

## **El TS condena al SERMAS a abonar a un trabajador las diferencias salariales por desempeñar funciones de categoría superior pese a existir una orden empresarial en contra**

**Con estimación del recurso interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y se reconoce al trabajador recurrente el derecho a percibir las cantidades correspondientes a las funciones de superior categoría.**

Son hechos declarados probados que el actor presta servicios para la Comunidad de Madrid como personal laboral fijo en un hospital con la categoría de auxiliar administrativo nivel 3 y que venía realizando las funciones de oficial administrativo, nivel 5. Por sentencias de diferentes juzgados de lo social, se le ha venido reconociendo el derecho a percibir las diferencias retributivas con la categoría superior, por realización de las funciones propias de esa categoría. Por comunicación del director gerente del hospital, dirigida al trabajador, se le indica que a partir del día siguiente deberá ceñirse a las funciones que se describen en el puesto que desempeña, todas aquellas que para su categoría de auxiliar administrativo se recogen en el anexo del convenio colectivo; comunicación empresarial que no supuso alteración decisiva alguna que pudiera impedir el efecto positivo de cosa juzgada respecto de las precedentes sentencias relativas a la pretensión de autos y referidas a periodos anteriores, aplicando también el principio de adecuación entre la función desempeñada y las retribuciones que correspondían a tales trabajos.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

**Sentencia 979/2024, de 03 de julio de 2024**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3661/2021

Ponente Excmo. Sr. CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

En Madrid, a 3 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Marco Antonio, representado y asistido por el Letrado D. Francisco José Fernández Costumero, contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación n.º 389/2021, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 18 de los de Madrid en autos núm. 1327/2019, seguidos a instancia del ahora recurrente contra el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS).

Ha comparecido como parte recurrida la demandada SERMAS, representada y asistida por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª Concepción Rosario Ureste García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 22 de marzo de 2021 el Juzgado de lo Social n.º 18 de los de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El actor D. Marco Antonio presta servicios para la Comunidad de Madrid como personal laboral fijo en el Hospital General Gregorio Marañón desde el 01/04/1997.

Desde el 01/03/2006 presta servicio en el departamento de Enfermería Materno Infantil, con la categoría de Auxiliar Administrativo nivel 3.

SEGUNDO.- El actor desde que está en el referido departamento viene realizando las funciones de oficial administrativo, nivel 5. En el periodo de 25/07/2007 a 04/08/2008 se reconoció al actor la realización de funciones de superior categoría y se le abonó el complemento salarial.

TERCERO.- Por sentencias de diferentes juzgados de lo social, se ha reconocido al actor el derecho a percibir las diferencias retributivas con la categoría superior, por realización de las funciones propias de esa categoría, se dan por reproducidas al constar en la prueba documental de la parte actora

CUARTO.- Por comunicación de 20 de enero de 2015, se comunicó al actor que se le releva de las funciones de oficial administrativo y que debe realizar exclusivamente funciones de su categoría de auxiliar administrativo.

QUINTO.- Se declaró al actor en situación de excedencia por incompatibilidad con efectos 07 de septiembre de 2020

En el área dentro del departamento de Enfermería Materno Infantil en el que presta servicios el actor, solo están un oficial y él, realizando ambos las mismas funciones y sustituyéndose en periodos de vacaciones, bajo la dependencia directa de un jefe de área.

SEXTO.- Se ha dictado sentencia por el Juzgado Social nº 14 estimando las diferencias retributivas reclamadas por el desempeño de funciones y superior categoría, se recurre por la Comunidad de Madrid y por sentencia del TSJ de Madrid de 06 de marzo de 2018 se estima el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid.

