, en la que se recuerda y reitera que el principio de igualdad impone el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación, de forma que "Lo que prohíbe el principio de igualdad



son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados; luego, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos".

En el caso de autos concurre sin duda esa justificación objetiva, razonable y proporcionada, de la diferencia de trato entre las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad o riesgo para el embarazo y lactancia, respecto a las que puedan tener su origen en cualquier otra causa distinta.

SEXTO. Conforme a lo razonado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso y confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas.

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 DIRECCION004., contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2018, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en autos 280/2018, en demanda de **conflicto colectivo**, seguida a instancia de la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores y la Federación de Industria de Comisiones Obreras, a la que adhirieron posteriormente CGT, CSIF y USO, contra DIRECCION004.; ESK; ELA; y LAB, para confirmar en sus términos dicha sentencia y declarar su firmeza. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.