



Roj: **STS 1244/2005 - ECLI:ES:TS:2005:1244**

Id Cendoj: **28079140012005100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2005**

Nº de Recurso: **2486/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MARIA BOTANA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Febrero de dos mil cinco.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Concha Aparici Tido, en nombre y representación de DON Abelardo Y OTROS, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 15 de marzo de 2004, dictada en el recurso de suplicación número 3573/03, formulado por los aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Castellon, de fecha 22 de septiembre de 2001, en virtud de demanda formulada por DON Abelardo Y OTROS, frente a CERYPSA S.A. en reclamación derechos y cantidad.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de septiembre de 2003, el Juzgado de lo Social número 1 de Castellon, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por DON Abelardo Y OTROS, frente a CERYPSA S.A. en reclamación derechos y cantidad, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: PRIMERO.- Los demandantes viene prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada, dedicada a la actividad de fabricación de azulejos, siéndole aplicable el CC provincial del sector Azulejero, con la siguiente antigüedad, categoría profesional, sección, puesto de trabajo y salario mensual bruto prorrateado: O. Abelardo ; 31-1-93; Peón Especial; esmaltadora; Pintador; 1.406'90 euros. O. Casimiro ; 20-4-92; Peón Especial; Prensas; Prensista; 1.377'50 euros. O. Fernando ; 25-4-01; Oficial 33; Selección; Clasificador; 1.334'07 euros. SEGUNOO.- Que en el puesto de trabajo de los actores el nivel de ruido ambiental es superior a 80 decibelios. TERCERO.- Conforme con el artículo 9 del convenio colectivo aplicable de Azulejos, Pavimentos y Baldosas Cerámicas de la provincia de Castellón el plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad se pagará a razón de 520 pesetas por día trabajado en el año 1999. Conforme a las revisiones salariales publicadas en el BOP el importe de dicho plus para los años 2001,2002 Y 2003 asciende a 3'37 euros, 3'52 euros y 3'62 euros, respectivamente. CUARTO.- La empresa no abona a los trabajadores el plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad. QUINTO.- Los actores reclamaron en su demanda el abono del citado plus desde el 1 de septiembre de 2001 al 31 de agosto de 2002, ampliando su reclamación en el acto del juicio hasta el 31 de agosto de 2003. De estimarse su pretensión cada uno de los actores tendría derecho a percibir por dicho plus en el periodo reclamado y conforme a los días efectivamente trabajados (según tablas aportadas por la empresa, admitidos por la actora) las siguientes cantidades: Desde 1-9-01 a 31-8-02 (a razón de 3' 3 7 euros/día en O 1 Y 3' 45 euros/días en O2, importes diarios no modificados en juicio para este periodo por la parte actora): D. Abelardo ; 992'82 euros O. Casimiro ; 958'32 euros, D. Fernando ; 1.060' 86 euros, desde 1-9-02 a 31-8-03 (a razón de 3' 52 euros/día O2 y 3'62 euros/día O3): O. Abelardo ; 1.047'14 euros, D. Casimiro ; 1.032'86 euros, D. Fernando ; 866'34 euros. SEXTO.- El artículo 14 del Covenio Colectivo Provincial del sector Azulejero establece que los trabajadores que presten sus servicios en régimen de tres turnos rotativos, percibirán un plus del 40% del salario base Convenio para cada uno de los años de vigencia del mismo. La Comisión Mixta Paritaria