SÉPTIMO.- Si prospera la acción las cuantías reclamadas por la parte actora por el periodo 01 de diciembre de 2018 a 30 noviembre de 2019 no han sido controvertidas

OCTAVO.- Comparecen las partes."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Debo desestimar y desestimo la demanda presentada por D. Marco Antonio frente al Servicio Madrileño de Salud".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 15 de septiembre de 2021, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso de suplicación número 389/2021 formalizado por el letrado don Francisco José Fernández Costumero en nombre y representación de don Marco Antonio, contra la sentencia número 164/2021 de fecha 22 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de los de Madrid, en los autos número 1327/2019, seguidos a instancia del recurrente frente al Servicio Madrileño de Salud, por reclamación de cantidad y confirmamos la resolución impugnada. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación de D. Marco Antonio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala el 14 de septiembre de 2021 (rcud. 1771/2018).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de septiembre de 2022 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

No habiendo presentado escrito de impugnación la recurrida, no obstante haber sido emplazada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de julio de 2024, fecha en que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El núcleo de la *litis* suscitado por la representación de la parte demandante consiste en determinar si tiene derecho a percibir diferencias salariales por realizar funciones de superior categoría pese a existir una orden empresarial en contra de la realización de esas funciones, junto al efecto de la cosa juzgada.

Recorre la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de septiembre de 2021, RS. 389/2021, que no acogió su recurso frente a la sentencia de instancia que había desestimado su demanda de reconocimiento de diferencias salariales por realización de funciones de superior categoría.

La Sala entiende que ha de apreciar el efecto de cosa juzgada no respecto de las sentencias firmes que han reconocido al actor el derecho a las diferencias salariales de otros períodos sino en relación a una sentencia previa de 6 de marzo de 2018, R. 666/2017, sobre una reclamación del mismo trabajador de un período anterior, y que tiene en cuenta la comunicación del 20 de enero de 2015 del director gerente del Hospital; considera que no puede aplicarse la cosa juzgada a partir del momento en que el empleador dé una orden clara y contundente al trabajador para que deje de realizar las funciones de superior categoría, pues aunque no se acredita que tras la recepción de la misma se dejaran de realizar funciones de superior categoría, sí se prueba que se hicieron en contra del mandato del empleador, debiendo asumir su responsabilidad por la inobservancia de dicho deber.

2. El Fiscal en el trámite del art. 226.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) informa la procedencia del recurso. Entendiendo cumplimentado el presupuesto de la contradicción, postula el mantenimiento de la doctrina elaborada por la Sala IV en la sentencia invocada como referencial.

SEGUNDO.- 1. Efectivamente, la referencial es la STS IV de 14 de septiembre de 2021, rcud. 1771/18, que resuelve una reclamación del actor en el mismo sentido que la actual, por el período de 1 de diciembre de 2015 a 30 de noviembre de 2016. Se recogen similares hechos que la sentencia recurrida, incluida la comunicación de 20 de enero de 2015 del director gerente del Hospital, que le ordenaba la realización de funciones exclusivamente de su categoría. Consta que el trabajador continuó realizando las funciones de oficial.

La Sala, con remisión a sentencias previas, advierte que el actor, con categoría de auxiliar administrativo, vino realizando funciones propias de la categoría de oficial administrativo y, aunque en fecha 20 de enero de 2015 se le remitió comunicación por el director gerente del Hospital a fin de que realizase las funciones propias de auxiliar administrativo, es lo cierto que continuó desarrollando funciones de oficial administrativo, con conocimiento y consentimiento de sus superiores, ya que se encuentra a las órdenes directas del jefe de área y sustituye al oficial de su departamento en periodos de vacaciones, por lo que le correspondía percibir las diferencias retributivas reclamadas por el periodo de 1 de diciembre de 2015 a 30 de noviembre de 2016.

