



Roj: **STS 6909/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6909**

Id Cendoj: **28079140012007101209**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2007**

Nº de Recurso: **92/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIANO SAMPEDRO CORRAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 6909/2007,**  
**STSJ CAT 5759/2006**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Octubre de dos mil siete.

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de CASACION interpuesto por el Letrado D. Federico Sánchez Canóvas, en nombre y representación de EISMANN, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 23 de mayo de 2006, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 8/2006, instado por la ahora recurrente.

Es parte recurrida el COMITE DE EMPRESA DE EISMANN, S.A. DE MERCABARNA EN BARCELONA y COMITE DE EMPRESA DE EISMAN, S.A. DE BADALONA-TERRASA, representada por el Letrado D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Adame Rubio.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La empresa EISMANN, S.A. formuló ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, demanda de CONFLICTO COLECTIVO, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: "1º Que el "salario real" a los efectos de lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio Colectivo de Comercio de Detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas, para los choferes repartidores debe estar integrado sólo por el "salario base", la "antigüedad", los importes que se abonen "a cuenta de convenio", si se abonan, y la "mejora voluntaria" que el empleado pueda tener. 2º Que, en consecuencia, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio Colectivo de Comercio de detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas, se declare, en cuanto a la "prima reparto", "plus dedicación", "plus de peligrosidad" y "bonus /no accidente" que la fórmula de abono establecida, en los períodos mensuales o semestrales, ya incluye la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, y se declare, en cuanto a la "media dieta", el carácter extrasalarial pactado del concepto. Y, por ello, que se declare que, a efectos de abono de las gratificaciones extraordinarias para los chóferes-repartidores, no deben computarse ni la "prima reparto" ni el "plus dedicación", ni el "plus de peligrosidad", ni el bonus/no accidente, ni las "medias dietas"».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandas comparecidas, según consta en acta. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.



TERCERO.- Con fecha 23 de mayo de 2006, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimando la demanda de Conflicto Colectivo formulada por la empresa Eismann, SA, frente a los Comités de Empresa de los centros de trabajo de Mercabarna en Barcelona, y Badalona-Terrassa, en reclamación por Conflicto Colectivo; debemos absolver y absolvemos a los demandados de las pretensiones de la demanda."

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- La empresa Eismann, SA, con domicilio social en Barcelona, Mercabarna, Edificio Interfrisa, Transversal 12, núm. 45, formula demanda de conflicto colectivo, frente a los Comités de Empresa de los Centros de Trabajo de Mercabarna en Barcelona y Badalona-Terrassa. SEGUNDO.- La empresa Eismann, SA se dedica a la venta al menor de productos congelados, mediante entrega domiciliaria de sus productos. A tal efecto cuenta con una plantilla de chóferes-repartidores en la provincia de Barcelona que entregan los productos previamente comprados por la clientela, siendo éstos aproximadamente 118 empleados, a los que afecta la presente demanda de conflicto colectivo. En la provincia de Barcelona, la empresa tiene tres centros logísticos de reparto: Barcelona, Terrassa y Badalona. Los dos últimos centros de trabajo tienen un órgano de representación intercentros. TERCERO.- Las relaciones laborales se rigen por el Convenio Colectivo de Comercio de Detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas (DOG. núm. 4285, de 22 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona). CUARTO.- El art. 7 del Convenio Colectivo establece la estructura salarial, señalando que las «retribuciones» serán las que figuran en el anexo salarial para cada una de las categorías profesionales del mismo». Las tablas salariales incluyen exclusivamente el salario base, plus transporte y la antigüedad; asimismo el art. 9 establece tres gratificaciones extraordinarias. QUINTO.- La empresa suscribió con el Comité de Empresa de Mercabarna, diversos acuerdos que regulan los complementos salariales:

