

El TS fija cómo han de calcularse los periodos trabajados en una categoría superior para reclamar un ascenso

Se plantea en el recurso el cálculo de los periodos trabajados en superior categoría a los efectos de poder solicitar un ascenso. Tal y como ha venido sosteniendo la Sala, la consolidación de categoría está supeditada a lo que legal y convencionalmente se establezca en materia de ascensos.

También ha entendido que el mero desempeño de las funciones de superior categoría en el espacio temporal y por el tiempo que marca la Ley no implica necesariamente que se tenga que reconocer aquel si a tal efecto existe norma convencional que imponga más requisitos. El art. 39.2 del ET permite que el trabajador reclame el ascenso si desempeña funciones superiores por un periodo superior a seis meses en un año -más de la mitad de la actividad atendida en ese año- o más de ocho meses en dos años -más de un tercio de la desempeñada en esos dos años-. Así, por un lado, habrá que determinar las fechas a considerar como periodo anual de referencia, marco temporal que sirve para obtener el derecho que reconoce el art. 39.2 del ET; por otro, conocer los días de trabajo efectivo de ese lapso temporal, ya que dentro de esos días es cuando se pueden desempeñar esas superiores funciones. Teniendo los días de actividad efectiva en los años de referencia, se deben conocer los concretos días de encomienda de función de superior categoría.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 190/2024, de 29 de enero de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2748/2022

Ponente Excmo. Sr. MARIA LUZ GARCIA PAREDES

En Madrid, a 29 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Ávila Cava, en nombre y representación de Cobra Instalaciones y Servicios SA, contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de suplicación núm. 640/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 18 de enero de 2021, recaída en autos núm. 771/2019, seguidos a instancia de D. Carlos José frente a Cobra Instalaciones y Servicios SA, sobre reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido, D. Carlos José, representado por el letrado D. Clodoaldo Radames Corbella Ramos.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de enero de 2021, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero.- El demandante, don Carlos José, ha prestado servicios para la empresa demandada, Cobra Instalaciones y Servicios, SA, con antigüedad desde el 1 de diciembre de 2010 y categoría reconocida de Oficial de 1.ª A. Todo ello en virtud de contrato indefinido, a jornada completa. Resulta aplicable el convenio de Siderometalurgia e Instalaciones Eléctricas de Santa Cruz de Tenerife. No controvertido. Folios 1 a 3 del ramo de prueba de la parte demandada.

Segundo.- La empresa dispone de un acuerdo de mejora del convenio aplicable, fechado el 30 de julio de 2014. Este pacto establece en la cláusula quinta, 5.1 el plus de mando de brigada, diciendo

1.- Personal con categoría reconocida de Oficial 1º Mando de Brigada, se le abonará por día natural la cantidad de 4,93 euros brutos en el concepto denominado "Plus Mando de Brigada". Igualmente le será abonado en las Pagas Extraordinarias.

2. - El personal designado por el jefe de Obra para realizar eventualmente funciones de Mando Brigada, por cada día que ejerza dicha función se le abonará las cantidades de 4,10 euros /día por el concepto denominado "Complemento de Puesto Variable", en el parte de trabajo se consignara "PV". Se incrementará anualmente, según lo dispuesto por el Convenio Colectivo, como incremento para el año que corresponda, no aplicará revisión retroactiva sólo actualización. Para el abono de las cantidades descritas en los apartados 1 y 2 de este punto independientemente de asumir el control de trabajo de un grupo de oficiales o/y especialistas, también se responsabilizarán de la correcta cumplimentación de P.D.T, de forma que este cumplimentado en todas sus campos, que estén correctamente marcadas las unidades de obra en sus códigos de baremo y en sus cantidades, y que sea perfectamente legible. Se establece independiente a lo estipulado en los apartados 1 y 2 de este punto, al objeto de mejorar la productividad, para las personas que ejerzan de Mando de Brigada, tanto de forma continua como de forma temporal, un "Plus de Productividad" por importe de 3,8 euros por cada día efectivo de trabajo, que realicen dicha función y concurren las siguientes circunstancias, en el parte de trabajo se consignará "pp": No tener ningún incidente en materia de seguridad. No tener ningún incumplimiento en materia de jornada laboral (las horas que se establezcan en el calendario laboral, efectivas en el tajo).

En el supuesto de:

1.- Un incumplimiento leve en materia de seguridad durante el mes, dará lugar a reducir el importe devengado por este concepto (Plus de Productividad) en dicho mes, en un 50%. Dos incumplimientos leves originarán el no percibir el importe devengado por este concepto en el mes. Cualquier incumplimiento considerado como grave o muy grave durante el mes dará lugar a no percibir el importe devengado por este concepto en dicho mes.

2.- Un incumplimiento del horario, tanto de entrada como de permanencia en el tajo y salida del mismo, dará lugar a reducir el importe devengado en el mes por este concepto (Plus Productividad) en un 50%.

