

Roj: **STS 3116/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3116**Id Cendoj: **28079140012017100541**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/07/2017**Nº de Recurso: **1532/2015**Nº de Resolución: **639/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de julio de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA, en la representación que ostenta de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (F.C.C.), contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en fecha 28 de enero de 2015, aclarada por auto de 18 de febrero de 2015, [recurso de Suplicación nº 2349/15], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Granada, autos 283/2013, en virtud de demanda formulada por D. *Narciso* contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (F.C.C.), sobre MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social nº 5 de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. *Narciso* contra la empresa *FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.* debo condenar y condeno a la citada empresa a que abone al actor la cantidad de 11.045,77 euros».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «*PRIMERO:* El actor D. *Narciso* con D.N.I. núm. NUM000 viene prestando sus servicios para la empresa *FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.* con CIF A-28037224 y domicilio en Barcelona desde el 11 de octubre de 2008, categoría de peón y percibiendo su salario según convenio.- *SEGUNDO:* El actor reclama diferencias salariales correspondientes a los meses de enero a diciembre de 2012 por aplicación del Convenio Colectivo Provincial en la cuantía de 1.785,10 euros mensuales resultado de dividir entre 14 pagas el salario anual de un peón día fijado en 24.991,40 euros.- *TERCERO:* La empresa demandada en el periodo objeto de reclamación en la presente litis ha venido abonando a los trabajadores sus salarios con arreglo a las previsiones del Convenio Colectivo de empresa publicado en el BOP de fecha 27 de abril de 2006, esto es el Convenio Colectivo de trabajo para el sector de limpieza pública viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada de carácter estatutario y eficacia general, derivado del acuerdo alcanzado entre la Asociación Patronal de Empresas de Limpieza Pública (AESLIP) y los sindicatos mas representativos.- El actor venía percibiendo sus salarios conforme a las cuantías que reflejan las nóminas aportadas por la empresa si bien el salario anual (14 Pagas mas IPC real) conforme al Convenio Colectivo Provincial asciende a las siguientes cantidades:

Peón día:

AÑO 2008: 23.651,31 Euros

AÑO 2009: 24.053,38 Euros



AÑO 2010: 24.991,46 Euros

La empresa reconoce adeudar al actor por el periodo de Enero a diciembre de 2012 la cantidad de 8.317,37 euros.- **CUARTO:** En el año 2004, concretamente en fecha de 23 de diciembre de 2004 se publica en el BOP de Granada Convenio Colectivo de trabajo de la empresa *FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.* y los trabajadores de las plantas de tratamiento y transferencia R.S.U. de la provincia de Granada.- Dicho Convenio Colectivo era el que se venía aplicando a los trabajadores de la demandada y el mismo recogía una estructura salarial dividida por conceptos y en su artículo 10 regulaba el Plus de Transporte estableciendo que " *Todos los trabajadores afectados por este Convenio Colectivo percibirán un plus por este concepto en la cuantía que se especifica en la tablas salariales anexas. Se devengará por día realmente trabajad.* En aplicación de esta norma convencional la empresa venía abonando a los actores en sus nóminas el denominado plus de transporte por los días efectivos de trabajo no siendo idéntico el importe cada mes ni para todos los trabajadores de la misma categoría fijándose una cuantía fija que se abona por unidades. La demandada no cotizaba por ese concepto pero si tributaba por el mismo en el exceso del 20 % de IPREM. No consta su abono en los periodos de vacaciones ni tampoco en los periodos en los que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal, periodos en los que el mismo cobraba un complemento de hasta el 100 % de su salario denominado complemento SOA.- **QUINTO:** El Tribunal Supremo en fecha de 21 de diciembre de 2009 en la que casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha 26 de noviembre de 2008. En dicha sentencia el Tribunal Supremo declara que para el año 2008 resulta de aplicación la Tabla Salarial aplicable a los trabajadores sujetos al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial de Granada para el sector de limpieza y conservación de alcantarillado publicado en el BOP de 27 de abril de 2006, debe ser el Acuerdo Tercero del mismo mas los incrementos anuales porcentuales que deben hacerse a la misma desde enero de 2004, incrementos que se concretan en el 4,1 % para el año 2004 y en los años siguientes en el incremento anual del IPC mas el 0,9 % lo que supone una subida del 4,6 % para el año 2005, del 3,6 % para el año 2006, del 5,1 % para el año 2007 y del 3,4% revisable con el incremento del IPC para el año 2008.- A raíz de esta sentencia la empresa demandada plantea un conflicto Colectivo que es resuelto por sentencia de 21 de diciembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada , posteriormente confirmadas por el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 10 de febrero de 2012 y 15 de abril de 2013 en las que se establece que a partir del año 2008 el Convenio Colectivo aplicable es el Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento, eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada.- El citado Convenio Provincial en su Acuerdo III establece que es voluntad de las partes que el 1 enero de 2008 entre en vigor la siguiente tabla salarial:

Conductor de día: 24.000 euros/año

Conductor de noche: 25.500 euros/año

Peón de día: 19.500 euros/año

Peón de noche: 21.000 euros/año

Encargado capataz: 27.700 euros/año.

