



Roj: **STS 2579/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2579**

Id Cendoj: **28079140012020100573**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2020**

Nº de Recurso: **544/2019**

Nº de Resolución: **606/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 10936/2018,**
STS 2579/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 544/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 606/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 7 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Cesar y D. Cirilo, representados y defendidos por la Letrada Sra. Pérez Crespo, contra la sentencia nº 6301/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de noviembre de 2018, en el recurso de suplicación nº 4852/2018, interpuesto frente a la sentencia nº 79/2018 de 20 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona, en los autos nº 309/2016, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), sobre cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrida la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), representada y defendida por la Letrada Sra. González Rivero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta



por D. Cesar y D. Cirilo , contra la entidad ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos formulados".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1.- Los actores, D. Cesar y D. Cirilo , vienen prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), con las siguientes circunstancias:

- Cesar : antigüedad de 27-7-2.009, categoría profesional de Factor de Circulación de Segunda, en virtud de contrato laboral indefinido, jornada completa.
- Cirilo : antigüedad de 9-3-2.009, categoría profesional de Factor de Circulación de Segunda, en virtud de contrato de trabajo indefinido, jornada completa.

2º.- D. Cesar tenía su residencia laboral en la estación de Montcada Bifurcación, y D. Cirilo , en la estación de Barcelona-Sant Andreu Contal.

3º.- En fecha 20-4-2.014 se publicó la convocatoria en la empresa demandada una convocatoria para la cobertura de Puestos de Mando Intermedio y Cuadro de carácter definitivo (Código Convocatoria: DGECMI-02/2014), en la que se ofrecieron plazas de las categorías de Supervisor de Circulación de Regulación y Gestión (N2).

4º.- Los actores se presentaron a dicha convocatoria, siéndoles adjudicada a cada uno de ellos una plaza en la Jefatura de tráfico Centro Madrid Chamartín (Supervisor de Circulación de Regulación y Gestión N2), siendo la resolución definitiva de fecha 16-6-2.014; en la misma se fijaba que la fecha en que empezarían a regir los cambios de situación de esta convocatoria, tanto en la fase de movilidad geográfica como de la funcional, sería el 15-12-2.014.

5º.- D. Cesar tomó posesión en su nuevo destino el 1-5-2.017, y D. Cirilo el 3-2-2.017.

6º.- En el periodo 16 de enero de 2.015 hasta la toma de posesión en los nuevos destinos los actores han percibido la Clave 553 "Gastos de destacamento por demora de traslado", en los siguientes importes:

- Cesar :

-Año 2.015: 3.309,45 euros.

-Año 2.016: 4.062,20 euros.

- Cirilo :

-Año 2.015: 3.165,20 euros.

-Año 2.016: 3.057,63 euros.

7º.- Por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se siguieron actuaciones, emitiéndose informe de 17-10-2.016, aportado como documento nº 5 de la parte actora, y cuyo contenido se tiene aquí por reproducido. En el mismo se constata que las plazas adjudicadas a agentes de Barcelona, entre ellos los actores, en la convocatoria de abril de 2.014 por resolución definitiva de 16-6- 2.014, estaban vacantes, y que eran ocupadas por otros trabajadores con destino en otras residencias que se hallaban cedidos en Madrid Chamartín con inferior categoría, algunos de los que se habían presentado a las convocatorias de los años 2.011 y 2.012 para los puestos de mando no habiendo obtenido plaza; así como que existían trabajadores pertenecientes ala Jefatura Operativa de Barcelona que estaban cedidos en otras provincias o que estando en Barcelona no realizan sus funciones en el sitio correspondiente al estar cedidos en otras áreas. La Inspección de Trabajo requirió a la empresa para que procediera a la mayor brevedad posible a realizar las acciones oportunas para poder trasladar a los 17 agentes de Barcelona a los nuevos puestos asignados de Mandos Intermedios por resolución definitiva de 16-6-2.014.

8º.- Cesar durante el año 2.015 percibió un salario fijo (compuesto de salario base, antigüedad, primas, paga extraordinaria, retribución objetivos empresa), de 28.295,04 euros, y una retribución variable de 1.245,79 euros; en el año 2.016 percibió un salario fijo de 29.021,99 euros y una retribución variable de 812,38 euros.

9º.- Cirilo durante el año 2.015 percibió un salario fijo (compuesto de salario base, antigüedad, primas, paga extraordinaria, retribución objetivos empresa), de 28.398,04 euros, y una retribución variable de 5.142,58 euros; en el año 2.016 percibió un salario fijo de 30.181,95 euros y una retribución variable de 2.883,98 euros.