3. - Dos incumplimientos de horario, tanto de entrada como de permanencia en el tajo y salida del mismo, dará lugar a no percibir en dicho mes la totalidad del importe devengado en el mes. Folios 4 y siguientes del ramo de prueba de la empresa demandada.

Tercero.- Se elaboró informe por la Inspección de Trabajo el 11 de noviembre de 2019, cuyo contenido se da por reproducido. Folios 19 a 23 de las actuaciones.

Cuarto.- A don Carlos José se le ha reconocido en nómina la realización de funciones como mando de brigada en los siguientes días: - Enero de 2017: 11 días - Febrero de 2017: 10 días - Marzo 2017: 15 días - Abril de 2017: - Mayo de 2017: 18 días - Junio 2017: 17 días - Julio 2017: 19 días - Agosto 2017: 11 días - Septiembre 2017: 17 días - Octubre 2017: 20 días - Noviembre 2017: - Diciembre de 2017: 14 días - Enero de 2018: 18 días - Febrero de 2018: 14 días - Marzo 2018: 15 días - Abril de 2018: 15 días -

Mayo de 2018: 20 días - Junio 2018: 12 días - Julio 2018: 13 días - Agosto 2018: 14 días - Septiembre 2018: 9 días - Octubre 2018: 6 días - Noviembre 2018: 3 días - Diciembre de 2018: 6 días - Enero de 2019: 9 días - Febrero de 2019: 4 días - Marzo 2019: 3 días - Abril de 2019: 2 días - Mayo de 2019: 3 días - Junio 2019: 4 días - Julio 2019: 1 días Nóminas en folios 13 a 35 del ramo de prueba de la demandada y ramo de prueba de la parte actora.

Quinto.- En los partes de trabajo no constan las siglas "pp" o "pv", junto al nombre de Clemente. Consta, en ocasiones, "mv". Folios 36 y siguientes del ramo de prueba de la parte demandada. Sexto.- La forma habitual de rellenar los partes de trabajo es que cada trabajador rellena el propio, que debe entregar al final de la jornada y es revisado por el jefe de obra. Testifical de don Emilio.

Séptimo.- El convenio estatal de siderometalurgia realiza la clasificación profesional de los trabajadores encuadrados bajo su ámbito de aplicación en el artículo 32, conforme al cual: Grupo profesional 4 Criterios generales. Aquellos trabajadores/as que realizan trabajos de ejecución autónoma que exijan, habitualmente iniciativa y razonamiento por parte de los trabajadores y trabajadoras encargados de su ejecución, comportando bajo supervisión la responsabilidad de las mismas. Formación. Titulación equiparable a Bachillerato, ciclo formativo de grado medio o conocimientos equivalentes reconocidos por la empresa y/o formación en el puesto de trabajo o conocimientos adquiridos en el desempeño de la profesión. Comprende, a título orientativo, las siguientes categorías: a) Empleados: - Delineantes de 1.ª - Técnicos administrativos (Controller). - Técnicos laboratorio. - Técnicos organización. b) Operarios: - Encargados. - Profesional de oficio especial. Tareas.

Ejemplos.-En este Grupo profesional se incluyen a título enunciativo todas aquellas actividades que, por analogía, son asimilables a las siguientes:

1. Redacción de correspondencia comercial, cálculo de precios a la vista de ofertas recibidas, recepción y tramitación de pedidos y propuestas de contestación.
2. Tareas que consisten en establecer, en base a documentos contables, una parte de la contabilidad.
3. Tareas de análisis y determinaciones de laboratorio realizadas bajo supervisión, sin que sea necesario siempre indicar normas y especificaciones, implicando preparación de los elementos necesarios, obtención de muestras y extensión de certificados y boletines de análisis.
4. Tareas de delineación de proyectos sencillos, levantamiento de planos de conjunto y detalle, partiendo de información recibida y realizando los tanteos necesarios a la vez que proporcionando las soluciones requeridas.
5. Tareas de I + D de proyectos completos según instrucciones.
6. Tareas que suponen la supervisión según normas generales recibidas de un mando inmediato superior de la ejecución práctica de las tareas en el taller, laboratorio u oficina.
7. Tareas de gestión de compras de aprovisionamientos y bienes convencionales de pequeña complejidad o de aprovisionamiento de bienes complejos sin autoridad sobre los mismos.
8. Tareas que consisten en el mantenimiento preventivo y correctivo de sistemas robotizados que implican suficientes conocimientos integrados de electrónica, hidráulica y lógica neumática, conllevando la responsabilidad correspondiente dentro del proceso productivo.
9. Tareas de codificación de programas de ordenador e instalación de paquetes informáticos bajo instrucciones directas del analista de la explotación de aplicación informática.
10. Tareas de venta y comercialización de productos de complejidad y valor unitario.
11. Tareas de traducción, corresponsalía, taquimecanografía y atención de comunicaciones personales con suficiente dominio de un idioma extranjero y alta confidencialidad.

