

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 4215/2015 de
8 Jul. 2015, Rec. 797/2014**

Ponente: Olmos Pares, Isabel.

LA LEY 105700/2015

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2013 0001507

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000797 /2014 . BC

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000293 /2013

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Eulalio

ABOGADO/A: MARIA ALONSO SUAREZ

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, SOCIEDADE DEPORTIVA OCTAVIO VIGO

ABOGADO/A: FOGASA, PABLO LUIS ESTEVEZ RODRIGUEZ

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

D^a. MARÍA ANTONIA REY EIBE

D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a ocho de Julio de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0000797 /2014, formalizado por el LETRADO D^a MARÍA ALONSO SUAREZ, en nombre y representación de Eulalio , contra la sentencia número 592/2013 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000293/2013, seguidos a instancia de Eulalio frente a FOGASA, SOCIEDADE DEPORTIVA OCTAVIO VIGO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ISABEL OLMOS PARÉS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Eulalio presentó demanda contra FOGASA, SOCIEDADE DEPORTIVA OCTAVIO VIGO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 592/2013, de fecha siete de Octubre de dos mil trece .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- El demandante Don Eulalio ha prestado servicios para la SOCIEDAD DEPORTIVA OCTAVIO VIGO, con la

categoría profesional de jugador de balonmano, con un salario para cada temporada de 15.000 € más 31.000 en concepto de derechos de imagen, desplazamientos y vivienda, por cada una de las temporadas 2011-2012 y 2012-2013. Se pactaron estas cantidades como salarios netos. SEGUNDO.- El demandante ha percibido la cantidad de 35.019'92 € y se le adeuda la cantidad de 7.526'38€, una vez efectuadas las correspondientes retenciones fiscales. TERCERO.- En el contrato de imagen anexo al de trabajo se pactó la siguiente cláusula: si el jugador, al finalizar alguna de las temporadas objeto del presente contrato, no hubiese percibido las cantidades totales correspondientes a la temporada en cuestión, ya sean las correspondientes a este contrato de imagen como las pactadas en el contrato de trabajo del que éste es anexo, tendrá derecho a reclamar al club la cuantía de 18.000 € en concepto de indemnización por demora. Esta cantidad podrá ser demandada por el jugador por una sola vez durante la vigencia del presente contrato, o bien al finalizar la temporada 2011-2012, o bien al finalizar la temporada 2012-2013. No consta que el jugador finalizase la temporada 2012-2013 en el equipo, y consta que el último pago efectuado por la entidad, correspondiente a la temporada 2011-2012, se hizo en agosto de 2012. CUARTO.- Se interpuso papeleta ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta Don Eulalio , debo condenar y condeno a la SOCIEDAD DEPORTIVA OCTAVIO VIGO, a que le abone la cantidad de 7.526'38€.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimando en parte la demanda interpuesta por la parte actora condenó a la empresa SOCIEDAD DEPORTIVA OCTAVIO VIGO a que abonase al actor la cantidad de 7.526,38 euros.

Contra la referida sentencia interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora articulando tres motivos de suplicación, al amparo, el primero y segundo, del art. 193 b), y el tercero del artículo 193 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , y el cual ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al motivo destinado a la revisión fáctica de los hechos declarados probados, se insta la modificación del relato fáctico interesando que se modifique el hecho probado segundo para sustituir la cantidad que allí señala el juez como adeudada por la demandada, por la que pretende el actor en demanda, de modo que sin necesidad de valorar si el sustento probatorio lo permite, cabe rechazar la modificación pretendida, pues hace supuesto de la cuestión, además de predeterminar el fallo, pues precisamente lo que se discute es el importe de la deuda.

TERCERO.- Con cobertura también en el art. 193 letra b) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , se construye el segundo motivo de suplicación en el que se pretende la revisión del hecho probado tercero, a los efectos de adicionar un último párrafo, de modo que el referido ordinal quede redactado del siguiente modo: " *En el contrato de imagen anexo al de trabajo se pactó a siguiente cláusula: si el jugador al finalizar alguna de las temporadas objeto del presente contrato, no hubiese percibido las cantidades totales correspondientes a la temporada en cuestión, ya sea la correspondiente a este contrato de imagen como las pactadas en el contrato de trabajo del que este es anexo, tendrá derecho a reclamar al club la cuantía de 18.000 euros en concepto de indemnización por demora. Esta cantidad podrá ser demandada por el jugador por una sola vez durante la vigencia del presente contrato, o bien al finalizar la temporada 2011-2012, o bien al finalizar la temporada 2012-2013.*

No consta que el jugador finalizase la temporada 2012-2013 en el equipo, y consta que el último pago efectuado por la entidad, correspondiente a la temporada 2011-2012, se hizo en agosto de 2012.