Con el incremento anual del IPC mas el 0,9 % hasta el 31 de diciembre de 2010 desde 1 de enero de 2004.- Si antes del año 2010 se produce el vencimiento o prórroga de una contrata, las retribuciones anuales brutas para cada una de las categorías aceptadas será la de la tabla de referencia con los incrementos de IPC mas 0,9 % que le corresponden en ese momento.- **SEXTO:** El actor interpone papeleta de conciliación ante el CEMAC en fecha de 9 de noviembre de 2012. Se celebra el acto de conciliación en fecha de 27 de noviembre de 2012 con el resultado de Intentado sin Efecto, y demanda en fecha de 22 de marzo de 2013».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, la cual dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra la Sentencia dictada el día 22 de Julio de 2.014 por el Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Granada , en reclamación de diferencias salariales seguidas frente a la misma a instancias de D. Narciso , debemos revocar y revocamos referido pronunciamiento, en el sentido de condenar a la recurrente a abonar al actor de cantidad de 9.655,15€ en concepto de plus de transporte durante el período reclamado confirmándose en lo restante».

Con fecha 18 de febrero de 2015 se dictó auto de aclaración en el que consta la siguiente parte dispositiva: «Aclarar la sentencia dictada por la Sala de fecha 28 de enero de 2014, cuyo Fallo queda del tenor literal



siguiente: " Debemos revocar y revocamos referido pronunciamiento, en el sentido de condenar a la recurrente a abonar al actor de litis la cantidad condenada en la sentencia de instancia, menos la cuantía del plus de transporte, resultando a abonar la cuantía de 9.655,15 € durante el periodo reclamado, confirmándose lo restante." permaneciendo inalterado el resto de la resolución».

CUARTO.- Por el Letrado D. EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA, en la representación que ostenta de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (F.C.C.) se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2009 (Rec. 103-08).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En las presentes actuaciones, el accionante reclama de la demandada «Fomento de Construcciones y Contratas, SA» 11.355,24 euros, por diferencias salariales correspondientes al periodo Enero a Diciembre/2012, a consecuencia. Reclamación que se hace sobre la base, entre otras consideraciones: a) de que el «plus de transporte» que el trabajador había percibido por virtud del el convenio colectivo que la empresa venía aplicando [limpieza viaria], tenía naturaleza extrasalarial y que por ello no era computable a la hora de determinar las diferencias entre las retribuciones efectivamente percibidas por el referido convenio y el que judicialmente se declaró aplicable [plantas de tratamiento y transferencia R.S.U.]; y b) que la Tabla Salarial prevista en el Acuerdo Tercero del Convenio Provincial de aplicación debía ser actualizada más allá del 31/12/10, fecha prevista en el mismo.

2.- El J/S nº 5 de los de Granada dictó sentencia con fecha 22/Julio/2014 [autos 283/13], en la que acogió la pretensión actora sobre los dos referidos conceptos [naturaleza extrasalarial del plus y procedencia de la actualización]. E interpuesto recurso de suplicación por la empresa, la STSJ Andalucía/Granada 28/01/15 [rec. 2349/14] lo acogió parcialmente, calificando de retribución salarial y compensable el «plus de transporte» [1390,62 €], pero considerando que procedía la referida actualización, de manera que limitó la condena de la demandada al abono de 9.655,15 euros.

3.- Se formula recurso de casación para la unidad de la doctrina por «FCC SA», con un solo motivo en el que se denuncia la infracción de los arts. 86.3 ET , 3.1 y 1281 CC , aportándose como decisión de contraste la STS 10/Junio/09 [rco 103/08].

SEGUNDO.- 1.- Continuamente recordamos que el art. 219 LJS exige -para la admisión del recurso para la unidad de la doctrina- que las resoluciones a comparar en este recurso han de resultar contradictorias, en el sentido de que lleguen a soluciones diversas pese a ser esencialmente iguales en los presupuestos de hecho, fundamentos y pretensiones (recientes, SSTS 08/03/17 -rcud 2498/15 -; 20/04/17 -rcud 1202/15 -; y 25/04/17 -rcud 3190/15 -).

