



Roj: **STS 1018/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1018**

Id Cendoj: **28079140012018100257**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **1579/2015**

Nº de Resolución: **230/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 3408/2015,**
STS 1018/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1579/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 230/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 1 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (FCC, S.A.), representada y defendida por el letrado D. Eduardo González Biedma, y el formalizado por D. Jose Carlos , D. Adriano y D. Claudio , representados y defendidos por el letrado D. Félix Ángel Martín García, contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 2399/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, de fecha 21 de julio de 2014 , recaída en autos núm. 267/2013, seguidos a instancia de D. Jose Carlos , D. Adriano y D. Claudio frente a FCC, S.A., sobre reclamación de cantidad.

Ambas partes han comparecido en calidad de recurrentes y recurridas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 7 de Granada dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:



« 1º.- Los actores vienen prestando servicios para la empresa demandada, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., en las siguientes circunstancias (hecho incontrovertido): -D. Jose Carlos , con DNI nº NUM000 , desde el día 1-6-2008, con la categoría profesional de oficial 1ª conductor día. - D. Adriano , con DNI nº NUM001 , desde el día 15-5-1999, con la categoría profesional de peón día. - D. Claudio , con DNI nº NUM002 , desde el día 1-1-2005, con la categoría profesional de oficial 1ª conductor día.

2º.- En el año 2004 se negocia un convenio de empresa, para el ámbito provincial Granada, que desde este año es el que ha venido aplicando la demandada a todos sus trabajadores en esta provincia, convenio que recoge una estructura salarial dividida por conceptos.

3º. - En fecha 21-12-2009 el Tribunal Supremo dictó Sentencia (posteriormente aclarada), en la que se casaba parcialmente la dictada por el TSJ de Andalucía (Granada) de fecha 26- 11-2008 , respecto de demanda interpuesta por CCOO de Andalucía contra ASELIP (asociación de empresas de la que forma parte la demandada). Por el Alto Tribunal se declara que la Tabla Salarial a aplicar en 2008 a los trabajadores sujetos al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial de Granada para el sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, suscrito el día 4-4-2006 (BOP 27-4-2006), debe ser la que obra en el Acuerdo Tercero del mismo, más los incrementos anuales porcentuales que deben hacerse a la misma desde el mes de 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 más 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.

4º. - A raíz de esta Sentencia, se plantean una serie de demandas individuales, dado que la demandada sigue aplicando el convenio de empresa. La demandada plantea entonces un conflicto colectivo respecto de cada uno de los citados grupos de trabajadores, recayendo Sentencias en el TSJ Andalucía (Granada), confirmadas por el Tribunal Supremo, en Sentencias de fechas 10-12-2012 y 15-4-2013 , que resuelven que, a partir del año 2008, procede aplicar el convenio provincial, como convenio estatutario, a todos los trabajadores de la demandada, tanto de los sectores de limpieza pública, como de tratamiento de residuos o de planta.

5º. - El citado convenio provincial establece en su Acuerdo III que es voluntad de las partes que, a partir del día 1-1-2008, entre en vigor la siguiente tabla salarial: -conductor de día: 24.000 euros al año -conductor de noche: 25.000 euros al año -peón de día: 19.500 euros al año. -peón de noche: 21.000 euros al año -encargado/capataz: 27.700 euros al año. Las cantidades anteriormente reseñadas se incrementarán con el IPC anual, más el 0,9, desde el día 1 de enero de 2004 hasta el día 31 de diciembre de 2010. Si antes del año 2010 se produce el vencimiento o prórroga de la contrata, las retribuciones anuales brutas para cada una de las categorías aceptadas será la de la tabla de referencia, con los incrementos del IPC, más 0,9 que le correspondan en ese momento.

6º. - El IPC previsto para el año 2008 fue del 2,5% y el real del 2,3% (hecho no controvertido).