10º.- El salario fijo establecido para la categoría de Mandos Intermedios por el Convenio Colectivo (BOE 20-5-2.016) es de 30.629,04 euros anuales, la retribución variable de 4.214,61 euros anuales como máximo.



- 11º.- La pareja de D. Cirilo reside en Madrid, y el mismo ha viajado desde Barcelona a Madrid, desde julio de 2.014 a enero de 2.017, con un coste de 1.730,40 euros (Documento nº 20 de la parte actora).
- 12º.- D. Cirilo ha tenido alquilada una vivienda en Barcelona, siendo el precio de 550 euros mensuales(documento nº 18).
- 13º.- En fecha 24-1-2.016 los actores presentaron reclamación previa ante el Departamento de Recursos Humanos de ADIF, en solicitud de que se fijara la fecha de toma de posesión en los nuevos destinos, y se les abonara en concepto de indemnización de daños y perjuicios las diferencias entre la retribución percibida y la que debieran haber percibido en sus nuevos destinos, con descuento de lo pagado en concepto de Gastos de destacamento por demora en el traslado, 8.757 euros para cada uno, y al Sr. Cirilo , además, disponiendo el mismo de vivienda en Madrid, el alquiler de la vivienda en Barcelona, a razón de 550 euros mensuales por 20 meses (11.000 euros), y los gastos de transporte en el desplazamiento desde Barcelona a Madrid para ver a su pareja un total de 695,20 euros; sin perjuicio de su actualización con el transcurso del tiempo.
- 14º.- En fecha 10-3-2.016 ADIF desestimó la reclamación previa, entendiendo que no procedía pago alguno en virtud de la legislación laboral y el marco normativo paccionado, indicando que, en cualquier caso, las cantidades que se reclaman anteriores a un año a la presentación de la reclama estaban prescritas.
- 15º.- La empresa demandada calcula las diferencias retributivas entre lo percibido por los actores como Factores de Circulación 2ª y lo debido percibir como Mandos Intermedios en el nuevo destino, del siguiente modo:
- Cesar :
- Retribución fija* percibida años 2.015 y 2.016: 28.295,04 euros + 29.021,99 euros/2= 28.658,55 euros.
- Retribución fija* Mandos Intermedios: 30.629,04 euros.
- Diferencia retribución fija: 30.629,04 euros-28.658,55 euros= 1.970,49 euros año/12 meses=164,20 euros mensuales.
- Retribución variable* percibida años 2.015 y 2.016: 1.245,79 euros +812,38 euros=2.058,17 euros/2=1.029,08 euros.
- Retribución variable* Mandos Intermedios: 4.214,92 euros.
- Diferencia retribución variable: 4.214,92-1.029,08 euros=3.185,84 euros/12 meses=265,49 euros mensuales.
- Diferencia total retribución*: 429,69 euros mensuales.
- Cirilo :
- Retribución fija* percibida años 2.015 y 2.016: 28.398,04 euros + 30.181,95 euros/2= 29.289,99 euros.
- Retribución fija* Mandos Intermedios: 30.629,04 euros.
- Diferencia retribución fija: 30.629,04 euros-29.289,99 euros= 1.339,05 euros año/12 meses=111,59 euros mensuales.
- Retribución variable* percibida años 2.015 y 2.016: 5.142,58 euros +2.883,98 euros=8.026,56 euros/2=4.013,28 euros.
- Retribución variable* Mandos Intermedios: 4.214,92 euros.
- Diferencia retribución variable: 4.214,92-4.013,28 euros=201,64 euros/12 meses=16,80 euros mensuales.
- Diferencia total retribución*: 128,39 euros mensuales".
- SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Cesar y D. Cirilo frente a la sentencia nº 79/2018, dictada en fecha 20 de febrero de 2018 por el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona en los autos 309/2016, que confirmamos en su totalidad. Sin costas".
- TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Pérez Crespo, en representación de D. Cesar y D. Cirilo , mediante escrito de 21 de enero de 2019, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de junio de 2017 (rec. 383/2017).



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 3 de octubre de 2019 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Al igual que sucede en los recursos de casación unificadora 1392/2019 y 1400/2018, deliberados en la misma fecha, se discute sobre las consecuencias de que se supere una prueba convocada por ADIF para la obtención de una plaza de superior categoría y retribución, demorándose la toma de posesión sin causa aparente.

1. Hechos relevantes.

Los dos actores vienen prestando sus servicios por cuenta de ADIF como factores de circulación de segunda. El Sr. Cesar en la estación de Montcada Bifurcación y el Sr. Cirilo en Barcelona Sant Andreu.

Ambos concurren a una convocatoria para la cobertura de Puestos de Mando Intermedio y Cuadro (MIC), de carácter definitivo, en la que se ofrecieron plazas de categorías de Supervisor de Circulación de Regulación y Gestión.