12. Tareas de regulación automática eligiendo el programa adecuado, introduciendo las variantes precisas en instalaciones de producción, centralizadas o no, llevando el control a través de los medios adecuados (terminales, microordenadores, etc.)
13. Ejercer mando directo al frente de un conjunto de operarios/as que recepcionan la producción, la clasifican, almacenan y expiden, llevando el control de los materiales, así como de la utilización de las máquinas-vehículos de que se dispone.
14. Ejercer mando directo al frente de un conjunto de operarios/as que realizan las labores auxiliares a la línea principal de producción, abasteciendo y preparando materias, equipos, herramientas, evacuaciones, etc., realizando el control de las máquinas y vehículos que se utilizan.
15. Ejercer mando directo al frente de un conjunto de operarios dentro de una fase intermedia o zona geográficamente delimitada en una línea del proceso de producción o montaje, coordinando y controlando las operaciones inherentes al proceso productivo de la fase correspondiente, realizando el control de la instalación y materiales que se utilizan.
16. Realizar inspecciones de toda clase de piezas, máquinas, estructuras, materiales y repuestos, tanto durante el proceso como después de terminadas, en la propia empresa, en base a planos, tolerancias, composiciones, aspecto, normas y utilización con alto grado de decisión en la aceptación, realizando informes donde se exponen los resultados igualmente de las recibidas del exterior.

Grupo profesional 5 Criterios generales. Tareas que se ejecutan bajo dependencia de mandos o de profesionales de más alta cualificación dentro del esquema de cada empresa, normalmente con alto grado de supervisión, pero con ciertos conocimientos profesionales, con un período intermedio de adaptación. Formación. Titulación equiparable a ciclo formativo de grado medio o conocimientos equivalentes reconocidos y/o formación en el puesto de trabajo o conocimientos adquiridos en el desempeño de la profesión. Comprende, a título orientativo, las siguientes categorías: a) Empleados: - Delineante de 2.ª - Oficiales administrativos de 1.ª y 2.ª - Comercial. b) Operarios: - Chófer de camión. - Coordinadores de grupo. - Profesionales de oficio de 1.ª y 2.ª - Profesional siderúrgico de 1.ª y 2.ª - Personal de diques y buques (2). Tareas.

Ejemplos.-En este Grupo profesional se incluyen a título enunciativo todas aquellas actividades que, por analogía, son equiparables a las siguientes:

1. Tareas administrativas desarrolladas con utilización de aplicaciones informáticas.
2. Tareas elementales de cálculo de salarios, valoración de costes, funciones de cobro y pago, etc., dependiendo y ejecutando directamente las órdenes de un mando superior.
3. Tareas de electrónica, siderurgia, automoción, instrumentación, montaje o soldadura, albañilería, carpintería, electricidad, pintura, mecánica, etc., con capacitación suficiente para resolver todos los requisitos de su oficio o responsabilidad.
4. Tareas de control y regulación de los procesos de producción que generan transformación de producto.
5. Tareas de venta y comercialización de productos de reducido valor unitario y/o tan poca complejidad que no requieran de una especialización técnica distinta de la propia demostración, comunicación de precios y condiciones de crédito y entrega, tramitación de pedidos, etc.
6. Tareas de cierta complejidad de preparación de operaciones en máquinas convencionales que conlleve el autocontrol del producto elaborado.
7. Tareas de archivo, registro, cálculo, facturación o similares que requieran algún grado de iniciativa.

8. Tareas de despacho de pedidos, revisión de mercancías y distribución con registro en libros o mecánicas, al efecto de movimiento diario.
9. Tareas de lectura, anotación y control, bajo instrucciones detalladas, de los procesos industriales o el suministro de servicios generales de fabricación.
10. Tareas de mecanografía, con buena presentación de trabajo y ortografía correcta y velocidad adecuada que pueden llevar implícita la redacción de correspondencia según formato e instrucciones específicas, pudiendo utilizar paquetes informáticos como procesadores de textos o similares.
11. Tareas elementales de delineación de dibujo, calcos o litografías que otros han preparado, así como cálculos sencillos.
12. Ejercer mando directo al frente de un conjunto de operarios/as en trabajo de carga y descarga, limpieza, acondicionamiento, movimiento de tierras, realización de zanjas, etc., generalmente de tipo manual o con máquinas, incluyendo procesos productivos.
13. Controlar la calidad de la producción o el montaje, realizando inspecciones y reclasificaciones visuales o con los correspondientes aparatos, decidiendo sobre el rechazo en base a normas fijadas, reflejando en partes o a través de plantilla los resultados de la inspección.
14. Toma de datos de procesos de producción, referentes a temperaturas, humedades, aleaciones, duración de ciclos, porcentajes de materias primas, desgastes de útiles, defectos, anomalías, etc., reflejando en partes o a través de plantilla todos los datos según código al efecto.
15. Realizar agrupaciones de datos, resúmenes, estadísticas, cuadros, seguimientos, histogramas, certificaciones, etc., con datos suministrados por otros que los toman directamente en base a normas generalmente precisas. BOE de 19 de junio de 2017.