Cada una de las temporadas comenzaba en el mes de julio y finalizaba en el mes de junio. Ha quedado acreditado que al finalizar la temporada 2011-2012, la demandada adeudaba al trabajador cantidades correspondientes a dicha temporada". Se sustenta en el propio contrato de trabajo, así como en el contrato de imagen y los justificantes de pago. Se accede a lo que se interesa, al tratarse de documentos hábiles y trascendentes para resolver la cuestión litigiosa.

CUARTO.- Con cobertura en el art. 193 letra b), de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , se construye el tercer motivo de suplicación en el que se denuncia infracción del art. 26 del ET (LA LEY 1270/1995) , insistiendo en el hecho de que las cantidades salariales garantizadas eran netas, de modo que la demandada le adeuda lo reclamado en autos, dado que como se ha declarado probado sólo ha cobrado un total de 35.019,92 euros. En el motivo cuarto y quinto se citan normas procesales como infringidas al amparo del art. 193 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , apartado éste que sólo permite alegar la infracción de normas sustantivas, y no procesales. Es por ello que dichos motivos cuarto y quinto deben ser sin más desestimados.

Por lo que se refiere al motivo tercero, debe decirse en primer lugar, que el juez de instancia ha declarado probado que "no consta que el jugador finalizase la temporada 2012-2013", sin especificar si en esa temporada, como sostiene el juzgador, prestó servicios hasta la mitad de la misma. No es un hecho pues acreditado, ni conforme, que el jugador prestara servicios durante algún periodo de la segunda temporada, de modo que respecto de ella, no acredita derecho a cantidad alguna.

Por lo que se refiere a la primera temporada, la cantidad neta que debía percibir, según contratos, era de un total de 46.000 euros netos, lo que en efecto es habitual en el ámbito del deporte profesional en el que se fijan salarios netos en los contratos de trabajo, lo que facilita que los deportistas, en muchos casos como aquí sucede, de otra nacionalidad, conozcan las cantidades que efectivamente van a ingresar en su patrimonio, a pesar de la existencia de regímenes fiscales diversos en cada uno de los países. Pero a continuación, se añade que las cantidades pactadas son "libres de cualquier gasto fiscal o contributivo que de la aplicación de este contrato pudieran diferirse", lo que nos lleva a analizar si esta cláusula determina que en realidad la empresa esté asumiendo las cargas fiscales del jugador, lo que sería un pacto nulo conforme al art. 26 (LA LEY 1270/1995) 4º del ET ; ya que este precepto estatutario es aplicable a la relación laboral especial de deportistas profesionales, teniendo en cuenta que el art. 21 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio (LA LEY 1635/1985) , acuerda su aplicación supletoria.

El jugador considera que simplemente la empresa garantizó un salario neto por temporada de 46.000 euros netos, sin perjuicio de calcular la retribución bruta que corresponda a tal efecto, a los efectos de retener e ingresar en la Agencia tributaria el IRPF correspondiente. Por el contrario, la interpretación que efectúa la sentencia de instancia conduce a una minoración del salario del trabajador, pues ha aceptado implícitamente que la empresa haya retenido lo que corresponde a las cargas fiscales correspondientes, pues lo contrario sería un pacto nulo conforme al art. 26 (LA LEY 1270/1995) 4º del ET .

La tesis de la parte demandada, acogida por la sentencia recurrida, debe prevalecer. El art. 26.4 del ET (LA LEY 1270/1995) establece que todas las cargas fiscales a cargo del trabajador serán satisfechas por él, so pena de nulidad. Y la interpretación del contrato de autos obliga a concluir que se ha atribuido al empresario una carga fiscal correspondiente al trabajador, pues la expresión que se utiliza es la de que "las cantidades pactadas son libres de cualquier gasto fiscal o contributivo de que de la aplicación de este contrato pudieran diferirse".