del CC en reunión de fecha 23-6-00 estableció que: "La interpretación del artículo 14 será la siguiente: A.- El plus del artículo 14 es compensable y absorbible con cualesquiera complementos salariales que perciba el trabajador a excepción de los siguientes: 1.- complementos de carácter personal: antigüedad, idiomas, títulos, experiencia profesional o cualquier otro análogo a los anteriores. 2.- complementos de puesto de trabajo: nocturnidad, penosidad, peligrosidad o toxicidad. 3.- complementos de cualquier naturaleza que no vengan siendo absorbidos o compensados 4.- complementos de cualquier naturaleza excluidos expresamente de compensación o absorción por pacto individual o de empresa. B.- Los complementos, sea cual sea su naturaleza, objeto de compensación y absorción, deben figurar en el recibo de salarios con su denominación e importe. Si el importe total de esos complementos resultase inferior al del plus del artículo 14, la diferencia figurará en el recibo con el concepto "Diferencia Plus artículo 14". SEPTIMO.- que los actores, que trabajan en tres turnos rotativos, perciben en nómina como conceptos salariales los denominados "incentivos", "plus responsabilidad" y art. 86°.1", cuya suma mensual supera la cuantía del plus de turnicidad, que no se les abona con este concepto de nómina. Tales complementos no obedecen a mayor cantidad o calidad de trabajo. OCTAVO.- De compensarse el importe de los complementos citados en el hecho anterior, en la parte que excede del 40% abonable en concepto de plus de turnicidad, con las cantidades especificadas en el hecho quinto de esta resolución, correspondería percibir a los actores las siguientes cantidades: desde 1- 9-01 a 31-8-02: D. Abelardo ; 731'23 euros, D. Casimiro ; 1'93 euros, D. Fernando ; 753'79 euros, desde 1-9-02 a 31-8-03 D. Abelardo ; 771'27 euros, D. Casimiro ; 55'78 euros, D. Fernando ; 595'73 euros. NOVENO. En fecha 12-9-02 la parte actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC; celebrándose el acto conciliatorio el día 27-9-2002 con el resultado de intentado sin efecto". Y como parte dispositiva "Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Abelardo , D. Casimiro y D. Fernando contra la empresa CERYPSA S.A., debo declarar y declaro el derecho de los actores al cobro del plus de penosidad por exposición al ruido por el periodo de septiembre de 2001 a agosto de 2003, ambos inclusive, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración y a abonar a los actores las siguientes cantidades D. Abelardo 1.5025 euros, D. Casimiro , 5771 euros, D. Fernando , 1.349,52 euros".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia de fecha 15 de marzo de 2004, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Abelardo , D. Casimiro y D. Fernando , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Castellón de fecha 22 de septiembre de 2003 , en virtud de demanda formulada contra la empresa Cerypsa. S.A., y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparo y formalizo en tiempo y forma recurso de casación para unificación de doctrina, por los actores. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de mayo de 1995 (recurso 6727/94).

CUARTO.- No se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar procedente el recurso.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores aquí recurrentes que trabajan en tres turnos rotativos, perciben en nómina como conceptos salariales los denominados "incentivos", "plus de responsabilidad" y "artículo 86.l", cuya suma mensual supera la cuantía del "plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad", que no se les abona con este concepto de salario en nómina.

Frente a la pretensión de la parte actora reclamando el abono del plus de peligrosidad, la empresa, no discutió el derecho al percibo de tal plus, tan solo alegó la compensación y absorción de dicho concepto con el importe de los conceptos salariales mencionados que mensualmente vienen percibiendo los actores, en la parte que supera el plus de turnicidad en el artículo 14 del Convenio Colectivo, establecido en el 40% del salario base de convenio, pues el mismo está excluido de la compensación y absorción.

Tales complementos no obedecen a mayor cantidad o calidad de trabajo. La sentencia combatida estima que debe compensarse el importe de los complementos citados, en la parte que excede del 40% abonable en concepto de plus de turnicidad, señalando que "siendo el plus de penosidad del Convenio Colectivo un concepto salarial, atendido lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores , si una empresa voluntariamente paga a sus trabajadores una cantidad total superior a la pactada en el dicho Convenio propio del Sector Provincial es un contrasentido que, además, deba pagar por conceptos concretos pactados en Convenio".



El debate en el presente recurso se centra en determinar si es o no compensable o absorbible el plus de peligrosidad y toxicidad, cuando los recurrentes perciben incluyendo los incentivos retribuciones superiores a las establecidas en el Convenio aplicable.

La sentencia de contraste de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de mayo de 1995, que trata de análogo problema al resuelto por la impugnada, llega a pronunciamiento distinto admitiendo que cuando lo percibido en computo anual y por conceptos salariales es superior a lo convencionalmente pactado, es claro que se produce la absorción y compensación, excepto cuando se trata de complementos, como el de peligrosidad, que se perciben en razón a un puesto de trabajo o al remunerar circunstancias específicas.