1º. Complemento «PRIMA REPARTO». A través de éste se retribuye el volumen de trabajo del chófer-repartidor primando cada una de las entregas realizadas mediante el pago de un importe por cada entrega. Para 2005 está establecido un pago de 0,47 euros brutos por cada entrega realizada, siendo de 0,79 euros brutos si la entrega es a un cliente nuevo de la empresa y de 0,64 euros brutos si el cliente al que hay que entregarle el pedido está fuera de la ruta de trabajo habitual del chófer-repartidor. En el apartado cuarto de la cláusula adicional del contrato de trabajo individual, donde se regula dicho incentivo se dice expresamente que: «... atendida la naturaleza del citado complemento salarial y su fórmula de cálculo, se entiende comprendida dentro de la percepción por día trabajado y entrega realizada, la parte proporcional en concepto de vacaciones, gratificaciones extraordinarias, indemnizaciones, festivos y descansos semanales». La vigencia y validez de esta cláusula ha sido ratificada colectivamente por la representación legal de los trabajadores en los acuerdos colectivos de 18 de diciembre de 1997, 1 de marzo de 2001 y 3 de junio de 2005, en los que, después de establecer la mejora en el valor del importe fijado por entrega, expresamente las partes negociadoras se remiten al texto del contrato de trabajo individual estableciendo «En todo lo demás sigue vigente el pacto contractual sobre la «PRIMA DE REPARTO».

2º. Complemento «PLUS DEDICACION». Con posterioridad a la regulación de la «PRIMA REPARTO», igualmente se estableció, sin incorporarla a los contratos de trabajo, un complemento denominado «PLUS DE DEDICACION» para el personal que presta servicios en el turno J-12. El importe por entrega es el mismo que la «PRIMA REPARTO», y se abona con teóricas entregas cuando las reales se hacen a partir de las 20 horas. Es decir, aún cuando cambia la denominación a efectos de identificación del origen del pago en la hoja de salarios (de hecho actualmente ya no se diferencia y está integrado dentro del concepto de prima de reparto), es igualmente una «PRIMA REPARTO» pues el sistema retributivo es el mismo, siendo la única diferencia que estamos ante una entrega ficticia que se remunera en función de los criterios establecidos y que seguidamente se exponen.

El criterio consiste en abonar el importe de un número adicionales teórico de 15 entregas si se sirven realmente más de 5 pedidos a partir de las 20 horas. Es decir, se abona en concepto de prima reparto un total de 15 entregas supuestamente realizadas, que no se han efectuado y se denominan en nómina «PLUS DEDICACIÓN».

3º. Complemento «BONUS DE NO ACCIDENTABILIDAD» o «BONUS/NO ACCIDENTE». Este complemento variable tiene carácter semestral, no mensual, pagadero en las hojas de salario de julio y enero, que prima la inexistencia de desperfectos en el vehículo y la ausencia de partes de accidentes. El importe puede oscilar en función de unos parámetros de cálculo.

4º. Complemento «PLUS DE PELIGROSIDAD». El artículo 38 del Convenio Colectivo del Sector, denominado «Disposición Adicional», dispone en su párrafo segundo : «Los chóferes-repartidores que además realicen tareas de cobro de los clientes, deberán negociar con su empresa un plus de peligrosidad que les compense por esta función». Atendido que los chóferes-repartidores de esta empresa realizan funciones de cobro, se pactó



con la representación legal de los trabajadores, por acuerdo de 1 de marzo de 2001, en su pacto 1º, TERCER AÑO, PUNTO 1º, y con vigencia a partir del 1 de marzo de 2003, que: «... se abonará un importe de 60.000, ptas.. brutas en cómputo anual en concepto de PELIGROSIDAD, a razón de 5.000, ptas.. brutas mensuales (12 pagos) siempre y cuando se hayan trabajado el total de días laborales del mes, abonándose en caso de permisos remunerados y descontándose en caso de ausencias no remuneradas o injustificadas».

Se estableció un importe anual, fijándose por las partes una distribución en doce pagos.

5º. Igualmente, por acuerdo de 18 de diciembre de 1997, se acordó una «DIETA» en los siguientes términos:

«Se acuerda, para el personal que realiza la función de CHOFER-REPARTIDOR, que trabaja a jornada completa y continúa, entendido lo prolongado de su jornada y su horario, el pago de la cantidad de 800,- ptas.. brutas por día trabajado en concepto de media dieta, y que en nómina se denominará DIETA. Este pacto se acuerda por pactar, asimismo, las partes que el tiempo destinado a comida no supone ni prestación de servicio efectivo ni tiempo de presencia, considerándose en cualquier caso que se está ante una jornada continuada con descansos pactados en cuanto su duración para realizar la comida, que será de una hora para los que realizan el turno que se inicia a las 8 horas, en el que se comerá de 11 a 12 horas, y que será de dos horas para los que realizan el turno que se inicia a las 11 horas, en el que se comerá de 16,30 a 18,30 horas. Dicho importe se abonará a partir del 1 de marzo de 1998.