2.- Pues bien, en el presente caso se cumple adecuadamente la exigencia, por cuanto que en ambos casos se plantea la misma cuestión, la de si cabe la persistencia de la actualización salarial prevista en el convenio durante el periodo de «ultraactividad», cuando aquella se ha pactado expresamente para la vigencia del convenio colectivo y además se ha efectuado concreta indicación de tales fechas. Cuestión a la que ambas sentencias dan solución opuesta, pues mientras -como vimos- tal posibilidad es aceptada por el TSJ Andalucía, la posición que esta Sala ha mantenido en la sentencia de contraste es la de que «la claridad y contundencia de la norma convencional que contempla la eficacia temporal del incremento impiden» que continúe aplicándose la actualización.

3.- Ciertamente que nuestra doctrina en torno a la exigible contradicción viene entendiendo que la exigencia de igualdad se extiende, como es lógico, a la normativa aplicable al caso, de modo que la contradicción no existe -hemos dicho- si los hechos suceden bajo la vigencia de normas -o Convenios Colectivos- que los regulan de diferente modo (SSTS 18/12/91 -rcud 622/91 -; ... 28/06/16 -rcud 3984/14 -; 14/07/16 -rcud 3089/14 -; 29/11/16 -rcud 765/15 -; y 02/02/15 -rcud 2012/15 -). Y ello es así en razón a que «... cuando las pretensiones formuladas en los correspondiente procesos ... se fundan en normas distintas no puede apreciarse la identidad de las controversias, porque se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión» (SSTS 22/06/11 -rcud 2036/10 -; y 30/10/12 -rcud 3658/11 -). Y aunque de esta forma, la contradicción no puede apreciarse -por regla general- cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, sin embargo salvamos los supuestos excepcionales en los que se acredite la plena



identidad de las regulaciones, con el alcance precisado (SSTS 25/02/13 -rcud 3309/12; 25/10/13 -rcud 198/13 -; 12/12/13 -rcud 167/13 -; 17/06/14 -rcud 2098/13 -; y 02/02/15 -rcud 2012/15 -).

Pues bien, este último supuesto -excepción- es el caso de autos, siendo así que las respectivas normas a aplicar ofrecen innegablemente una redacción que es idéntica en sustancia: a) la cláusula a interpretar en autos refiere que «Las cantidades anteriormente reseñadas se incrementarán con el IPC anual más el 0,0% desde el día 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010»; y b) la estipulación examinada en la decisión referencial dice que «El incremento salarial aplicable en el presente convenio será el IPC para cada uno de los sucesivos [años] de vigencia del mismo (2005-2006), más el 0,50%...». Palmaria identidad en los supuestos y contradicción en las soluciones que justifica entremos -acto continuo- a examinar la cuestión de fondo planteada.

TERCERO.- 1.- Con arreglo a la doctrina sustentada por nuestra sentencia de contraste no cabe duda de que hemos de estimar el recurso, bastando para ello con referir la fundada argumentación que en aquella hicimos para justificar que nuestra negativa a que persistiese la obligada actualización en el periodo de «ultraactividad»: a) la interpretación literal que como primer elemento interpretativo impone el art. 3 CC, cuando se evidencia la intención de los contratantes; b) la inexistencia de la menor alusión a los años posteriores a la vigencia expresamente pactada; c) la vigencia del contenido normativo del convenio -tras su denuncia- en los propios términos del pacto...

2.- Pero con independencia de esta razón puramente doctrinal, lo que no cabe desconocer en autos -aunque no se hubiese argumentado por las partes ni por el Ministerio Fiscal- es que la cuestión de que tratamos ya ha sido específicamente resuelta por la STS 08/11/2016 [rco 102/16], que puso fin a conflicto colectivo planteado precisamente por la demandada «FCC, SA» y también por «FCC Medio Ambiente, SA», revocando la STSJ Andalucía/Granada 17/12/15 [autos 15/15] y declarando que «los salarios que las empresas accionantes deben abonar en el ámbito del Convenio Colectivo de aplicación desde el 01/01/2011, son los establecidos en la Tabla salarial del Acuerdo Tercero del Convenio Colectivo de Limpieza, actualizada hasta 31/12/10, sin que proceda -por aplicación del Convenio prorrogado- ninguna otra actualización más allá de tal fecha». Pronunciamiento que por fuerza ha de seguirse en las presentes actuaciones, siendo así que el art. 160 LJS dispone que la sentencia firme dictada en proceso de Conflicto Colectivo «producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél...».