A resultas de tal convocatoria ADIF les adjudica sendas plazas en la Jefatura de Tráfico Centro Madrid Chamartín. El 15 de diciembre de 2014, según la resolución definitiva de 16 de junio de 2014, deberían iniciar el desempeño de sus nuevos destinos.

Lo cierto es que el Sr. Cesar tomó posesión el 1 de mayo de 2017 y el Sr. Cirilo el 3 de febrero de 2017.

En la demanda solicitaban el reconocimiento del derecho a la toma de posesión efectiva e inmediata de sus plazas a como Supervisores en la residencia de destino así como la condena al abono de sendas cantidades en concepto de daños y perjuicios por la demora del traslado injustificada y sin cobertura legal, y ello sin perjuicio de su actualización por el tiempo transcurrido hasta el momento de la efectiva toma de posesión de la plaza o hasta el acto del juicio.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 79/2018 de 20 de febrero el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona desestima la demanda.

Considera prescritas las cantidades reclamadas correspondientes a los periodos desde febrero de 2016 a septiembre del mismo año. En consecuencia, examina el importe de lo reclamado de febrero de 2015 a enero de 2016 y de octubre de 2016 a la respectiva fecha de incorporación al destino. La sentencia se hace eco de que, según la empresa, no procede el abono de cantidad alguna porque se trata de aplicar lo previsto en el convenio colectivo. En todo caso, si se estimara la demanda por los importes no prescritos, al Sr. Cesar le correspondería 8.164,11 euros y al Sr. Cirilo 1669,07 euros.

Acoge la tesis empresarial de que estamos ante una eventualidad prevista por el convenio, por lo que hay que estar a sus términos: en suma, la compensación que procede consiste en el abono de los Gastos de Destacamento por demora.

B) La STSJ Cataluña 6301/2018 de 29 noviembre (rec. 4852/2018) desestima el recurso de suplicación interpuesto por los demandantes y confirma "en su integridad" la sentencia de instancia.

Rechaza la revisión de hechos probados interesada por ambos y recalca que los datos retributivos y los cálculos empresariales (acogidos en el HP 15º) deben permanecer como correctos.

Desestima el motivo articulado sobre prescripción parcial de lo reclamado, manteniendo el criterio del Juzgado sobre las eventuales diferencias devengadas en el periodo que media desde febrero de 2016 a septiembre del mismo año.

Respecto del tema de fondo, entiende que el abono del complemento de gasto de destacamento por demora de traslado compensa suficientemente los daños y perjuicios, invocando la doctrina de la STS 22 diciembre



2005 (rcud. 709/2005), sobre traslado voluntario de un agente a quien no se le facilita el cambio dentro del plazo habilitado al efecto.

La sentencia refiere doctrina judicial concordante, aunque deja constancia de que la STSJ Madrid 23 junio 2017 (rec. 383/2017) sostiene el criterio opuesto.

3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Con fecha 21 de enero de 2019 la Abogada y representante de los trabajadores formaliza su recurso de casación unificadora. Insiste en su pretensión, compara las sentencias opuestas, recalca la regulación que considera infringida (normativa de ADIF, art. 39.3 ET) e invoca en su favor la STS 22 diciembre 2005 (rcud. 709/2005).

Subraya que no se está ante un caso de demora en un traslado a otro puesto dentro de la misma categoría, sino de que el trabajador se ve privado del derecho al salario correspondiente a la categoría superior que ha obtenido.

Finaliza interesando que casemos y anulemos la sentencia recurrida, al no contener la buena doctrina.

B) Con fecha 17 de octubre de 2018, representada y asistida de Abogado, ADIF formula su impugnación al recurso interpuesto. Considera que no hay sentencias contradictorias porque en el presente caso concurre una movilidad geográfica inexistente en la referencial. De manera subsidiaria se expone que "no cuestiona el requisito de contradicción, pero sí que de adverso se haya fundamentado jurídicamente la infracción de ley".

En todo caso, descarta la infracción del artículo 39.3 ET pues aquí no hay encomienda de funciones superiores o inferiores y, por fin, recuerda que las cantidades prescritas nunca podrían obtenerse pues el recurso no presenta sentencia de contradicción al respecto.

C) Con fecha 30 de octubre de 2019 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS. Considera inexistente la contradicción entre sentencias, porque la movilidad geográfica no aparece en el caso referencial y el abono de compensación ha sido diverso. Subsidiariamente, descarta que sea aplicable el artículo 39.3 ET y entiende que hay que estar a la compensación prevista en el convenio para estos casos.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

La sujeción al principio de legalidad (art. 9.3 CE), la necesidad de dispensar tutela judicial efectiva a todas las partes del procedimiento (art. 24.1 CE) y la exigencia legal de que abordemos el fondo de los recursos de casación unificadora solo si concurren sus presupuestos (art. 219.1 LRJS) nos obligan a examinar si concurre la preceptiva contradicción entre las sentencias opuestas, máxime cuando la misma ha sido cuestionada tanto por el Ministerio Fiscal cuanto por la impugnante del recurso.