7º. - Los actores, que han cobrado durante el periodo que reclaman, esto es, junio a diciembre del año 2012, la retribución que se deriva de las nóminas que obran al ramo de prueba de la parte demandada y por los conceptos que en ellas se hace constar, interesan en sus respectivas demandas la diferencia entre aquella y la que consideran que debieron percibir, por aplicación del convenio provincial, incluyendo la paga extra de junio y diciembre del año 2012.

8º.- El « Convenio de Plantas de FCC» del año 2004, en su artículo 10 regulaba el Plus transporte, indicando que: " Todos los trabajadores afectados por este convenio colectivo, percibirán un plus por este concepto en la cuantía que se especifica en las tablas salariales anexas. Se devengará por día realmente trabajado." En aplicación de tal previsión convencional la empresa demandada venía incluyendo en las nóminas de los actores abonos por el concepto "plus transporte" y se abona, aunque en una cuantía fija por unidad, en proporción a los días trabajados. Este citado plus no se abonaba en vacaciones. La demandada no cotizaba por el concepto "plus transporte" salvo en caso de exceso del 20% del IPREM.

9º. - El artículo 22 del convenio de empresa preveía un complemento del subsidio de IT hasta un 100% de todos los conceptos salariales que perciba el trabajador, en los casos y en los términos que dicho precepto establece. Don Claudio estuvo de baja por IT durante 19 días en diciembre.

10º. - Se ha cumplido con el trámite de la conciliación previa extrajudicial ante el CMAC (actas que obran en autos).

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «que, estimando las demandas formuladas por D. Jose Carlos , D. Adriano y D. Claudio , se condena a ésta a abonar a los trabajadores la cantidad que para cada uno de ellos se concreta en el Fundamento Jurídico Quinto de dicha Sentencia».



SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de FCC, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que, estimando como estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra la Sentencia dictada el día 21 de Julio de 2.014 por el Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Granada, en Autos en reclamación de diferencias salariales seguidas frente a la misma a instancias de D. Jose Carlos, D. Adriano y D. Claudio, debemos revocar y revocamos referido pronunciamiento, en el sentido de condenar a la recurrente a abonar a los actores las cantidades que resulten de descontar de las reconocidas por la sentencia de instancia, lo que hayan percibido en concepto de plus de transporte durante el período reclamado, siempre con el límite de lo reconocido como adeudado por la propia recurrente tanto en la instancia como ahora en sede de suplicación, lo que se llevará a efecto en ejecución de sentencia y confirmándose en lo restante. Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir, y de la cantidad consignada, la diferencia entre la condena fijada en la instancia y la que ahora se decide».

TERCERO.- En el recurso de casación para unificación de doctrina formalizado por la representación procesal de FCC, S.A. se elige, para el primer motivo, como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 10 de junio de 2009 (RC. 103/2008). El presente motivo se construye al amparo del artículo 37 de la Constitución Española, y de los artículos 82.6 y 86.3 del Estatuto de los Trabajadores y 3.1 y 1281 y siguientes del Código Civil, así como la quiebra de unidad de doctrina.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en fecha 21 de marzo de 2013 (RSU 298/2013). El recurrente considera infringido el artículo 26.5 ET y de la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil.

En cuanto al tercer motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en fecha 24 de septiembre de 2014 (RSU 1196/2014). El recurrente considera infringido el artículo 85 y 26 ET.

Por la representación procesal de D. Jose Carlos, D. Adriano y D. Claudio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 17 de enero de 2013, aclarada por auto de 30 de mayo de 2013 (RCUD. 1065/2012). El recurso tiene por objeto determinar el carácter salarial o extrasalarial del "plus de transporte" abonado por la empresa.

CUARTO.- Admitidos a trámite los presentes recursos, se dio traslado de los escritos de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso interpuesto por los demandantes debe ser declarado improcedente por falta de contradicción, y el recurso formulado por la empresa demandada debe ser estimado en su primer motivo e improcedente en cuanto a los motivos segundo y tercero.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de marzo de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En los recursos de casación unificadora interpuestos por la empresa y los trabajadores se plantean las siguientes cuestiones:

- Determinar si debe aplicarse a partir de 31-12-2010 la actualización de las retribuciones del Convenio Colectivo Provincial de Limpieza Pública de Granada que desde esa fecha se encuentra en situación de ultraactividad.
- Decidir si procede el descuento de lo percibido en concepto de complemento de incapacidad temporal.
- Aclarar si los trabajadores ostentan el derecho a ese complemento.
- Precisar la naturaleza (salarial o extrasalarial) del plus de transporte.