Octavo.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación, que finalizó sin avenencia. Folio 10 de las actuaciones".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Desestimar la demanda interpuesta por don Carlos José contra Cobra Instalaciones y Servicios, SA y, en consecuencia, absolver a la demandada de todos los pedimentos formulados contra ella".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Carlos José, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, la cual dictó sentencia en fecha 24 de marzo de 2022, en la que consta el siguiente fallo: "PRIMERO: Estimamos parcialmente el recurso de suplicación presentado por D. Carlos José, frente a la Sentencia 5/2021, de 18 de enero, del Juzgado de lo Social n.º. 1 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos de Clasificación profesional 771/2019, sobre reconocimiento de superior categoría y reclamación de diferencias salariales. SEGUNDO: Revocamos totalmente la citada sentencia de instancia y, resolviendo el objeto de debate, estimamos parcialmente la demanda presentada por D. Carlos José y, en consecuencia: 1.- Declaramos el derecho del demandante a consolidar la categoría de Oficial de primera mando de brigada. 2.- Condenamos a la demandada "Cobra Instalaciones y Servicios, Sociedad Anónima" a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar al demandante la cantidad de 615,06 euros en concepto de diferencias salariales por el periodo comprendido de febrero de 2018 a julio de 2019, con el interés por mora patronal del 10% desde la presentación de la papeleta de conciliación hasta esta sentencia. 3.- Desestimamos el resto de pretensiones deducidas en el suplico de la demanda, absolviendo a la demandada de las mismas. TERCERO: No se hace expresa imposición de costas de suplicación".

TERCERO.- Por la representación de Cobra Instalaciones y Servicios SA, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la

recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife de fecha 06 de marzo de 2020 R. 856/19.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días, lo que no ha realizado.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado al no existir la una fundamentación de la infracción legal que se denuncia ya que la parte recurrente se limita a invocar el precepto que entiende vulnerado pero sin argumentar en derecho la razón por la que el criterio de la sentencia recurrida debe rechazarse. En todo caso, entiende que la sentencia recurrida es la que contiene la doctrina correcta.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2023. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno de conformidad con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, se suspendió la votación y fallo acordada y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24 de enero de 2024, convocándose a todos los/as Magistrados/as de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante tiene derecho a ostentar la categoría profesional de oficial de primera, mando de brigada, y el abono del plus de mando a mes complemento por haber estado trabajando en el desempeño de la misma el tiempo legalmente establecido en el art. 39.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

La parte demandada ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, de 24 de marzo de 2022, rec. 640/2021, que estima parcialmente el interpuesto por la parte actora y, revocando la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 18 de enero de 2021, en los autos 771/2019, que había desestimado la demanda, declara el derecho del demandante a consolidar la categoría de Oficial 1.ª mando de brigada, con condena a la demandada al pago de las diferencias salariales en el periodo de febrero de 2018 a julio de 2019, más el interés por mora, desestimando el resto de lo peticionado en la demanda.

Según recoge la sentencia recurrida, y en lo que aquí interesa, el trabajador ha venido prestando servicios para la demandada, desde el 1 de diciembre de 2010, con la categoría profesional de oficial 1.ª A, rigiéndose su relación laboral por el Convenio Colectivo de Siderometalurgia e Instalaciones Eléctricas de la provincia de Santa Cruz de Tenerife. En la empresa existe un acuerdo de mejora del convenio, de 30 de julio de 2014, en cuya cláusula quinta, 5.1 se regula el plus de mando de brigada que se reconoce para quien ostenta la categoría de oficial 1.º mando de brigada, con abono por día natural del importe de 4.93 euros. También se contempla el complemento de puesto variable que, por importe de 4.10 euros/día, se abonará al personal designado por el jefe de obra para realizar eventualmente funciones de mando de brigada, identificándose en el parte de trabajo como "PV". Al demandante se le ha reconocido en nómina la realización de funciones de mando de brigada en el total de días que se indican de los meses del año 2018 hasta el mes de julio de 2019 que figuran en el hecho probado cuarto, actividad por la que le fue abonado el plus variable. El trabajador presentó en agosto de 2019 demanda en reconocimiento de la categoría de oficial 1.º mando de brigada (grupo IV) y los pluses que dicha categoría lleva aparejados, fijando en el acto de juicio una cuantía final superior a 3000 euros, siendo desestimada por el Juzgado de lo Social al considerar que no se había

desempeñado las funciones en más de seis meses en un año (145 días en 2018 y 171 en 2019) y que para devengar el plus de productividad era necesario que los partes de trabajo estuvieran cumplimentados debidamente con la indicación "pp". Frente a dicha sentencia se interpuso por el trabajador recurso de suplicación, insistiendo en que dentro del número de días laborales anuales había tenido el 65% de actividad con mando de brigada.