1. Requisitos generales.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. La sentencia referencial.

La parte demandante señala como referencial la sentencia 620/2017 de 23 junio, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 383/2017).

Examina un supuesto sustancialmente igual al de autos, pues también en ese caso se resolvía sobre la reclamación de cantidad deducida por otro compañero de los actores, frente a la misma empleadora, por las diferencias salariales devengadas en parecido periodo (abril/2015 a marzo/2016), entre la categoría de factor de 2º originaria y la ganada tras superar el mismo concurso de supervisor de circulación.



La sentencia desestima el recurso de ADIF, frente a la dictada en la instancia que estimó la demanda, por considerar que estamos ante la cobertura de una plaza obtenida por ascenso y no ante una demora por traslado de un puesto a otro dentro de la misma categoría, resultando por ello de aplicación el art. 39.3 ET. Recalca que existen personas desempeñando las plazas obtenidas por el reclamante, pese a que no aprobaron las pruebas convocadas al efecto.

3. Existencia de contradicción.

Consideramos que la contradicción entre las sentencias comparadas es patente, como admite la propia recurrida cuando hace balance de los criterios acogidos por la doctrina judicial.

Que en un caso (el presente) concorra la necesidad de movilidad geográfica y en el otro no sea así carece de relevancia a los efectos del debate sobre las consecuencias de que se demore el efectivo acceso a las plazas obtenidas.

Igualmente carece de relevancia que en la demanda inicial de estos autos se reclamara otros daños y perjuicios, los cuales han quedado fuera del debate de suplicación y, por ende, del que ahora resolvemos.

En ambos casos, también, queda constancia de que ADIF tenía plazas acordes con la categoría de los demandantes que estaban siendo desempeñadas por quienes no las habían obtenido en el referido proceso.

Finalmente digamos que la comparación no se ha buscado respecto de la estimación parcial de prescripción que contiene la sentencia recurrida. Eso significa que si prosperase el recurso de los trabajadores las consecuencias habrían de ser las precisadas en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de instancia, en concordancia con el HP decimoquinto. Así lo recalca el Fundamento de Derecho Segundo de la STSJ ahora recurrida.

Tampoco hay discusión acerca de un eventual descuento de las cantidades percibidas en concepto de destacamento por demora en la incorporación al nuevo destino.

4. Unificación doctrinal posible.

Al resolver el recurso de casación unificadora, esta Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93-; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06-; y 23/12/08 -rcud 3199/07-). Este Tribunal "no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida" (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02-; 16/01/06 -rcud 670/05-; y 07/07/06 -rcud 1077/05-).

Pero cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas", 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).

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. "Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores", siempre que resuelva "el debate planteado en suplicación" (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

En nuestro caso: alcanzada la conclusión de que las sentencias son contradictorias, la unificación doctrinal no pasa por elegir entre la interpretación de las dos sentencias opuestas (sobre si opera o no el artículo 39.3 ET) sino que, respetando, eso sí, los términos en que está suscitada la controversia, podemos acceder a una u otra respuesta a partir de la fundamentación que consideremos preferible. De este modo, salimos al paso del óbice desplegado por ADIF y Ministerio Fiscal, advirtiendo que en el caso no había desempeño de funciones superiores a las propias y que, por definición, el artículo 39.3 ET es inaplicable.

TERCERO.- Alcance de la regulación aplicable.

1. Examen.

El procedimiento de acceso a la categoría profesional de Mando Intermedio y Cuadro en la empresa ADIF se regula en el Marco Regulador del Mando Intermedio y Cuadro, contenido en el XII Convenio de Renfe, en cuyo apartado 4.1 se dice lo siguiente:



4.1 Acceso a la categoría profesional de Mando Intermedio y Cuadro. Todos los trabajadores que accedan a puestos de Mando Intermedio y Cuadro se adscribirán obligatoriamente a esta regulación. La cobertura de puestos correspondientes a la categoría profesional de Mando Intermedio será objeto del oportuno proceso de selección, a efectuar entre el personal adscrito a este grupo, o entre el personal del nivel salarial inmediatamente inferior perteneciente a los grupos profesionales adecuados al perfil del puesto a cubrir. Para los puestos definidos como Cuadro, el proceso de selección se efectuará entre cualquier trabajador con la titulación adecuada para su desempeño, o conocimientos equiparables cuando la titulación no sea requisito imprescindible. En el proceso de selección para la cobertura de puestos de Mando Intermedio y Cuadro se informará de la retribución asignada a cada uno de ellos. A los candidatos admitidos se les someterá a un sistema de selección que comprenderá la totalidad o alguna de las pruebas siguientes, diseñadas en función de las necesidades profesionales del puesto a cubrir: Prueba teórico-profesional. Prueba práctica. Prueba psicotécnica. Los factores a considerar en los procesos de selección serán las puntuaciones obtenidas en las pruebas indicadas, junto con la antigüedad en la categoría, si los aspirantes fuesen de la misma categoría laboral, o la antigüedad en la empresa si perteneciesen a categorías diferentes, con los niveles de ponderación que se indican: Prueba teórico-profesional: 30 puntos. Prueba práctica: 30 puntos. Prueba psicotécnica: 30 puntos. La antigüedad se establece en el 10 por 100 de la puntuación teórica máxima, en relación a las pruebas que se establezcan. Las pruebas que se realicen se llevarán a cabo con la participación de la representación de los trabajadores, a los efectos de garantizar el correcto desarrollo de las mismas, con presencia en la realización de las pruebas y siendo debidamente informada de la resolución del proceso de selección. El período de prueba del colectivo de Mando Intermedio y Cuadro, que habrá de cumplirse con servicios efectivos, será de cuatro meses".

La Norma Marco de Movilidad, contenida en el XII Convenio de Renfe, es aplicable a los procesos de promoción a la categoría profesional de Mando Intermedio y Cuadro, en cuyo apartado 1.4 se regula la adjudicación de las plazas del modo siguiente:

"La adjudicación de plazas se realizará entre los trabajadores que hayan participado, pertenecientes al ámbito geográfico y funcional de la convocatoria, conforme a la ordenación obtenida por aplicación de los criterios indicados en el punto anterior.

Se publicará una resolución provisional al objeto de que los trabajadores puedan reclamar contra los datos que intervienen en la ordenación de los participantes, dentro del plazo que se fije al efecto. Una vez analizadas las reclamaciones se procederá a la adjudicación definitiva de plazas, sin que exista la posibilidad de renunciar a la plaza asignada. Los cambios de situación resultantes del proceso de movilidad se comunicarán documentalmente a los interesados".

El apartado 1.5 de la Norma Marco de Movilidad, que regula la toma de posesión, dice lo siguiente:

"Como norma general, en el plazo máximo de diez días desde la fecha en que deba empezar a regir el cambio de situación, el trabajador deberá tomar posesión de la plaza asignada. No obstante, se tendrán en cuenta las circunstancias siguientes: a) Si la plaza asignada pertenece a la misma Unidad de Negocio u Órgano Corporativo desde el que ha participado el trabajador, el plazo para la toma de posesión será de un mes. b) Si la plaza asignada pertenece a una Unidad de Negocio u Órgano Corporativo distinto al que estaba adscrito el trabajador, el plazo para la toma de posesión será de tres meses. A partir de uno y tres meses, respectivamente, los trabajadores percibirán la cantidad fijada en las tablas salariales vigentes en concepto de gastos de destacamento por demora de traslado".

En el XIII Convenio de RENFE se añadió un párrafo final al apartado 1.5 de la Norma Marco de Movilidad, que dice lo siguiente: "Se establece que a contar desde la fecha en que se haga efectivo el cese en su dependencia, el trabajador deberá tomar posesión de su nuevo destino en el plazo máximo de cinco días naturales, abonándose todos los conceptos durante estos días en el supuesto de cambio de domicilio".

2. Valoración.

Como se observa, el proceso de adjudicación de las plazas de Mando Intermedio y Cuadro se ajusta al régimen regulador de la Norma Marco de Movilidad, en cuyo apartado 1.5 se establece el protocolo para la toma de posesión, que se constituye en requisito constitutivo para el desempeño del nuevo puesto de trabajo.

Dicho apartado tiene una regulación peculiar, puesto que en su primer párrafo establece una regla general, según la cual el trabajador deberá tomar posesión de la plaza asignada en el plazo máximo de diez días desde la fecha en que deba empezar a regir el cambio de situación, lo que constituye un mandato perentorio. Sin embargo, los apartados a) y b) excepcionan la regla general antes dicha, puesto que, si la plaza asignada pertenece a la misma Unidad de Negocio u Órgano Corporativo desde el que ha participado el trabajador, el plazo para la toma de posesión será de un mes, o de tres meses, si la plaza asignada pertenece a una Unidad



de Negocio u Órgano Corporativo distinto al que estaba adscrito el trabajador, lo que vacía de contenido la generalidad de la primera regla.