2. Las circunstancias relevantes en orden a su resolución se resumen así: 1) Los demandantes, trabajadores de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante FCC), reclaman diferencias salariales correspondientes al periodo comprendido entre junio y diciembre de 2012 y pagas extras, todo ello por aplicación del Convenio Colectivo Provincial. 2) En fecha de 23 de diciembre de 2004 se publica en el BOP de Granada el Convenio Colectivo de la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. para los trabajadores de las plantas de tratamiento y transferencia R.S.U. de la provincia de Granada. Dicho



Convenio era el que se venía aplicando a los trabajadores de la demandada y el mismo recogía una estructura salarial dividida por conceptos. Conforme a su artículo 10, donde se regula el plus de transporte, "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 trabajado". 3) El Acuerdo Cuarto del convenio sectorial dispone que una vez terminada su vigencia inicial o la de cualquiera de sus prórrogas anuales, seguirá rigiendo hasta que sea sustituido por otro. Por su lado, el Acuerdo Tercero prescribe que las tablas salariales se incrementarán con el IPC anual más el 0,9% "desde el día 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010". 4) El art. 22 del convenio de empresa preveía un complemento de subsidio de IT hasta un 100% de todos los conceptos salariales.

3 . Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de 4 de febrero de 2015, emitida en el recurso de suplicación nº 2399/2014 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 21 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Granada , en los autos nº 267/2013 , seguidos a instancia de D. Jose Carlos , D. Adriano y D. Claudio , contra Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., sobre reclamación de cantidad.

Dicha resolución estima parcialmente el recurso de FCC. Desestima el motivo sobre actualización de los salarios, conforme a lo resuelto en casos anteriores. Sostiene que procede la actualización de la tabla salarial más allá del periodo de vigencia establecido en el convenio, que finalizaba en el año 2010, argumentando que la misma resulta del propio convenio, que indica en su Acuerdo cuarto, que una vez terminada la vigencia del mismo o la de cualquiera de sus prórrogas anuales, el convenio continuaría rigiendo hasta ser sustituido por otro. Considera que la empresa debe abonar las cantidades reconocidas por la sentencia de instancia pero descontando lo que hubieran percibido en concepto de plus de transporte -dada su naturaleza salarial- durante el período reclamado. En relación con el complemento de IT descarta que pueda operar la compensación pretendida al faltar la homogeneidad necesaria. Y por último, reseña un dato substancial a los efectos del correlativo pronunciamiento: el límite de lo reconocido como adeudado por la propia recurrente tanto en la instancia como en sede de suplicación.

4. Los recursos de casación unificadora se estructuran en la forma que sigue:

-El de los trabajadores en un solo motivo en el que defienden que el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial y no puede ser objeto de absorción y compensación, denunciando la vulneración del artículo 26 ET .

Respecto de la resolución de contraste en el cuerpo de su escrito cita las SSTS 25 de noviembre de 2011 (rcud 1346/2011) y 17 de enero de 2013 (rcud. 1065/2012), seleccionando en el segundo otrosí esta última.

-Tampoco la empresa acepta el resultado a que accede la sentencia del segundo grado jurisdiccional y plantea tres motivos casacionales.

En el primero sostiene que no procede la actualización de las tablas salariales del convenio más allá de 31-12-2010, invocando como referencial la STS 10 junio 2009 (rec. 103/2008). Denuncia la infracción de los arts. 37 CE , 82.6 , 86.3 ET y 3.1 y 1281 y ss del Código Civil . Sostiene que lo dispuesto en el propio convenio colectivo impide que puedan actualizarse las retribuciones a partir del día 31-12-2010 puesto que su acuerdo tercero limita de forma expresa el incremento de las tablas salariales al periodo comprendido entre 1- 1-2004 y 31-12-2010.