La Sala de suplicación estimó parcialmente el recurso del demandante y declaró el derecho a consolidar la categoría de oficial primera mando de brigada, condenando a la demandada al pago de la cantidad de 615,06 euros en concepto de diferencias salariales por el periodo comprendido de febrero de 2018 a julio de 2019, con el interés por mora patronal del 10%, desde la presentación de la papeleta de conciliación hasta esta sentencia. A tal efecto, y en lo que es objeto de la unificación, analiza si se cumple con el art. 39 del ET para lo que considera que cuando se desempeña las funciones de superior categoría por días concretos y no meses completos ha de estarse a las realizadas durante mayor tiempo en los días laborales de un mes concreto de forma que si en ese mes se ha trabajado en la superior categoría más días que en la ostentada ese mes sería computable pero no si fuera a la inversa. Por tanto, si en 2018 consta que el actor desempeñó en un mes funciones de mando de brigada más de la mitad de los días laborales, entre enero y agosto, y menos a partir de septiembre, ha atendido dichas funciones más de seis meses en un año. A partir de aquí justifica las cantidades a los que ha condenado a la parte demandada y que provocan la estimación parcial de la demanda.

En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la misma sala, de 6 de marzo de 2020, rec. 856/2019.

Antes de pasar a examinar la contradicción, es necesario dar respuesta a lo alegado por el Ministerio Fiscal, en relación con los defectos que advierte en el escrito de interposición del recurso. En concreto, considera que no se ha dado cumplimiento a la fundamentación de la infracción legal que se denuncia.

Esta Sala viene sosteniendo de forma reiterada la necesidad de que el escrito de interposición del recurso de exacto cumplimiento al mandato del art. 224.1 b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), al disponer que el escrito de interposición del recurso deberá contener "la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia".

En el caso que nos ocupa dicho requisito, aunque de forma mínima, debe tenerse por suficientemente cumplido en tanto que pretendiendo el recurrente que los días computables no se obtenga en la forma que ha calculado la sentencia recurrida, sí que manifiesta que el criterio que recoge el art. 39.2 del ET consiste en que se trabajen 180 días en un año o 240 en ocho meses, no alcanzando el demandante ese tiempo de actividad.

Del mismo modo, debemos indicar que, en atención a la doctrina de esta sala, como la recogida en STS 677/2022, de 20 de julio (rcud 2077/2019), no estamos ante un proceso especial de clasificación profesional, ya que no se cuestiona si el demandante está o no atendiendo funciones de superior categoría sino si procede el reconocimiento de la reclamada por haberlas atendido durante el tiempo que marca el art. 39 del ET y, en definitiva, la interpretación del mencionado precepto en relación con los espacios temporales que en él se fijan, lo que ha permitido el acceso al recurso de suplicación. Recurso que tampoco se vería interferido por la traducción económica del derecho reclamado ya que se demanda también el pago de una cantidad que supera los tres mil euros.

SEGUNDO.- Pasando a examinar el cumplimiento de las exigencias del art. 219 de la LRJS, debemos partir de que en la sentencia de contraste se resuelve una reclamación de reconocimiento de la misma categoría que la postulada en el presente recurso, siendo desestimada la pretensión del demandante

porque en un periodo de dos años solo estuvo atendiendo la actividad de mando de brigada durante 180 días (del 01/06/2016 al 31/12/2016, de 145 días laborales trabajados, percibió el plus de mando brigada 115 días; del 01/01/2017 al 31/12/2017, de 245 días laborales trabajados, percibió el plus de mando brigada 61 días; del 01/01/2018 al 31/05/2018, de 99 días laborales trabajados, percibió el plus de mando brigada 4 días: La suma de todos ello, según la sentencia de contraste, no alcanzan los 240 días que serían los correspondientes a ocho meses en ese periodo de dos años.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En efecto, aunque los periodos de referencia que toman en consideración cada sentencia son diferentes, ya que en la sentencia recurrida acude al criterio del año y en la de contraste parte de la referencia de dos años, ello resulta irrelevante en tanto que en un caso como en otro se está ante la misma pretensión, siendo los hechos similares en orden tener un tiempo de actividad con mando de brigada, ya sea a lo largo de un año o de dos años, encontrándose la diferencia en el modo de obtener el tiempo de prestación de servicios de categoría superior que exige la norma.