El apartado siguiente cuestiona nuevamente lo pactado en los precedentes, puesto que, si los trabajadores no tomaran posesión de sus plazas en los plazos mencionados, se les indemnizará con la cantidad fijada en las Tablas Salariales vigentes en concepto de gastos de destacamento por demora de traslado. Dicha compensación no distingue entre los supuestos de movilidad horizontal, de los casos de movilidad ascendente.

CUARTO.- Doctrina pertinente.

Tanto la STSJ recurrida cuanto los recurrentes invocan en apoyo de sus argumentos, pese a ser antagónicos, la doctrina sentada por la STS 22 diciembre 2005 (rcud. 709/2005), pero el debate versa sobre traslado voluntario de un agente a quien no se le facilita el cambio dentro del plazo habilitado al efecto. Solo se discutía sobre el derecho a percibir la compensación de gastos (sin debate alguno sobre salario) y sobre la posibilidad de que la Comisión Mixta dilatase el plazo de incorporación al nuevo destino. Algo bien diverso de lo que nos ocupa.

La jurisprudencia de esta Sala, en SSTs 21 de marzo de 2012 (rcud 2459/2011), 9 octubre 2012 (rcud. 4331/2011); 3 diciembre 2012 (rcud. 609/2012); 26 febrero 2013 (rcud. 564/2012) y 10 diciembre 2013 (rcud. 353/2013) ha estudiado las previsiones del apartado 1.5 de la Norma Marco de Movilidad en supuestos de movilidad horizontal, para los cuales las bases de las convocatorias fijan una fecha tope para la toma de posesión, que se demoró en el tiempo por la empresa, reclamándose por los trabajadores, que se les abonaran los gastos por destacamento, lo que se desestima finalmente por las razones siguientes: "... la indemnización solicitada es la prevista en el punto 1.5 de la Convocatoria para el retraso en tomar posesión de las plazas ya adjudicadas, como consecuencia de esperar, por conveniencia de la empresa, a que se cubran por otros medios las plazas que queden descubiertas en su residencia, y el retraso producido en este supuesto no se debió a la demora en tomar posesión después de haberle sido adjudicada definitivamente su plaza en el concurso de traslado, sino al retraso en la resolución del concurso, lo que, como hemos dicho, podría dar lugar, en su caso, a una acción indemnizatoria distinta por daños y perjuicios".

Es decir, la Sala no se ha pronunciado hasta ahora en supuestos de movilidad vertical, en los que, una vez adjudicada la plaza con carácter definitivo y previéndose en las bases de la convocatoria que la fecha en que comenzarán a regir los cambios de situación de la misma, tanto en la fase de movilidad geográfica como de la funcional (el 15 de diciembre de 2014), se retrasa la toma de posesión. Los actores, en ese intervalo, siguen en sus puestos de trabajo originarios y realizando las funciones correspondientes (Factor de Circulación de 2ª). La empresa les compensa con una indemnización por gastos de destacamento conforme a lo dispuesto en el apartado 1.5 de la Norma Marco de Movilidad. Los accionantes reclaman el abono de las diferencias entre ambas categorías, más los gastos de desplazamiento, puesto que la empresa ha bloqueado sine die su derecho de promoción profesional y económica.

QUINTO.- Resolución del recurso.

1. Previsiones legales concordantes.

A) Recordemos que todos los trabajadores tienen derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 35.1 CE, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente. En concordancia, el art. 4.2.b ET dispone que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a la promoción profesional y económica, tratándose de un derecho esencial, que se desarrolla específicamente en los arts. 23 a 25 ET.

El art. 24 ET, que regula el régimen de ascensos, prevé en su apartado primero que los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que establezca el convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, mientras que el art. 25 ET, que contempla la promoción económica, dispone en su apartado primero que el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual.

B) El artículo 4.2.f) ET reconoce el derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida. Se configura como "el correlato básico del plasmado en la Constitución, según el cual todos los españoles tienen derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia" (STS 10 marzo 1989). La determinación del *quantum* retributivo, por tanto, está sujeta a las mismas reglas que cualquier otro derecho integrado en la relación laboral, comenzando por el respeto a la jerarquía normativa (art. 9.3 CE).



C) El art. 39 ET regula la movilidad funcional y en su apartado tercero dispone que el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen.

D) De la precedente y sencilla exposición derivan algunas conclusiones tan elementales como relevantes: 1ª) Si la empresa encomienda a sus trabajadores la realización de funciones inferiores a las de su categoría, deberá mantenerles la retribución de la misma, porque si no se hiciera así quebraría injustificadamente el equilibrio contractual. 2ª) La remuneración correspondiente a quien ha obtenido una categoría superior a la desempeñada debe ser la de destino, por así exigirlo la correspondencia entre ambas magnitudes. 3ª) El legislador, en cumplimiento del derecho constitucional a la promoción profesional y económica de los trabajadores, ha dado una especial relevancia a esos derechos, cuya ejecución se encomienda a los convenios colectivos, que podrán desarrollarlos de la manera que consideren sus negociadores, siempre que no queden vacíos de contenido o se tornen irreconocibles.