El segundo motivo cuestiona la decisión de la sentencia de excluir el complemento de IT en las cantidades percibidas conforme al convenio colectivo de empresa que se aplicaba a los trabajadores. La sentencia de contraste es la STSJ Andalucía (Granada) de 21 de marzo de 2013 (rec 298/2013). Construye el motivo el recurrente al amparo del art. 26.5 ET y DT 2ª CC insistiendo en que dicho complemento debe detraerse de la condena impuesta en la cuantía ya abonada.

El tercer motivo de recurso invoca para contraste la STSJ Andalucía (Granada) 24 de septiembre de 2014 (rec 1196/2014) y denuncia la infracción de los arts. 85 y 26 ET , cuestionando el abono de un complemento de IT no previsto en el convenio colectivo provincial de aplicación.

5. Dando cumplimiento a lo previsto en el art. 226.3 LRJS el Ministerio Fiscal emite su informe y niega la existencia de contradicción con la sentencia referencial seleccionada por la parte actora, citando al efecto dos Autos de esta Sala en los que se razona dicha conclusión.

Respecto del recurso de FCC SA, y con relación al primer motivo, afirma igualmente la inexistencia de contradicción con la sentencia referencial, dadas las diferencias de los textos convencionales interpretados, pero aun así interesa proceder a conocer de esta cuestión, en consideración a los efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución derivados de la sentencia de esta Sala IV



de 8 de noviembre de 2016, rec. 102/2016, que ha resuelto definitivamente el conflicto colectivo instado por la empresa ahora recurrente y cuyo objeto versaba sobre la misma cuestión del presente procedimiento, en lo relativo a determinar si las tablas salariales del precitado convenio colectivo deben o no actualizarse conforme al IPC a partir de 31-12-2010.

Para los dos restantes, concluye la inexistencia de contradicción con las sentencias seleccionadas.

6. Con fecha 2 de noviembre de 2017 se presenta por la representación de la parte actora escrito de impugnación al recurso de FCC en el que interesa su desestimación. Expone que ningún acuerdo se manifiesta en contra de la actualización retributiva, invoca la teoría de los actos propios, señala que no puede aceptarse la aplicación unilateral de la compensación y absorción de manera descausalizada, faltando la homogeneidad o equivalencia entre los conceptos, e interesa por último la imposición de costas.

7. La mercantil FCC impugna el recurso interpuesto de contrario. Sostiene la inexistencia de contradicción, conforme a lo ya argumentado por los autos de este TS de 9 de junio y 16 de julio de 2015 y 21 de abril de 2016. Seguidamente afirma la ausencia de la infracción legal denunciada para subrayar, en fin, que el plus de transporte tiene la consideración de salario.

SEGUNDO.-1. 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", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Como regla general, la contradicción del artículo 219 LRJS no podrá apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no concurrirá la identidad de las controversias, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; y es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado [SSTS 25/02/2013 (R. 3309/2012), 25/10/2013 (R. 198/2013), 12/12/2013 (R. 167/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013)].

2. Para hacer valer la contradicción, los trabajadores recurrentes seleccionan como sentencia de contraste la STS 17 de enero de 2013 (rcud 1065/2012), aclarada por auto de 30/05/2013. Acoge el recurso de la trabajadora y estima parcialmente su demanda, declarando el carácter no salarial del plus de transporte y acordando que no cabe compensación o absorción. Las SSTS (2) de 18 de julio de 2017 (rcud 603/15 y 3442/14) examinan y aquilatan esa resolución en los siguientes términos:

El Convenio colectivo aplicable en ese caso del sector de industrias de actividades siderometalúrgicas de la provincia de Guadalajara (BOP 1-8-2007), contemplaba en el art. 53, para todos los trabajadores, el "plus de transporte", fijado en 48,33 euros, 50,12 euros y 52,85 euros mensuales, respectivamente, para los años 2005, 2006 y 2007, en los correspondientes Acuerdos de actualización de las tablas salariales. Dicho concepto se define en el convenio como no salarial, si bien también se percibirá en el mes de vacaciones.