Así es, en la sentencia recurrida los meses exigidos los obtiene teniendo en cuenta las funciones predominantemente desempeñadas en cada mes, sin atender al concreto número de días que, en un margen de un año, ha actuado con mando de brigada, mientras que en la sentencia de contraste se atiende a los días concretos que, en el espacio temporal que toma, se han desempeñado las funciones del grupo superior. Esto es, si en la sentencia recurrida se hubiera tomado el criterio de la sentencia de contraste, el trabajador no habría alcanzado los meses de actividad con aquellas funciones y viceversa.

TERCERO. - La parte recurrente ha planteado un motivo de infracción normativa en el que, al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS denuncia la infracción del art. 39.2 del ET al considerar que el cálculo de los periodos trabajados atendiendo funciones de mando de brigada no alcanzan los marcados por dicho precepto legal, en el entendimiento de que deben ser los que lleguen a seis meses (180 días).

El art. 22 del ET, al regular el sistema de clasificación profesional, dispone en su punto 1 que "Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales", recogiendo el punto 4 que "Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo"

El art. 24 del ET, en materia de ascensos, indica que " Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario".

Por su parte, el art. 39.2, párrafo segundo del ET, al regular la movilidad funcional, señala que " En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables.

Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer periodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes".

El art. 7 del Convenio Colectivo de Siderometalurgia e Instalaciones Eléctricas de la provincia de Santa Cruz de Tenerife (BOP 155, de 27/12/2017), en orden a la jornada laboral, establecía que "La jornada ordinaria anual será de 1.776 horas para 2017. Con el objetivo de aproximar la jornada ordinaria anual a la media nacional del sector, se reducirán 4 horas de la jornada anual de 2.018 (1.772 horas) y otras 4 horas en 2019 (8 horas en total), para situar la jornada anual, en 2019, en 1.768 horas.

Además, el art. 21 del citado convenio disponía que "La movilidad funcional en el seno de la empresa, que se efectuará sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del trabajador, no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas, profesionales o experiencia laboral adquirida en el puesto de trabajo, precisas para ejercer la prestación laboral y la pertenencia al grupo profesional.

Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las actitudes profesionales y contenido general de la prestación"

A su vez, el art. 38 del citado convenio, al referirse a los sistemas de clasificación profesional, indica en su último párrafo que "Debido a que la implantación del sistema de clasificación profesional contenido en el citado acuerdo nacional no podía hacerse ni literal ni automáticamente ni de forma unilateral, requería, por tanto, la adaptación negociada en el ámbito del Convenio para la Industria Siderometalúrgica de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, por lo que constituida la Comisión Técnica de Clasificación Profesional prevista en el anterior Convenio, se llegó al acuerdo publicado en el BOP N.º 75 de 22 de abril de 2009."

Este acuerdo de 2009, al describir las funciones en los grupos profesionales, recoge unos criterios generales de los que cabe destacar el siguiente: "En el caso de concurrencia en un puesto de trabajo de tareas básicas correspondientes a diferentes Grupos Profesionales, la clasificación se realizará en función de las actividades propias del Grupo Profesional superior. Este criterio de clasificación no supondrá que se excluya en los puestos de trabajo de cada Grupo Profesional la realización de tareas complementarias que se sean básicas para puestos clasificados en Grupos Profesionales inferiores". En él, además, se describe el grupo profesional 4 y 5 (que en la sentencia recurrida se toma del convenio estatal de siderometalurgia y que, en esencia, es de similar contenido que el descrito en el acuerdo al que se refiere el convenio colectivo de la provincia de Santa Cruz de Tenerife).

Como ha venido sosteniendo esta Sala la consolidación de categoría está supeditada a lo que legal o convencionalmente se establezca en materia de ascensos, ya que con ello se trata de atender la finalidad que, con aquellas exigencias, se pretende cubrir que no es otra que la de "mantener el principio de no discriminación y limitar las decisiones discrecionales del empresario que no se sometan a la normativa de ascenso, que pueden ocasionar perjuicio para los derechos de terceros interesados en que funcione regularmente el sistema de promoción en el trabajo en el supuesto de la existencia de vacante", por lo que ante la disyuntiva que entraña el enfrentamiento entre el derecho individual de un trabajador a consolidar una categoría profesional, para la que no puede desconocerse su aptitud por haberla desempeñado durante un determinado período de tiempo, y los derechos de quienes puedan ostentar los conocimientos y méritos suficientes para acceder a dicha categoría, ha de estarse a lo dispuesto a tal fin en la normativa vigente" (STS 1057/2021, de 26 de octubre (rcud 4628/2018) y otros previos en ella citada).