Como aparece claramente la cuestión planteada en ambos litigios es la misma. A saber: se solicitan unas cantidades en concepto de plus de penosidad o peligrosidad, cuya procedencia no se discute por la empresa, alegando la misma la aplicación del mecanismo compensatorio recogido en el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores por las cantidades que los actores perciben por encima de lo pactado en Convenio Colectivo; cantidades que en el supuesto de la sentencia combatida son de cuantía fija y de periodicidad mensual, no estando ligadas a la consecución de resultado alguno y, la sentencia combatida aplica la compensación a diferencia de la contraste que la rechaza por el hecho de que no se trata de conceptos homogéneos, independientemente de que las cantidades a compensar tengan o no cuantía fija y periodicidad mensual, o estén ligadas a la consecución de resultado alguno.

Con estos datos, se hace patente la contradicción en los términos exigidos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal

SEGUNDO.- Denuncian los recurrentes infracción del artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores, entendiéndolo que no cabe la compensación al faltar el requisito de homogeneidad entre las retribuciones que son objeto del mecanismo de la absorción y compensación.

La cuestión aquí debatida ha sido abordada por la reciente sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2004 (recurso 4562/03), estableciendo <<El artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores establece que "operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia". La doctrina de esta Sala ha señalado con reiteración que la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (sentencias de 10 de noviembre de 1998, 9 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2001 y 2 de diciembre de 2002). Ello implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1994), al menos en el orden de la función retributiva; homogeneidad que, desde luego, no puede existir entre los conceptos salariales que aquí se consideran. Por una parte, los incrementos compensados se refieren a partidas salariales por unidad de tiempo -el salario base, la antigüedad y las pagas extraordinarias, entre ellas, la paga de beneficios- y, por otra parte, el concepto que actúa como absorbente -la comisión por ventas- es ciertamente una remuneración compleja, pero tiene en cuenta tanto un mayor esfuerzo o habilidad del trabajador como el resultado de ese esfuerzo que se traduce en la realización de una operación comercial por parte de la empresa>>.

TERCERO.- En aplicación de la anterior doctrina el recurso debe estimarse, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, porque los incrementos compensados a que se refieren las partidas salariales por unidad de tiempo y, por otra parte, el concepto que actúa como absorbente -el plus de peligrosidad-, tienen un elemento diferenciador que excluye la homogeneidad cual es la peligrosidad del puesto de trabajo al que están sometidos los trabajadores, mientras que los conceptos salariales denominados "incentivos", "plus de responsabilidad" y "artículo 86.I", obedecen a una mayor cantidad o calidad de trabajo según consta en el hecho probado septimo de la sentencia de instancia, lo que excluye en consecuencia la compensación.

Resolviendo el debate en suplicación, procede estimar el recurso interpuesto de esta naturaleza contra la sentencia del Juzgado de lo Social, dada la remisión del hecho segundo de la demanda a la concreción del periodo reclamado en el acto de juicio (que por ello no implica variación substancial de la misma y que no fue discutido en suplicación) y, cuya reclamación individual supera los 1803,04 euros establecida para la posibilidad del recurso (a lo que se opuso la demandada en el escrito de impugnación). Por ello se ha de revocar parcialmente la sentencia de instancia. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.



FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Concha Aparici Tido, en nombre y representación de DON Abelardo Y OTROS, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 15 de marzo de 2004, que casamos y anulamos y, resolviendo en suplicación se estima es de esta naturaleza y se revoca parcialmente la resolución de instancia, declarando el derecho de los actores al cobro del "plus de penosidad" por exposición al ruido por el periodo de septiembre de 2001 a agosto de 2003, ambos inclusive, condenando a la empresa demandada a que abone por el citado periodo las siguientes cantidades: a D. Abelardo , 2.039,96 euros; a D. Casimiro , 1.991,18 euros y a D. Fernando , 1927,2 euros. Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Devuélvanse las actuaciones al organismo de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.