2. El examen de la legalidad del convenio.

Ya ha quedado claro que el régimen convencional en liza no distingue entre los supuestos de movilidad horizontal, de los casos de movilidad ascendente, lo cual comporta que se indemnice igualmente dos circunstancias completamente diferentes: en los supuestos de movilidad horizontal los trabajadores continúan realizando el mismo trabajo y cobrando el mismo salario que cuando tomen posesión de su nueva plaza, compensándoseles los gastos de desplazamiento, mientras que, en los supuestos de movilidad vertical, los trabajadores, que han ganado definitivamente sus plazas en concurso, son mantenidos unilateralmente por la empresa en sus puestos de trabajo, realizando las mismas funciones y percibiendo el mismo salario.

Este resultado contradice las exigencias de su derecho a la promoción profesional y económica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 CE, en relación con los arts. 4.2.b, 24 y 25 ET, sin que la indemnización de los gastos de destacamento compense en absoluto la pérdida de sus derechos a la promoción profesional y económica. Igualmente, se trata de una conclusión que ignora las exigencias del derecho a percibir la remuneración que corresponda conforme a las normas aplicables.

Desde esta perspectiva, lo que el recurso interesa es que no se aplique el apartado 1.5 de la Norma Marco de Movilidad, puesto que su movilidad es vertical-ascendente y no puede quedar al arbitrio de la empresa retrasar sine die la toma de posesión en su nuevo puesto de trabajo, una vez constatado que en las bases de convocatoria se estableció que "la fecha en que comenzarán a regir los cambios de situación de esta convocatoria, tanto en la fase de movilidad geográfica como de la funcional, será el 15 de diciembre de 2014". Reclaman que se les indemnice con las diferencias retributivas entre ambas categorías profesionales, así como otros gastos, aunque esta segunda cuestión ha quedado al margen del debate casacional. Por el contrario, ADIF mantiene que se ha ceñido rigurosamente a lo pactado en el convenio, por lo que no cabe indemnización alguna.

La Sala se ha ocupado reiteradamente de resolver supuestos de impugnación de los actos que se produzcan en aplicación del convenio, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. Por ejemplo, la STS 99/2019 de 7 de febrero (rc. 223/2017) concluye así:

"Tal y como bien se indica en la resolución recurrida, debe aplicarse en estos casos lo dispuesto en el art. 163. 4 LRJS cuando dice que: " La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos".

Con total rotundidad nos dice este precepto que no hay obstáculo legal para que los trabajadores puedan plantear conflictos colectivos - o individuales- contra las actuaciones que lleven a cabo las empresas en la aplicación de un convenio colectivo, fundadas precisamente en la consideración de que los preceptos convencionales a los que se acoge la empresa son contrarios a derecho, sin necesidad de la impugnación directa de tales preceptos, y sin perjuicio de que el órgano judicial debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal esa circunstancia si entiende finalmente que son ilegales aquellas previsiones convencionales.

3. Criterio de la Sala.

A) Consideramos que la aplicación del apartado 1.5 de la Norma Marco de Movilidad que asume la sentencia recurrida no se ajusta a Derecho, por cuanto vacía de contenido el derecho a la promoción profesional y económica del demandante, garantizada por el art. 35.1 CE, en relación con los arts. 4.2.b, 24 y 25 ET, puesto



que permite bloquear sin límite la toma de posesión de su puesto de trabajo, aunque la propia ADIF se había dado como límite para que rigieran los cambios de situación derivados de la convocatoria, tanto en la fase de movilidad geográfica como en la funcional, el 15 de diciembre de 2014, sin que el abono de los gastos de destacamento compense el perjuicio sufrido.

B) Tienen razón los recurrentes, pero no es que estemos ante un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, sino ante una verdadera reclamación de los salarios adeudados, no cuadrando a tal supuesto la invocación de los correspondientes preceptos del Código Civil sobre incumplimiento contractual. Recordemos que la naturaleza jurídica de las percepciones económicas derivadas de la relación laboral no depende de la denominación recibida o de la voluntad de las partes. Desde el momento de la toma de posesión en la nueva plaza desde que transcurre el plazo posesorio máximo fijado al efecto, quien ha obtenido un ascenso debe ser remunerado conforme a su nueva clasificación profesional, incluso en el caso extremo de que la empresa se retrase en darle cualquier ocupación(art. 30 ET).