Durante los meses de enero y febrero de 1998, transitoriamente, también en concepto de DIETAS y para el mismo colectivo de repartidores, se acuerda abonar 5.000 ptas. brutas mensuales.

A las cantidades resultantes, que se abonarán en nómina bajo la denominación «DIETA», se le practicarán las retenciones por I.R.P.F. y cuota obrera vigentes en cada momento.

SEXTO.- Además, se establece como complemento extrasalarial, un «QUEBRANTO DE MONEDA», regulado en el acuerdo colectivo de 1 de marzo de 2001 que, en su punto 1.1 de cada año establece el importe en cómputo anual y que después se acuerda dividir en 11 pagos, excluyendo el mes de vacaciones. También, determinado personal no concretado, percibe en la hoja de salarios una «MEJORA VOLUNTARIA» y, cuando procede, el pago de un «A CUENTA CONVENIO». SÉPTIMO La empresa desde que abona los referidos complementos, al abonar las gratificaciones extraordinarias no ha incluido en éstas los distintos complementos que ha ido pactando en función de distintos acuerdos. OCTAVO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Barcelona, de fecha 26 de marzo de 2004, dictada en los autos 990/2003, en reclamación por conflicto colectivo, en el que se discutía si en los períodos de incapacidad temporal la empresa ha de complementar el subsidio hasta el 100% del salario establecido en el Convenio Colectivo, o bien hasta el salario superior realmente abonado en virtud de un pacto de empresa, recogido en los contratos de trabajo, que establece comisiones que no constan en el Convenio; se desestimó la demanda. Recurrida la referida sentencia en Suplicación, esta Sala por sentencia de fecha 1 de octubre de 2004 desestima el recurso, y confirma aquélla. (Se dan por reproducidas ambas sentencias, obrantes a los folios 160 a 166 de los autos). NOVENO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Barcelona, de fecha 20 de mayo de 2005, en autos núm. 3/2005, ha declarado que los complementos cuestionados, deben estar incluidos en el importe a abonar como gratificaciones extraordinarias, declarando que sólo el quebranto de moneda y el plus de transporte, al tener carácter extrasalarial, no tienen que formar parte de la base de cálculo. No consta que la referida sentencia sea firme. DÉCIMO.- En fecha 16 de febrero de 2006, se intentó sin acuerdo la preceptiva conciliación ante la Secció de Relacions Col.lectives del Departament de Treball i Indústria de la Generalitat de Catalunya."

QUINTO.- Preparado el recurso de Casación por EISMANN, S.A., formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2006; en él se consignan los siguientes Motivos:

"PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 205.e) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia infracción, por no aplicación, de los pactos 4.-, último párrafo y 9.- del acuerdo de 18 de diciembre de 1997 (hecho probado quinto, último párrafo) y pacto 4.- del acuerdo de 1 de marzo de 2001 (hecho probado quinto, último párrafo), y pacto 4.- del acuerdo de 3 de junio de 2005 (hecho probado quinto, último párrafo), que ratifica colectivamente la cláusula adicional segunda en su apartado cuarto del contrato de trabajo (hecho probado quinto, segundo párrafo), e interpretación errónea del artículo 9 del Convenio Colectivo de Comercio de Detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas (D.O.G. nº 4285, de 22 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona), así como infracción por no aplicación de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, en lo que se refiere a la inclusión dentro del importe a abonar como salario real de las gratificaciones extraordinarias el promedio de lo percibido en concepto de "PRIMA REPARTO". Asimismo se consideran infringidos los artículos 3.1, 1196 y 1202 del Código Civil.



SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 205.e) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia infracción, por no aplicación, de los pactos 4.º, último párrafo y 9.º del acuerdo de 18 de diciembre de 1997 (hecho probado quinto, punto 1.º, último párrafo) y pacto 4.º del acuerdo de 1 de marzo de 2001 (hecho probado quinto, punto 1.º último párrafo), y pacto 4.º del acuerdo de 3 de junio de 2005 (hecho probado quinto, punto 1.º último párrafo), que ratifica colectivamente la cláusula adicional segunda en su apartado cuarto del contrato de trabajo (hecho probado quinto, punto 1.º párrafo segundo), de aplicación por ser el "PLUS DEDICACION" (hecho probado quinto, en su punto 2.º) una derivación de la "PRIMA REPARTO" (se declara probado que actualmente está integrado en dicho concepto) en cuando a su funcionamiento en la medida que son entregas ficticias siendo de aplicación el sistema retributivo de la citada prima reparto, por lo que consideramos infringido por no aplicación el propio pacto verbal que crea este concepto y consta probado en el hecho declarado probado quinto, en su punto 2.º, e interpretación errónea del artículo 9 del Convenio Colectivo de Comercio de Detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas (D.O.G. n.º 4285, de 22 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona), así como infracción por no aplicación de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, en lo que se refiere a la inclusión dentro del importe a abonar como salario real de las gratificaciones extraordinarias el promedio de lo percibido en concepto de "PLUS DEDICACION". Asimismo se considera infringido el artículo 3.1 del Código Civil.

TERCERO.- Al amparo del artículo 191, apartado c), del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, se denuncia infracción por no aplicación, de los pactos 4.º, último párrafo y 9.º del acuerdo de 18 de diciembre de 1997 (hecho probado quinto, punto 1.º, último párrafo) y pacto 4.º del acuerdo de 1 de marzo de 2001 (hecho probado quinto, punto 1.º último párrafo), y pacto 4.º del acuerdo de 3 de junio de 2005 (hecho probado quinto, punto 1.º último párrafo), que ratifica colectivamente la cláusula adicional quinta, punto 2.º de los contratos de trabajo (hecho probado quinto, punto 3.º), e interpretación errónea del artículo 9 del Convenio Colectivo de Comercio de Detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas (D.O.G. n.º 4285, de 22 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona), así como infracción por no aplicación de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, en lo que se refiere a la inclusión dentro del importe a abonar como salario real de las gratificaciones extraordinarias el promedio de lo percibido en concepto de "BONUS/NO ACCIDENTE". Asimismo se denuncia infracción del artículo 3.1 del Código Civil.

CUARTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 205.e) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia infracción por no aplicación, del pacto 1.º, apartado TERCER AÑO, punto 1.º, del acuerdo de 1 de marzo de 2001 (hecho probado quinto, punto 4.º párrafo segundo), en relación con el artículo 38 del Convenio Colectivo que seguidamente se cita, e interpretación errónea del artículo 9 del Convenio Colectivo de Comercio de Detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas (D.O.G. n.º 4285, de 22 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona), así como infracción por no aplicación de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, en lo que se refiere a la inclusión dentro del importe a abonar como salario real de las gratificaciones extraordinarias el promedio de lo percibido en concepto de "PELIGROSIDAD", Asimismo se denuncia infracción del artículo 3.1 del Código Civil.

QUINTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 205.e) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia infracción por no aplicación, del pacto 7.º del acuerdo de 18 de diciembre de 1997 (hecho probado quinto, punto 5.º) y del pacto 1.º, apartado PRIMER AÑO, punto 2.º, del acuerdo de 1 de marzo de 2001 (hecho probado quinto, punto 1.º, último párrafo), e interpretación errónea del artículo 9 del Convenio Colectivo de Comercio de Detallistas de Alimentación y establecimientos polivalentes, tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas-lecherías y legumbres cocidas (D.O.G. n.º 4285, de 22 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona), así como infracción por no aplicación de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, en lo que se refiere a la inclusión dentro del importe a abonar como salario real de las gratificaciones extraordinarias el promedio de lo percibido en concepto de "MEDIA DIETA". Asimismo se denuncia infracción del artículo 3.1 del Código Civil, así como infracción, por aplicación indebida, del artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores e infracción, por no aplicación, del artículo 26.2 del citado Estatuto de los Trabajadores.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas, y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de declarar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo, que ha tenido lugar el 18 de septiembre de 2007.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente recurso de casación ordinaria tiene su origen en el artículo 9 del Convenio Colectivo de Detallistas de Alimentos y establecimientos polivalentes tradicionales y en régimen de autoservicio hasta 120 metros cuadrados, charcuterías, mantequerías, lecherías, granjas lecherías y legumbres cocidas (DOG 4285, de 22 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona), y se refiere a los conceptos que deben integrar las tres gratificaciones extraordinarias que establece el Convenio Colectivo: "marzo (beneficios), junio y Navidad".