Con esas premisas, esta Sala también ha entendido que el mero desempeño de las funciones de superior categoría en el espacio temporal y por el tiempo que marca la norma legal no implica

necesariamente que se tenga que reconocer aquella si a tal efecto existe norma convencional que impongan más requisitos. En ese sentido, y conforme lo que anteriormente hemos recogido, se ha dicho que "La consolidación de categoría prevista en el art. 23 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de Marzo de 1980 está supeditada a que proceda legal o convencionalmente el ascenso [...] supeditación cuya finalidad no es otra que la de mantener el principio de no discriminación y limitar las decisiones discrecionales del empresario que no se sometan a la normativa de ascenso, decisiones que pueden ocasionar el consiguiente perjuicio para los derechos de terceros interesados en que funcione regularmente el sistema de promoción en el trabajo en el supuesto de la existencia de vacante, por lo que ante la disyuntiva que entraña el enfrentamiento entre el derecho individual de un trabajador a consolidar una categoría profesional, para la que no puede desconocerse su aptitud por haberla desempeñado durante un determinado período de tiempo, y los derechos de quienes puedan ostentar los conocimientos y méritos suficientes para acceder a dicha categoría, ha de estarse a lo dispuesto a tal fin en la normativa vigente, poniendo en relación al obstáculo legal o convencional a que hace referencia el precitado art. 23-3 del Estatuto con la exigencia de la superación de unas pruebas de ascenso para la provisión de plazas vacantes..., porque en la celebración de tales pruebas cuyo móvil es contrastar las aptitudes de los trabajadores concurrentes concediéndoles igualdad de oportunidades, no sufren merma alguna los intereses merecedores de protección de los restantes operarios de la empresa, intereses que se verían vulnerados si se promocionase laboralmente, en virtud de unas facultades discrecionales, a quien pudiera ostentar menores merecimientos para ello respecto a los que reunían las condiciones para concurrir a las mencionadas pruebas" [SSTS 166/2021, de 9 de febrero (rcud 2301/2018); 772/2022, de 27 de septiembre (rcud 1960/2019), entre otras]. Esta doctrina no sería de aplicación al caso, y en las sentencias contrastadas no se hace mención, porque en el tiempo en el que se han estado desempeñando funciones de superior categoría, tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste, el convenio colectivo vigente nada contemplaba respecto de la promoción a superior categoría por el desempeño de dichas funciones y que, por el contrario, ya se prevé en los posteriores convenios colectivos (como el vigente para 2020 a 2024, en su art. 18.2).

Por tanto, lo que se está cuestionando por la parte recurrente, a falta de previsión específica a nivel convencional en la materia, es el cálculo que ha realizado la sentencia recurrida al aplicar el art. 39.2 del ET, pretendiendo que se asume el de la sentencia de contraste, marco de regulación que ninguna parte considera inaplicable.

La sentencia recurrida acude al art. 22.4 del ET para justificar el cálculo que realiza de los meses a los que alude el art. 39.2 de citado texto legal, pero aquel mandato legal no puede servir para dar por cumplida la exigencia del este último precepto, a fin de poder acceder a la superior categoría que se ha estado atendiendo en la forma en que lo ha interpretado la sentencia recurrida, y ello, al margen de que la regulación en la materia no ha identificado la polivalencia con la realización de trabajos de superior grupo profesional que, en el mandato del art. 39, permite la promoción o ascenso de grupo.

La polivalencia funcional implica un acuerdo entre empresa y trabajador por el que éste se compromete a atender funciones de más de un grupo profesional y a tal efecto es clasificado, conforme dispone el art. 22.4 del ET, en atención a las funciones que desarrolle durante más tiempo. En el marco de la actividad que atiende el aquí demandante, los propios negociadores del convenio colectivo, contemplaron esa situación polivalente diciendo que si en un puesto de trabajo se atienden tareas básicas correspondientes a diferentes Grupos Profesionales, la clasificación se realizará en función de las actividades propias del Grupo Profesional superior, no siendo esta la situación que se presenta cuando lo pactado por las partes ha sido una atribución de funciones conforme a un solo grupo profesional y, en el devenir de la relación laboral aquel ha asumido de forma más o menos prolongada otras funciones que corresponden a otra categoría que tiene atribuida una distinta retribución, y en esta situación o bien se puede generar el derecho a las diferencias retributivas o, en

caso de superar determinados límites temporales en su desempeño, le permiten a aquel pasar a consolidar la superior categoría atendida.

En efecto, el mandato del art. 39.2 del ET permite que el trabajador reclame el ascenso si desempeña funciones superiores por un periodo superior a seis u ocho meses. Lógicamente, como ha venido indicando nuestra Sala, la previsión del apartado 2 del art. 39 del ET "atiende al desarrollo del derecho laboral básico de los trabajadores a la promoción y formación profesional en el trabajo", y "es una exigencia específica prevista para promocionar y ascender (STS de 4 de julio de 2008, rcud 3132/2007) y con ella se está queriendo reconocer el derecho a la promoción profesional cuando durante un periodo relevante y habitual, que el legislador lo identifica con un periodo concreto de actividad, se atienden con plenitud las tareas superiores.

