



Roj: **STSJ AND 29/2013 - ECLI:ES:TSJAND:2013:29**

Id Cendoj: **41091340012013100029**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2013**

Nº de Recurso: **1922/2011**

Nº de Resolución: **324/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Rº 1922/11 MBA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL DE SEVILLA**

**Ilmos. Señores:**

**DÑA. ELENA DIAZ ALONSO: Presidenta**

**DÑA. Mª GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA**

**D. JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a treinta y uno de enero de dos mil trece.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 324/13**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Genaro contra la sentencia del Juzgado de lo Social número OCHO de los de SEVILLA, Autos nº 46/11 ha sido Ponente la Ilmta. Sra. Dª. Mª GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA, Magistrada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Según consta en autos se presentó demanda por Genaro contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. se celebró el Juicio y se dictó sentencia el 15/04/11 por el Juzgado de referencia en la que se desestimó la demanda.

**SEGUNDO** .- En la citada sentencia y como hechos probados constan los siguientes:

Primero.- D. Genaro , mayor de edad y con DNI NUM000 viene prestando servicios por cuenta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. desde el año 1990, con la categoría profesional de técnico superior senior. El día 6-9-1995 D. Genaro pasó a integrarse en la plantilla de TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES S.A. (actual TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.), manteniendo su antigüedad de 1990 y categoría profesional y pactándose lo siguiente:

En la cláusula sexta se establecía su retribución comprensiva de salario base de convenio, plus de disponibilidad y antigüedad.

En la cláusula séptima se estableció lo siguiente: "*asimismo, se reconoce a D. Genaro como complemento a título personal la cantidad de 672.952 pesetas, equivalentes a la diferencia entre el salario anual que percibía en Telefónica de España S.A., y el salario satisfecho por Telefónica Servicios Móviles S.A., según se detalla en*



la estipulación anterior. Este complemento se prorrateará en 14 pagas, tendrá carácter fijo, revalorizable en el mismo porcentaje en que lo sea el sueldo base y absorbible por los incrementos que se puedan producir en el futuro por la designación para algún cargo (o función gratificada) en Telefónica Servicios Móviles".

D. Genaro comenzó a percibir este complemento en septiembre de 1995 por importe mensual de 32.045 pesetas mensuales. En el año 1996 el importe de este complemento ascendió a 50.148 pesetas mensuales.

Segundo.- En julio de 1996 D. Genaro fue designado para ocupar un cargo con retribución adicional o función gratificada, momento en que dejó de percibir el complemento "a título personal". Se mantuvo en este cargo, hasta marzo de 2007, fecha en que cesó en el mismo, recuperando el derecho a percibir el complemento "a título personal" con efectos de abril de 2007.

D. Genaro ha percibido este complemento por los siguientes importes:

AÑO 2007: 169,27 euros mensuales.

AÑO 2008: 176,39 euros mensuales.

AÑO 2009: 177,28 euros mensuales.

AÑO 2010: 179,60 euros mensuales.

Desde agosto de 2007 D. Genaro ha venido dirigiendo correos electrónicos periódicos al responsable en materia de salarios y nóminas, solicitando la actualización del complemento "a título personal". Entre una y otra reclamación no ha transcurrido más de un año natural.

Tercero.- En julio de 2010 D. Genaro recibió de la empresa la cantidad de 6.765,00 euros en concepto de "gratificación única voluntaria" y que se corresponde a la actualización del complemento a título personal en el periodo julio 2007 a julio 2010.

A partir de julio de 2010 el complemento a título personal abonado a D. Genaro ha ascendido a 306,64 euros mensuales. en el año 2011 se ha actualizado a 314,29 euros mensuales.

Cuarto.- Reclama D. Genaro la aplicación sobre este complemento personal, y desde el año 1997 de un incremento anual idéntico al aplicado anualmente sobre el salario base y en los términos recogidos en el hecho 4º de la demanda que aquí se da por reproducido.

Ello supondría que en el año 2007 el complemento habría ascendido a 614.15 euros mensuales; en el periodo enero 2008 a julio de 2009 habría ascendido a la cantidad de 643,14 euros mensuales; en el periodo agosto a diciembre de 2009 habría ascendido a 647,64 euros; en el periodo enero a febrero de 2010 habría ascendido a 650,88 euros; en el periodo marzo a octubre de 2010 habría ascendido a 657,39 euros.

Por todo ello, reclama la cantidad total en el periodo abril 2007 a octubre de 2010 de 24.038,35 euros.

Quinto.- El día 25-11-2010 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto sin efecto el día 4-1-2011 el día 12-1-2011 se presentó demanda.

**TERCERO** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante que fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO** .- La sentencia de instancia desestimó la demanda inicial del proceso a través de la cual el actor reclamaba la cantidad de 24.038,35 euros, en concepto de diferencias entre lo percibido y lo debido percibir en concepto de complemento personal, por el período comprendido entre abril de 2007 y octubre de 2010, según el detalle de cálculo que se contiene en los hechos segundo, tercero y cuarto de la demanda.