En el origen del litigio se encuentra el error en la apreciación de la disposición convencional aplicable a las relaciones de trabajo del personal de la empresa demandada, dentro del cual se incluye la actora, si bien mediante sentencia de conflicto colectivo se resolvió que el convenio de aplicación era el provincial citado de la metalurgia, y no el que venía rigiendo en la empresa, correspondiente al sector del comercio.

Y tras indicar la doctrina aplicable, concluye el carácter extrasalarial de este elemento de la remuneración ya que en el Convenio consta expresamente en el epígrafe general ("complementos no salariales") y en el título



del artículo ("Indemnizaciones o suplidos"); y la percepción del plus de transporte en vacaciones o su inclusión en las pagas extras no son indicios suficientes "para privarle de la naturaleza jurídica claramente definida en el convenio", máxime tratándose de "un concepto que se abona en proporción a los días trabajados en cada mes".

3. La empresa FCC selecciona para contrastar su primer motivo de recurso la STS 10 de junio de 2009 (rec. 103/2008). Enjuicia la pretensión deducida por el comité de empresa del sindicato CC.OO de Asturias contra dicha entidad sindical, que en este caso actuaba como empleadora, en solicitud del derecho a percibir las cantidades que a cada trabajador corresponda derivadas de la subida salarial anual del convenio colectivo referidas a los años 2007 y 2008.

La sentencia desestima el recurso del comité porque el convenio colectivo - que establecía en su art. 2 su denuncia automática en octubre de 2006 - señalaba en su art. 11 bajo el epígrafe "incremento salarial" que "El incremento salarial aplicable en el presente convenio será el IPCR para cada uno de los sucesivos de vigencia del mismo (2005-2006), más el 0,50%, con efectos de primero de enero de cada año, sin perjuicio de cantidades a cuenta". Con lo que la interpretación literal del precepto no ofrece lugar a dudas sobre la intención de los negociadores (arts. 1281 a 1289 Código Civil) porque cuando contempla el incremento anual (IPC más 0,5%) se refiere con claridad, y exclusivamente, a los años 2005 y 2006, concluyendo por ello que la revisión sólo es aplicable a ese período taxativamente establecido.

Para el segundo motivo invoca como referencial la STSJ Andalucía (Granada), de 21 de marzo de 2013 (R. 298/2013), que fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, siendo el recurso inadmitido por ATS de 19/11/2013 (R. 1416/2013). Se refiere a un trabajador de la empresa Gestión y Técnicas del Agua, S.A., a cuya relación laboral era de aplicación la tabla salarial del Acuerdo tercero del Convenio colectivo Provincial de Limpieza Pública de Granada, que reclama diferencias devengadas entre lo percibido -con arreglo al Acuerdo de 12/12/2006, alcanzado ante el SERCLA por el que se ponía fin a la convocatoria de huelga - y lo debido por la aplicación del citado convenio de Limpieza Pública, tomando como base el importe anual dividiéndolo entre 5 mensualidades de salario y 3 pagas extras y sobre dicha base descontando las cantidades percibidas por el único concepto que estima compensable de salario base; asimismo reclama el complemento de IT de los meses en los que se ha devengado.

El trabajador efectúa su reclamación con apoyo en la STS de 21/12/2009, RC 11/2009 dictada en conflicto colectivo, y en la que con estimación parcial del recurso del demandante declara que la Tabla Salarial a aplicar en 2008 a los trabajadores sujetos al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Provincial de Granada, para el sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, suscrito el 4 de abril de 2006, debe ser la que obra en el Acuerdo tercero del referido Convenio Colectivo, más los incrementos que en ese precepto se establecen. Consta que se ha seguido proceso sobre reclamación de cantidad a instancia de otros trabajadores frente a la demandada en asunto idéntico al actual, en cuyo fallo se estima la demanda. La sentencia de instancia estimó la demanda, al entender que es de aplicación a la relación el convenio colectivo provincial de limpieza de Granada y que ha quedado acreditado que la empresa no ha abonado las retribuciones correspondientes.