No utiliza el contrato la expresión de "retención", de modo que deje claro que la percepción de la cantidad neta no es debida a que el empresario asuma las cargas fiscales del jugador, lo que está prohibido, a diferencia del caso enjuiciado por la STSJ de Aragón citada por la parte recurrente, de fecha 15 de diciembre de 2010 (Recurso: 865/2010), donde en el contrato del jugador se decía que " *Todas las cantidades que figuran en el presente contrato son netas de retención y, el Club calculará la remuneración bruta necesaria para que, una vez practicadas las retenciones fiscales que correspondan, las cantidades líquidas resultantes correspondan a las establecidas en los pactos anteriores. De acuerdo con la reciente modificación fiscal aprobada en España, en la actualidad la retención es del 24 %*".

La retención e ingreso a cuenta es un pago a cuenta del impuesto correspondiente al perceptor, que debe efectuar el empleador. Dicho contrato de trabajo atribuye al empleador cargas fiscales correspondientes al trabajador, y no se refiere al pago de las retenciones e ingresos a cuenta corresponde al empresario en todo caso, lo que supone la asunción de una carga fiscal correspondiente al trabajador, por lo que procede desestimar en este punto el recurso interpuesto. Es por ello que no se le adeuda nada más por la primera temporada, a salvo de lo ya reconocido en la instancia sin que sea competencia de este orden jurisdiccional, como además aceptan ambas partes, el determinar si el importe retenido es o no ajustado a derecho.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la indemnización de los 18.000 euros, o cláusula penal, ésta se devenga en el caso de que el juzgador al finalizar alguna de las temporadas, no hubiese percibido las cantidades totales correspondientes a la temporada en cuestión, lo que le reconoce derecho a reclamar al club la cuantía de 18.000 euros en concepto de indemnización por demora. Esta cantidad podrá ser demandada por el jugador por una sola vez durante la vigencia del presente contrato, o bien al finalizar la temporada 2011-2012, o bien al finalizar la temporada 2012-2013.

El juez desestima esta pretensión considerando que la misma se ha visto anulada o compensada por la indemnización que a su vez el jugador debe al club por aplicación del art. 16 del RD 1006/1985 (LA LEY 1635/1985) 1985 de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, el cual establece que " *La extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable*".

Es cierto que los contratos de trabajo del jugador se remiten al art. 16 de la referida norma reglamentaria, si bien con la excepción del caso recogido en la cláusula tercera apartado II de los mismos, cláusula ésta que permite al jugador desvincularse del club sin tener que abonar indemnización al mismo, si el club retrasase el pago de alguna de las mensualidades más de treinta días. En este caso, tanto para el pago del salario de 15.000 euros, como para el pago de los 31.000 euros por los derechos de imagen y otros, el primer pago pactado se estableció para el mes de agosto de 2011 (en los primeros 10 días del mes), y así durante doce mensualidades consecutivas, de modo que la última debía ser abonada en fecha 10 de julio de 2012, como muy tarde, siendo que el último pago se hizo en fecha 27 de agosto de 2012, transcurriendo pues más de 30 días, desde el 10 de julio de 2012. De este modo, no puede compensarse la cláusula penal con el derecho de la empresa a una indemnización por dimisión del jugador que en este caso no se ha devengado.

Y como se ha probado que el último pago efectuado por la entidad, correspondiente a la temporada 2011-2012, se hizo en agosto de 2012, y que la temporada comenzaba en el mes de julio y finalizaba en el mes de junio, ha quedado acreditado que al finalizar la temporada 2011-2012, la demandada adeudaba al trabajador cantidades correspondientes a dicha temporada, lo que justifica la aplicación de la referida cláusula penal por el referido importe de 18.000 euros.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don Eulalio contra la sentencia de fecha siete de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Vigo , en proceso sobre cantidades, promovido por el recurrente frente a la empresa SOCIEDAD DEPORTIVA OCTAVIO VIGO debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 18.000 euros en concepto de indemnización por demora, más el 10% anual de intereses moratorios, además de los 7.526,38 euros ya reconocidos en la instancia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.