Contra dicha sentencia interpone el actor recurso de suplicación, que se impugna de contrario por la empresa demandada conteniendo el recurso un único motivo formulado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy artículo 193 de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Social), en que denuncia la infracción del *Acuerdo de 6 de septiembre de 1995*, que, en su cláusula séptima, establece lo siguiente: "*asimismo se reconoce a D. Genaro como complemento a título personal la cantidad de 672.952 pesetas, equivalentes a la diferencia entre el salario anual que percibía en Telefónica de España, S.A., y el salario satisfecho por Telefónica Servicios Móviles, S.A., según se detalla en la estipulación anterior. Este complemento se prorrateará en las catorce pagas, tendrá carácter fijo, revalorizable en el mismo porcentaje en que lo sea el sueldo base y absorbible por los incrementos que se puedan producir en el futuro, por la designación para algún cargo (o función gratificada) en Telefónica Servicios Móviles.*"



Alega el recurrente que los términos del Acuerdo, referidos a la revalorización del complemento en el mismo porcentaje que el salario base son claros, y que, si se hubiera querido que el complemento se actualizara estrictamente conforme al IPC aplicado sobre el salario base, así se habría reflejado en el documento. Y añade que, para el caso de que se desestime la argumentación expuesta, subsidiariamente entiende que tampoco se ha actualizado el complemento personal conforme a los incrementos acordados en los últimos convenios de Telefónica Servicios Móviles, S.A. (IPC real), dado que, asumiendo que la intención de la cláusula sea la que afirma la sentencia de instancia, y aplicando las actualizaciones de sueldo que se han producido exclusivamente por la aplicación de los sucesivos convenios colectivos (IPC real) las diferencias no abonadas supondrían un total de 16.094,51 euros y, una vez deducida la cantidad de 6.765 euros ya abonada, de 9.329,51 euros, y se actualizaría al complemento personal en octubre de 2010 a 487,37 euros.

Así planteado el litigio hay que decir, en primer lugar, que la petición subsidiaria que se acaba de exponer se deduce ahora, por vez primera, en el escrito de recurso, por lo que, no puede ser tenida en consideración ni efectuarse respecto de ella pronunciamiento alguno por la Sala, al constituir una cuestión nueva. Como ha declarado la jurisprudencia ( STS 26-09-2001 , RJ 2002, 323) *"las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo."*

Sentado lo anterior, y entrando a resolver sobre la concreta infracción denunciada debe aclararse que el denominado Acuerdo de 6 de septiembre de 1995, no es tal sino el contrato de trabajo suscrito entre la aquí demandada TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A. y el actor, que procedía de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., y al que por dicha razón se le reconoció el período de servicios prestado para aquella empresa desde el 4/06/1990 y un complemento de antigüedad por importe de 61.273 Ptas., y también el complemento a título personal a que se refiere la cláusula Séptima antes transcrita, con cuya interpretación, efectuada por la Magistrada de instancia, se muestra disconforme el actor recurrente.

La cuestión a determinar es por tanto cual sea la correcta interpretación de la cláusula citada, si la dada por la Magistrada de instancia, consistente en que la cuantía del complemento salarial de que se trata sólo debe subir cuando suba el salario base por causa del IPC, o la pretendida por los actores recurrentes, conforme a la cual debe aumentar siempre que lo haga el salario base por cualquier circunstancia, no sólo por el IPC.

La sentencia de instancia se basó en la sentencia del TSJ de las Islas Baleares de fecha 12-6-2006 (AS 2006, 2074), que contemplaba un supuesto igual al aquí enjuiciado, de otros trabajadores de la misma empresa. En dicha sentencia la Sala, tras reconocer que la redacción de la cláusula octava (aquí cláusula séptima) de los respectivos contratos de los actores adolece de ambigüedad, argumenta que el uso y la costumbre son elementos útiles para aclarar las dudas interpretativas que suscitan los contratos, según reconoce el art. 1.287 del Código Civil , y que *"Conviene tener en cuenta, por ello, que en el ámbito laboral, al igual que en el de la Seguridad Social, la voz «revalorizar» suele usarse para denotar la mera actualización del valor de la partida pecuniaria, reservándose la de «incremento» o similares para expresar su aumento real. Cabe presumir por tanto que en el caso litigioso la palabra se utilizó con aquel significado preciso "*, concluyendo finalmente que *"La interpretación del pacto que defiende la empresa recurrente se acomoda, en fin, a la finalidad del repetido complemento personal. El importe concreto de esta partida se fijó en la diferencia entre el salario anual que cada uno venía cobrando en Telefónica España, SA, la empresa de procedencia, y el salario anual que satisfacía la nueva, Telefónica Servicios Móviles, SA El complemento se proponía, así pues, el objetivo de garantizar a los actores la integridad de sus ingresos anteriores, nada más, y si se hubiera querido asimilarlo al salario base se habría hecho . La cláusula debatida era, por tanto, una cláusula de mera protección, no de beneficio, y la condición absorbible del complemento lo ratifica. Y tal finalidad y alcance se verían sobrepasados de conferir al pacto el significado que la demanda aduce y que el juzgador de instancia le otorga."*

La Sala comparte y asume el criterio expuesto, que se mantiene también en la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana nº 3945/2007, de 11 de diciembre (AS 2008\740), referida como la anterior citada a un supuesto igual al que es objeto de estos autos, y en la que se razona que la finalidad que determinó la inclusión de la cláusula que se interpreta en el contrato era que los trabajadores procedentes de Telefónica de España SA percibieran la diferencia cuantificada y revalorizada conforme al IPC, para paliar la pérdida en sus retribuciones, y que este y no otro es el sentido que debe darse a dicha cláusula, cuya única finalidad era la de evitar la merma de las retribuciones como consecuencia del cambio empresarial.



En consecuencia, habiendo procedido la empresa, en julio de 2010, según se declara en el primer párrafo del hecho probado tercero, a abonar al actor la cantidad de 6.765,00 euros en concepto de "gratificación única voluntaria" que se corresponde con la actualización del complemento a título personal en el periodo julio 2007 a julio 2010, no cabe apreciar la concurrencia de la infracción denunciada y debe desestimarse el motivo y el recurso confirmando la sentencia impugnada.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Genaro contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Sevilla, en virtud de demanda por él presentada contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Asimismo se advierte que deberá adjuntar al escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante de pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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