El citado artículo 9 del Convenio Colectivo dispone que estas tres gratificaciones "se abonarán a salario real". La empresa sostiene, en su demanda, que dicha norma convencional debe ponerse en relación con la posterior celebración de pactos individuales y colectivos, en virtud de los cuales se han creado conceptos fuera del Convenio, consensuándose fórmulas de abono sobre los nuevos conceptos que son: "prima de reparto", "plus dedicación", "plus de peligrosidad" y "bonus no accidente", y un nuevo concepto extrasalarial como "dieta".

El artículo 7 del Convenio determina la estructura salarial de la empresa, remitiéndose al anexo en el que figura el "salario base" y la "antigüedad" como conceptos salariales y un "plus de transporte", como suplido o como complemento extrasalarial regulado en el artículo 30 del Convenio Colectivo, disponiéndose en el artículo 38 la creación negociada, en el seno de la empresa, de un plus de peligrosidad para el colectivo de chóferes-repartidores que cobran a clientes.

La sentencia, hoy recurrida en casación ordinaria, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha estimado la pretensión actora declarando que los nuevos conceptos salariales mencionados deben satisfacerse a "salario real". Argumenta la sentencia recurrida, en síntesis, que "ha de significarse, que conforme al artículo 9 del Convenio Colectivo, las tres pagas extraordinarias deberán abonarse a "salario real", lo cual comporta la inclusión en ellas de todos los conceptos salariales, y no solamente las que incluye la empresa, a saber, salario base, la antigüedad, el complemento "a cuenta convenio" y la mejora voluntaria; sino también los otros conceptos que considera salariales: la prima reparto, plus dedicación, las dietas, el plus de peligrosidad y el bonus por no accidentalidad".

Frente a esta sentencia se ha interpuesto por la empresa el actual recurso de casación, en el que la recurrente "atendido que la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al desestimar la demanda ha considerado que los cinco conceptos deben abonarse en las gratificaciones extraordinarias, serán cinco los motivos del recurso, uno por cada concepto", dado que los pactos en que se sustenta el criterio empresarial son distintos".

SEGUNDO.- Debe seguirse en el examen del recurso un examen unitario y general del mismo, pues, como afirma el Ministerio Fiscal, "al ser idéntica la infracción alegada por la parte recurrente de cada uno de los motivos expuestos, se debe proceder a "contestar a los mismos en un único apartado, al requerir una común fundamentación cada uno de ellos". Esta consideración tiene apoyo, en la forma -no ciertamente tradicional- en que el recurrente construye su recurso, descomponiendo el sentido unitario de la controversia, en cuanto en el recurso no se debaten varios puntos, sino uno solo que es el referente a si los nuevos conceptos remuneratorios pactados extraconvenio sectorial deben ser o no incluidos en las tres gratificaciones de pagas extraordinarias; y ello, sin perjuicio, de matizar ciertos caracteres de los conceptos litigiosos.

Partiendo de esta consideración unitaria la adecuada resolución del asunto exige hacer las siguientes consideraciones:

1.- Es conveniente señalar que los nuevos conceptos retributivos no se fijan en el citado convenio colectivo sectorial, de 12 de diciembre de 2004 para la provincia de Barcelona, sino que su creación y regulación se hace, en primer lugar, en los contratos individuales de trabajo, en fórmula que luego se recoge, por remisión, en otros acuerdos colectivos extraestatutarios. Así, la creación del concepto salarial "prima de reparto" se regula en una cláusula adicional del contrato individual de trabajo, que literalmente dice: "... atendida la naturaleza del citado complemento salarial y su fórmula de cálculo, se entiende comprendida dentro de la percepción por día trabajado y entrega realizada, la parte proporcional en concepto de vacaciones, gratificaciones extraordinarias, indemnizaciones, festivos y descansos semanales". Esta cláusula ha sido ratificada colectivamente por la representación legal de los trabajadores en Acuerdos de 1997, 2001 y 2005, en los que, tras establecer la mejora en el valor de la cantidad fijada, las partes negociadoras se remiten al texto del contrato individual de trabajo.

2.- A partir de la anterior matización es de señalar que la cuestión a resolver tiene relación con el sistema de fuentes de la relación laboral. El artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, en su apartado 1 .b) establece como fuente del derecho laboral el convenio colectivo, y también, de una manera muy general, indica los mecanismos de integración de los Convenios Colectivos en las diversas fuentes de derecho. El poder normativo que es reflejo del principio de autonomía colectiva, no elimina la voluntad individual, que el repetido artículo 3 en



su letra c), atribuye al contrato individual de trabajo, de modo que, en principio pueden coexistir el convenio colectivo y el contrato individual de trabajo y no cabe confundir la autonomía colectiva con la autonomía individual, conforme ha hecho la sentencia impugnada.