Asimismo considera que sólo cabría compensar el salario base y el complemento personal y durante los períodos en que estuvo en incapacidad temporal lo abonado en concepto de complemento de incapacidad temporal. En suplicación la empresa opuso que la absorción y compensación de retribuciones entre las efectivamente percibidas y las objeto de reclamación debe hacerse extensiva a los conceptos de antigüedad y antigüedad consolidada, a los pluses de trabajos tóxicos, penosos y peligrosos, al de nocturnidad, al plus de festivos y feria y que figuran en las nóminas del actor durante el período reclamado, lo que implicaría que la cantidad reconocida fuera rebajada hasta la suma de 11.417,83 euros. Y ello al entender que la STS de 21 de diciembre de 2009 conlleva un supuesto de modificación del cuadro retributivo, por lo que deben compararse conjuntamente las retribuciones y no considerando conceptos aislados.

Sin embargo, la sentencia no comparte tal parecer al entender que la tan reiterada sentencia de esta Sala no analizó las pretensiones segunda y tercera de la demanda que fueron desestimadas y en particular la referente a qué complementos salariales corresponden o integran las tablas salariales y cuales salariales o extrasalariales quedan fuera.

Para el tercer motivo selecciona la STSJ Andalucía (Granada) de 24 de septiembre de 2014 (Rec 1196/14). Confirma la de instancia que desestimó la demanda en reclamación de cantidad en concepto de complemento de incapacidad temporal a cargo de la empresa FCC. El actor reclama la diferencia en el 25% del complemento de IT entre lo percibido y lo debido percibir por aplicación del Convenio colectivo provincial de Granada para el sector de limpieza, en el periodo de enero de 2008 a junio de 2008.

Tras considerar que la excepción de prescripción fue indebidamente aplicada por la empresa, sostiene la sentencia, con apoyo en STS de fechas 15/04/2013 y 10/12/2012, en las que se afirmaba que, a partir del año



2008, era de aplicación a la demandada el citado convenio provincial, que el Acuerdo de empresa por el que se abonaba el complemento cuyas diferencias se reclaman, quedó sin efecto en su integridad con la aplicación de las tablas salariales del convenio provincial. Añade que el trabajador acude a la proscrita técnica del espiguelo pues pretende disfrutar de unas condiciones laborales distintas de las pactadas en el convenio provincial de limpieza viaria una vez establecido por las sentencias del TS. Además el convenio colectivo provincial no contempla dicho complemento por lo que la reclamación carece de sustento legal.

4. Con relación al análisis del recurso interpuesto por los trabajadores partiremos de las citadas SSTs (2) de 18 de julio de 2017 (rcud 603/15 y 3442/14), pues se ocupan de supuesto similar al presente, habiéndose invocado la misma sentencia de contraste. Por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, ahora vamos a reiterar lo allí expuesto.

Al efecto también nos hemos pronunciado en autos de fechas 9 de junio de 2015 (rcud 2587/14) y 16 de julio de 2015 (rcud 3178/14) en los que se seleccionó la misma sentencia referencial, excluyéndose la concurrencia de contradicción en reclamación análoga a la actual frente a la misma empresa. Y en igual sentido se ha recogido en los AATS de 18 de noviembre de 2015 (rcud 2435/14) y 17 de junio de 2015 (rcud 2981/14), y entre otras en SSTs de 29 de noviembre de 2017 (rcud 4409/2017) y 1 de diciembre de 2017 (rcud 976/2017).

La sentencia referencial resuelve un asunto relativo a la interpretación de lo dispuesto en el art. 26.5 del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Guadalajara , que regula el plus transporte en ese sector y le atribuye naturaleza extrasalarial, a título de indemnización a los trabajadores de los gastos originados por los desplazamientos que deben realizar, y que se abona en proporción a los días trabajados en cada mes. Con base en esos datos es por lo que la sentencia de contraste considera que no tiene naturaleza salarial, y concluye que no son de apreciar elementos que conduzcan a desmentir la naturaleza jurídica claramente definida en el convenio, al no haber indicios que permitan considerar que "se disimula una verdadera retribución salarial en contraprestación del trabajo y no una indemnización o suplido por los gastos de transporte realizados".