3.- Al efecto de justificar la apreciación de oficio de la cosa juzgada, que es lo que procede hacer en este recurso, no hay que olvidar que rectificando criterio inicial restrictivo y expresivo de que la apreciación de oficio de la cosa juzgada no es posible en el RCUD, sino que debe invocarse expresamente en el mismo, concurriendo los presupuestos de contradicción y siempre que no se trate de una cuestión nueva traída al recurso (así, STS 16/06/98 -rcud 5062/97 -), muy tempranamente esta Sala matizó aquella doctrina y mantuvo que tal apreciación puede realizarse de oficio si el MF la alega en su informe y/o su existencia no pudo ser planteada en Suplicación por razones cronológicas (SSTS 23/07/99 -rcud 4817/98 -; 26/12/00 -rcud 1412/00 -), por no ser aceptable una rígida interpretación del concepto de «cuestión nueva» que conduciría al mantenimiento de dos resoluciones judiciales contrapuestas, que resultarían incomprensibles para los destinatarios de la Justicia e incompatibles con los más elementales principios de la lógica, con claro quebranto de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad. Y llegando más lejos también la hemos admitido -la apreciación de oficio- cuando se trata del efecto positivo y de supuesto previamente resuelto por la propia Sala Cuarta (SSTS 29/03/99 -rcud 1286/98 -; 08/02/00 -rcud 2208/99 -; 13/10/00 -rec. 79/00 -; 06/03/02 -rcud 1367/01 -; 05/05/09 -rcud 2019/08 -; y 04/03/10 -rco 134/07 -), estableciendo así un criterio doctrinal de tal contundencia que «ha hecho entrar a la cosa juzgada, en su manifestación positiva, en el Derecho Público, al declarar [Sentencias de esta Sala de 15/04/92 -rcud 1713/91 - y 19/05/92 -rcud 1471/91-, coincidentes con la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal] que el efecto de obligar al juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte, en demandas que presupongan lo juzgado, no tiene que ser excepcionado, sino que, incluso, puede ser apreciado de oficio» (SSTS 27/01/98 -rcud 1956/97 -).

Es más, en la misma línea también hemos mantenido: a) que esta apreciación de oficio «es más apropiada aún en el proceso laboral, donde normalmente se plantean cuestiones repetitivas ... y no sería coherente que por falta de alegación o prueba en un segundo pleito se pudieran hacer pronunciamientos distintos a lo ya determinado en una sentencia anterior» (SSTS 05/05/09 -rcud 2019/08 -; y 04/03/10 -rco 134/07 -); b) que en este momento procesal, la apreciación del efecto positivo se presenta más adecuada que la del efecto negativo, pues éste en gran medida defraudaría la finalidad del recurso unificador (STS 04/03/10 -rco 134/07 -); y c) que en todo caso, respecto de efecto positivo de la cosa juzgada, hemos dicho que «... una vez cumplida la exigencia de la contradicción, aunque sea en relación con otro motivo, la Sala está vinculada por la cosa juzgada a la hora de decidir sobre el fondo, como ya declararon en supuestos semejantes las sentencias de 30 de abril de 1994, 29 de septiembre de 1994, 29 de mayo de 1995, 23 octubre 1995, 27 enero 1998, 17 de



diciembre de 1998 , 29 de marzo de 1999 , 26 de diciembre de 2000 y 27 de mayo de 2003 » (así, SSTS 23/10/95 -rcud 627/95 -; 08/02/00 -rcud 2208/99 -; 06/03/02 -rcud 1367/01 -; 03/03/09 -rcud 1319/08 -; 25/05/11 -rcud 1582/10 -; 20/10/14 -rcud 2358/13 -; y 22/06/15 -rcud 853/14 -).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que no sólo la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste, que lo es por las razones antedichas [Tercero.1] sino que su solución se impone por apreciación -de oficio- de la cosa juzgada, conforme a las razones previamente expuestas. Lo que ha de resolverse con devolución del depósito e importe de la consignación [art. 228 LJS], y sin imposición de costas [art. 235.1 LJS].

FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA». 2º.- Revocar en parte la STSJ Andalucía/Granada 28/01/15 [rec. 2349/14] y desestimar íntegramente la demanda interpuesta por DON Narciso . 3º.- Acordar la devolución del depósito y el importe de la consignación o cancelación del aseguramiento, sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.