El Convenio Colectivo Sectorial ha establecido la estructura salarial y los conceptos que deben integrarse en "las pagas extraordinarias", y la fuerza normativa del convenio se extiende únicamente a lo así convenido por las partes negociadoras. Pero fuera del ámbito del Convenio -primeramente a nivel de pacto individual, y luego, de acuerdo colectivo- se han fijado otros conceptos retributivos sobre los que, en principio, no se aplica el artículo 9 del Convenio a efectos de integrar las tres pagas extraordinarias en el "salario real". Ello deviene muy claro en los conceptos salariales extraconvenios de "prima de reparto", en el que se pacta que "atendiendo a la naturaleza del citado complemento y su fórmula de cálculo se entiende comprendida la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias". Igualmente cabe decir, respecto del "plus de dedicación", cuyo objeto es reconocer al chófer-repartidor el derecho a cobrar entregas, que son ficticias, como si fueran primas por reparto realmente efectuadas.

3.- En relación al bonus/no accidente es de destacar que este nuevo concepto retributivo que consiste en un incentivo cuya finalidad es premiar la inexistencia de desperfectos en el vehículo que utilizan los trabajadores-chóferes, se retribuye en periodo de seis meses, y que no consta una voluntad expresa en los pactos extraconvenio de que su importe se integre, vía de convenio colectivo, en las tres gratificaciones extraordinarias.

4.- Lo mismo cabe decir sobre el "plus de peligrosidad" que acordaron las partes negociadoras en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 del Convenio Colectivo sectorial. La fórmula utilizada en el acuerdo de fijar su importe en cuantía de "60.000 ptas brutas en cómputo anual", implica interpretación literal del artículo 1281, párrafo primero del Código Civil - que no puedan añadirse, en términos anuales, cantidades posteriores, que aumentarían esta cifra, lo que ocurriría si su cuantía se incluyera en la base de determinación de las gratificaciones extraordinarias.

5.- Finalmente, en lo referente a la inclusión de "media dieta" (un determinado importe que en nómina se denominará dieta) que se abonaría por día de trabajo, al margen de su naturaleza o no indemnizatoria, ninguna expresión contiene el pacto extraordinario, que lo creó, en el sentido de que su importe debiera integrarse en la base para hallar las gratificaciones extraordinarias a que se refiere el artículo 9 del Convenio Sectorial.

TERCERO.- En definitiva, pues, de lo anteriormente dicho se desprende que pueden coexistir la autonomía colectiva expresada en el Convenio Colectivo Sectorial litigioso y la autonomía individual proyectada en los pactos individuales de trabajo y extracolectivos y, que, consecuentemente, no se viola el artículo 9 del Convenio Colectivo Sectorial, cuando no se integra en el "salario real", que ha de servir de base para la fijación de la cuantía de las gratificaciones extraordinarias establecidas en el convenio sectorial, otros conceptos retributivos, nacidos fuera del convenio, sobre los que la voluntad de aquella que los concertaron, no hicieron indicación expresa para que se aplicara el artículo 9 del Convenio, máxime si se tiene en cuenta la manifestación acordada en contrario de algunos de ellos, y su propia naturaleza en todos.

En virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso y casar y anular la sentencia recurrida. Ello implica la estimación de la demanda y la consecuente declaración expresiva de que: a efectos de abono de las gratificaciones extraordinarias para los chóferes-repartidores, no deben computarse ni la prima reparto, ni el plus dedicación, ni el plus de peligrosidad, ni el bonus/no accidente, ni las medias dietas. Devolviendo a la parte recurrente el depósito para recurrir. Sin costas.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de CASACION interpuesto por el Letrado D. Federico Sánchez Canóvas, en nombre y representación de EISMANN, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 23 de mayo de 2006, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 8/2006, instado por la ahora recurrente. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y declaramos que a efectos de abono de las gratificaciones extraordinarias para los chóferes-repartidores, no deben computarse ni la prima reparto, ni el plus dedicación, ni el plus de peligrosidad, ni el bonus/no accidente, ni las medias dietas. Devuélvase a la parte recurrente el depósito para recurrir. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, 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. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