Ahora bien, a la hora de determinar el alcance del art. 39.2 del ET, en lo que a los plazos se refiere, podemos tener presente los criterios que el propio legislador a establecido en situaciones que, aunque diferentes, pueden atender a las mismas finalidad, como bien refiere la sentencia recurrida al acudir a que se establece en el mentado art. 22.4 del ET, cuando, a los efectos allí contemplados, toma el criterio de desempeño de la actividad durante mayor tiempo, que es lo que en definitiva, pretende también el mandato del art. 39.2 del ET a los efectos allí previstos pero con un más concreto tiempo de actividad..

Pues bien, aunque el legislador ha introducido términos temporales genéricos -meses y años-, es lo cierto que esas referencias hay que interpretarlas en el contexto en el que se están aplicando ya que, si lo que se trata es de que el ascenso lo sea por haber estado trabajando en un actividad correspondiente a un grupo superior, habrá que atender a la actividad efectiva desplegada, dejando al margen lapsos de tiempo en los que no se está trabajando y que interferirían indebidamente para el fin que persigue el legislador a la hora de marcar las reglas para poder ascender por haber estado atendido una actividad superior.

Lo que el legislador exige es que la función superior se haya desempeñado durante más de seis meses en un año (lo que equivale a más de la mitad de la actividad atendida en ese año) o más de ocho meses en dos años (lo que equivalente a más de un tercio de la desempeñada en eso dos años). Esto es, el legislador, no solo el de 1980 del que arranca esta previsión legal sino el actual, lo que ha querido con esos términos es dar una formula general que permita atender los variados y diferentes tiempos de actividad laboral que pueden darse en las relaciones laborales y permitir que ninguna de ellas se vea privada de acceder a la situación de ascenso o promoción que establece.

Por tanto, por un lado, habrá que determinar las fechas a considerar como periodo anual de referencia, marco temporal que sirve para obtener el derecho que reconoce el art. 39.2 del ET (en la sentencia se toma el año 2018; en la de contraste desde el 1 de junio de 2016 al 31 de mayo de 2018, al acudir al criterio bianual)

Seguidamente, conocer los días de trabajo efectivo en ese lapso temporal ya que dentro de esos días es cuando se pueden desempeñar esas superiores funciones (en la sentencia recurrida hay que acudir a la norma colectiva de la que se obtiene que eran 221,5 días de trabajo en un año; en la sentencia de contraste se identifican con 489 días en dos años).

Teniendo los días de actividad efectiva en los años de referencia, se deben conocer los concretos días de encomienda de función de superior categoría (estos últimos, en la sentencia recurrida son 145 días; en la sentencia de contraste son 180 días).

Con todos esos datos, nos queda por fijar si estos días superan los meses que señala el art. 39 del ET. En el caso de la aquí recurrida, pero por las razones aquí apuntadas (o lo que es lo mismo, por el criterio que aquí se fija) permite reconocer el ascenso por cuanto que en un año, en el que la actividad laboral era de 221 días resulta que más de la mitad fue dedicada a la superior función (145 días).

Seguir el criterio de la sentencia recurrida, nos llevaría a ignorar tiempos de encomienda de funciones superiores que podrían completar esa referencias temporales de seis u ocho meses que hemos traducido o, a la inversa, incluir en ese cómputo periodos en los que no ha existido esa función. Y, del mismo modo, de seguir el criterio de la sentencia de contraste, supondría que la exigencia de 180 días o 240 días de efectiva actividad, sin más, implicaría incrementar la legalmente exigida.

Esto es, y al contrario de lo que se afirma en las sentencias contrastadas, el art. 39.4 del ET lo que está formulando es un criterio que atiende al total de los días efectivamente trabajados en uno o dos años, de los cuales la mitad o un tercio deberán corresponder a la función superior.

La anterior doctrina es la que debemos dejar fijada, recordando que, en relación con situaciones como la que nos encontramos, en donde no es correcta la que establecen las sentencias comparadas, esta Sala viene manteniendo que no estamos obligados a aceptar o asumir una de las dos que sostienen los pronunciamientos sino que "debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada". Así se dice, por ejemplo, en SSTs 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno" [STS 60/2018, de 25 de enero (rcud 3992/2015)].

CUARTO. - Lo anteriormente razonado, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser desestimado, y, por las razones aquí apuntadas, confirmar la sentencia recurrida.

Todo ello con imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS, en cuantía de 300 euros, al estar persona la parte recurrida ante esta sala, si bien no impugnó el recurso. E, igualmente, acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir, en atención al art. 228.3 del citado texto procesal, dándose a la cantidad consignada el destino legal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Ávila Cava, en nombre y representación de Cobra Instalaciones y Servicios SA.
- 2.- Confirmar la sentencia recurrida dictada el 24 de marzo de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de suplicación núm. 640/2021, y declarar su firmeza.
- 3.- Con imposición de costas a la parte recurrente en cuantía de 300 euros, y pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo darse a la cantidad consignada el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.