2. En las sentencias objeto de comparación se trata del mismo trabajador que reclama diferencias por la realización de funciones de superior categoría, lógicamente por periodos de tiempo distintos, que constan realizadas y con posterioridad a haber recibido una comunicación del director gerente del Hospital a fin de que se ciñese a la prestación de las funciones propias de auxiliar administrativo. La sentencia recurrida se remite a una anterior que entendió que no cabía aplicar el efecto de cosa juzgada tras la orden del director gerente de 20 de enero de 2015 de realizar solo funciones de la propia categoría y que en tal caso debía entenderse que si llevaba a cabo funciones de superior categoría el trabajador debía asumir su responsabilidad por la inobservancia de dicho deber. Sin embargo, la sentencia de contraste reconoce el derecho del actor a las diferencias salariales y casa y anula precisamente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la que se remite la actual sentencia recurrida para confirmar la desestimación de la demanda.

Resulta superada la exigencia de una identidad esencial conforme a lo previsto en el art. 219 LRJS, abriendo el examen de fondo del debate suscitado.

TERCERO.- 1. La parte recurrente entiende vulnerados el art. 39 del Estatuto de los Trabajadores - derecho al cobro del salario correspondiente a los trabajos efectivamente desarrollados-, arts. 6.4 y 3.1 del CC (en cuanto al fraude de ley que supone el comunicado del gerente del HGUGM) y el art. 222.4 de la LEC (en cuanto a los efectos de la cosa juzgada en sentido material por la reiteración de sentencias firmes que vienen declarando que dichos servicios efectivamente prestados son de superior categoría profesional).

2. La doctrina elaborada por esta Sala no sólo se refleja en la sentencia referencial, sino en otros precedentes que igualmente relata enjuiciando la propia reclamación del ahora actor respecto de periodos anteriores de prestación de servicios, así como la de otros trabajadores del mismo centro de trabajo en quienes concurrían las mismas circunstancias y formulaban idénticas pretensiones. Se trata de las SSTs IV de 9 de mayo de 2018, recurso 2841/2016 y 28 de enero de 2020, recurso 2851/2017. Los principios de igualdad y seguridad jurídica y la inexistencia de elementos que aboquen a la modificación del criterio acuñado determinan su traslación al supuesto de autos.

La última de las sentencias citadas contiene el siguiente razonamiento: "SEGUNDO.- 1. El objeto litigioso que se trae a nuestro enjuiciamiento ha sido ya abordado por esta Sala IV del Tribunal Supremo en la STS/4.ª de 9 mayo 2018 -rcud. 2841/2016-, precisamente en relación a otros trabajadores del mismo centro de trabajo en quienes concurrían las mismas circunstancias y formulaban idénticas pretensiones.

Y al respecto, al analizar la mencionada decisión empresarial, por la que se ordenaba que los actores habrían de limitarse a las funciones propias de su categoría laboral, hemos concluido que la misma, "no sólo resulta exclusivamente formal y claramente preordenada a soslayar la aplicación del art. 39.3 del Estatuto de los trabajadores (ET)", sino que, además, no constituye un obstáculo a la aplicación del efecto positivo de cosa juzgada.

Hemos enfatizado allí que "la orden se vacía de contenido cuando no va acompañada de mecanismos que alteren la continuidad en el ejercicio de funciones de superior categoría, pues no sólo no se supervisa el acatamiento material de la orden [lo que resulta indiciario], sino que -ello es decisivo- no se provee de personal de superior categoría que realice esos cometidos superiores que resultan imprescindibles en el marco de la Administración pública".

2. Lo cierto es que las actoras han seguido llevando a cabo funciones de categoría distinta a las que tienen asignadas y que, por consiguiente, habrán de ser retribuidas por la efectiva prestación de servicios, sin que quepa dudar de su derecho a tales emolumentos dado que, para las partes, quedó ya definitivamente zanjada tal cuestión de la consideración de las tareas en el profesiograma de la categoría superior y, sea cual sea la intención de la empresa de solventar la situación y poner fin a ese

desencaje entre funciones y clasificación, lo cierto es que dichas funciones se llevaron a cabo por las demandantes durante el periodo reclamado."