C) A la solución postulada por el recurso puede accederse mediante una interpretación correctora de lo previsto en el convenio colectivo (lo que aboca a considerarlo parcialmente ilegal) o mediante una interpretación integradora (que considere lo previsto en el convenio como compatible con el abono de las retribuciones propias del nuevo puesto de trabajo obtenido). A nuestros efectos, resulta tan válido un camino cuanto el otro, puesto que se trata de unificar la solución al tipo de litigio en cuestión.

D) La STS 968/2018 de 20 noviembre (rc. 221/2017) ha resumido la doctrina de la Sala sobre el alcance de las sentencias sobre impugnación de convenios:

Ante la confusa redacción de la LRJS, nuestra doctrina ha debido precisar los límites del control judicial de referencia. De manera resumida, la doctrina sentada, que hemos de respetar por elementales razones de coherencia y seguridad jurídica, es la que sigue.

A través de la impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación.

El fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido.

Para descartar la ilegalidad solicitada cabe evidenciar que una o varias interpretaciones así lo exigen, pero sin que ese razonamiento o condicionante acceda al fallo.

La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a Derecho y descartando su ilegalidad, vincula con los efectos propios de la cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio pero no otros entendimientos.

Conflictos (individuales o colectivos) posteriores pueden versar sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales.

Puesto que consideramos que cabe una interpretación de lo previsto en el convenio colectivo que no exija su declaración de ilegalidad, no vamos a activar el mecanismo nomofiláctico que el artículo 163.4 LRJS alberga.

4. Estimación del recurso.

A) Por las razones expuestas procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina. La sentencia de suplicación acoge una doctrina errónea sobre las consecuencias retributivas de que la empresa no asigne tareas propias de la superior categoría ganada. Transcurrido el plazo posesorio máximo, el devengo de los salarios propios de esa nueva categoría resulta ineludible consecuencia del régimen contractual que la Ley contiene.

B) El artículo 228.2 LRJS dispone que *si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada*. La sentencia recurrida considera aplicable en su literalidad la compensación prevista por el convenio colectivo como "gastos de destacamento por demora de traslado", cuando lo cierto es que se debe satisfacer la remuneración salarial propia de la categoría alcanzada.

Como hemos recordado, en el recurso de casación unificadora no estamos sujetos a un rígido sistema de alternativas en la identificación de cuál sea la solución legalmente aplicable. Eso significa que el éxito del recurso no depende solo de la aplicación del artículo 39.3 ET, aunque es innegable que su construcción la presupone, sino que existen otros importantes apoyos ya expuestos.



C) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, hemos de estimar parcialmente el recurso interpuesto por los demandantes contra la sentencia del Juzgado de lo Social. Teniendo en cuenta las remuneraciones probadas y los periodos prescritos, al Sr. Cesar le corresponde una cantidad de 8.164,11 euros y al Sr. Cirilo una cantidad de 1.669,07 euros, sin perjuicio del interés por mora en el pago de tales cantidades (art. 29.3 ET).

Advirtamos que en el seno de este procedimiento no ha habido discusión acerca de si procedía descontar de esas cantidades lo percibido en concepto de gastos por destacamento, sino que han quedado como definitivamente litigiosas las cantidades ya mencionadas para cada uno de los reclamantes. Pero nuestra doctrina aboca a diferenciar el devengo de las remuneraciones salariales y el de los gastos por destacamento.

D) Por otro lado, el mismo artículo 228.2 LRS sigue disponiendo que *En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley*. No existiendo en nuestro caso tales garantías o depósitos, carece de sentido realizar cualquier pronunciamiento al respecto.

E) Por lo demás, el artículo 235.1 LRJS prescribe que *la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social*. Los términos en que está redactado el precepto comportan que no proceda la imposición de costas respecto de la casación unificadora, pero tampoco de la suplicación.

FALLO

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

:

- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Cesar y D. Cirilo , representados y defendidos por la Letrada Sra. Pérez Crespo.
- 2) Casar y anular la sentencia 6301/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de noviembre de 2018.
- 3) Resolviendo el debate en suplicación, estimar parcialmente el recurso de tal índole interpuesto por los demandantes (rec. nº 4852/2018).
- 4) Revocar la sentencia 79/2018 de 20 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona, en los autos nº 309/2016, y condenar a la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) a que abone D. Cesar la cantidad de 8.164,11 euros y al Sr. Cirilo la cantidad de 1.669,07 euros, sin perjuicio del derecho al interés por mora (artículo 29.3 ET).
- 5) No realizar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas como consecuencia de los recursos que ahora resolvemos, debiendo asumir cada parte las propias.

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

Así se acuerda y firma.