3. En el actual litigio el actor presta servicios para la Comunidad de Madrid como personal laboral fijo en el Hospital General Gregorio Marañón desde el 1 de abril de 1997 y desde el 1 de marzo de 2006 en el departamento de Enfermería Materno Infantil, con la categoría de Auxiliar Administrativo nivel 3 y desde que está en este departamento viene realizando las funciones de oficial administrativo, nivel 5. En el área dentro del departamento en el que presta servicios sólo están un oficial y él, y realizan ambos las mismas funciones. En el periodo de 25 de julio de 2007 a 4 de agosto de 2008 se le reconoció la realización de funciones de superior categoría, abonándole el complemento salarial. Desde 2011, por sentencias de diferentes juzgados de lo social, se le ha venido reconocido el derecho a percibir las diferencias retributivas con la categoría superior, por realización de las funciones propias de esa categoría. Por comunicación del 20 de enero de 2015 del director gerente del hospital, dirigida al trabajador, se le indica que a partir del día siguiente deberá ceñirse a las funciones que se describen en el puesto que desempeña, todas aquellas que para su categoría de auxiliar administrativo se recogen en el anexo del convenio colectivo.

Como también indicamos entonces, "Significan las precedentes consideraciones que la comunicación empresarial de que tratamos no supuso alteración decisiva alguna que pudiera impedir el efecto positivo de cosa juzgada respecto de las precedentes sentencias -ya firmes- relativas a la pretensión de autos y referidas a periodos anteriores, aplicando también el principio de adecuación entre la función desempeñada y las retribuciones que corresponden a tales trabajos, que se encuentra positivizado en el art. 39.3 ET [entre las últimas, SSTS 10/02/16 - rcud 1846/14 -; y 12/12/17 -rcud 601/16 -]."

4. Por último, en orden a precisar la cuantía objeto de estimación, destacaremos que la crónica fáctica da noticia de que para el caso de prosperar la acción la suma reclamada por la parte actora por el periodo 1 de diciembre de 2018 a 30 noviembre de 2019 no ha sido controvertida. Atendido que no ha tenido lugar impugnación alguna, a la misma habremos de estar, adicionando el razonamiento contenido en aquel rcud 2841/2016, el que dijimos: "por lo que toca al interés por mora, no hay que olvidar que "... la convicción actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET- ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno ["El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado"]; cuanto por el importante elemento interpretativo... que significan los trabajos parlamentarios previos "para desentrañar el alcance y sentido de las normas" [ SSTC 108/1986, de 29/Julio, FJ 13; 109/1998, de 29/Mayo, FJ 2; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7; y 90/2009, de 20/Abril, FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto -en este sentido, la Enmienda 21, de CD- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla "in iliquidis"; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado" ( SSTS 17/06/14 -rcud 1315/13-; 14/11/14 -rcud 2977/13-; y 16/03/17 -rco 117/16-)."

CUARTO.- Las consideraciones antedichas determinarán la estimación del recurso interpuesto, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Público, casando y anulando la sentencia impugnada, y, resolviendo el recurso de suplicación, estimaremos el formulado por la parte actora, revocando la sentencia dictada por el juzgado de lo social y estimando su demanda para declarar el derecho a

percibir -por el ejercicio de funciones de Oficial administrativo- la cantidad de 3692,42 euros y el recargo del interés anual del 10 por ciento de mora.

Sin imposición de costas ( art. 235.1 LRJS).

### **FALLO**

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

estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Marco Antonio.

Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 15 de septiembre de 2021 (rollo 389/2021) y resolviendo el recurso de suplicación, estimamos el formulado por la parte actora, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 18 de los de Madrid el 22 de marzo de 2021 en sus autos 1327/2019 y, estimando su demanda declaramos el derecho a percibir -por el ejercicio de funciones de Oficial administrativo en el periodo reclamado- la cantidad de 3692,42 euros y el recargo del interés anual del 10 por ciento de mora, condenando al Servicio Madrileño de Salud a su abono.

No imponer costas.

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

Así se acuerda y firma.