En el supuesto de la recurrida, no solo se trata de un convenio colectivo diferente con una distinta regulación, sino que la empresa abona el plus de transporte a todos sus trabajadores por una única e idéntica cantidad mensual según su categoría profesional, con independencia o no de realizar desplazamientos.

Justamente por ese motivo es por lo que la sentencia razona que no resulta trasladable el mismo criterio aplicado en la del Tribunal Supremo que se invoca de contraste, a la que de forma expresa se refiere para apartarse motivadamente de la solución que se ha dado en la misma, en atención a las diferentes circunstancias del presente asunto en el que es de apreciar que la empresa viene abonando el plus transporte en unas condiciones que no son las propias de una percepción extrasalarial causal y dirigida a la compensación al trabajador por este tipo de gastos.

Tan distinta situación justifica que la sentencia recurrida haya alcanzado un resultado diferente a la de contraste, no existiendo por lo tanto una doctrina contradictoria que deba ser unificada.

De conformidad con el Ministerio Fiscal, la inexistencia de contradicción se convierte en esta fase del proceso en causa de desestimación del recurso de la parte actora. No concurre la necesaria identidad sustancial en orden a tener por cumplimentado el requisito del art. 219 LRJS , y no sólo desde la diversidad normativa que implican los dos convenios colectivos de cobertura, sino también desde la diversidad aplicativa.

5. Recurso de FCC.

-Primer motivo. Hemos expresado en los pronunciamientos anteriormente identificados, que se da la circunstancia de que la misma cuestión jurídica que es objeto del proceso individual ha quedado definitivamente resuelta en la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 2016, rec. 102/2016 , recaída en el procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por la empresa para que se declarase que los términos de lo pactado en el Convenio Colectivo Provincial de Limpieza Pública de Granada no permiten actualizar e incrementar sus tablas salariales más allá de 31-12-2010.

La demanda fue desestimada por STSJ Andalucía (Granada) de 17 de diciembre de 2015 , porque -al igual que así lo hace en el caso de autos-, ese Tribunal mantiene como doctrina que lo dispuesto en dicho convenio colectivo obliga a actualizar sus tablas salariales con posterioridad a 31-12-2010.

La empresa interpuso recurso de casación que fue íntegramente acogido por esta Sala IV en nuestra precitada sentencia, en la que concluimos que los salarios que debe abonar en el ámbito del susodicho convenio colectivo son los establecidos en la correspondiente tabla salarial revisada hasta 31/12/2010, sin que proceda ninguna otra actualización más allá de tal fecha.



Así las cosas, nos enfrentamos a la necesidad de determinar los efectos que en sede de recurso de casación para la unificación de doctrina haya de tener una sentencia firme de conflicto colectivo, en la que se deciden de manera colectiva y con el mismo objeto, idénticos problemas jurídicos que en la sentencia recurrida que resuelve un pleito individual con ese mismo objeto sin aplicar el artículo 160.5 LRJS .

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en SSTS 16/06/2015 (rec. 608/2014); 16/06/2015 (rec. 609/2014); 17/06/2015 (rec. 601/2014), entre otras. En dichas resoluciones hemos sentado doctrina en el sentido de entender que "en esta singular situación jurídica, el estricto análisis de la concurrencia de contradicción debe ceder ante la preferencia que debe concederse al efecto de cosa juzgada que la sentencia de conflicto colectivo despliega sobre los procesos individuales con el mismo objeto".

Con amparo en el artículo 160.5 LRJS debe entenderse que cuando la sentencia que decide el pleito individual ignora la realidad de que el asunto se resolvió con anterioridad por sentencia colectiva firme, la necesidad de que la Sala de casación establezca la certeza jurídica no viene dada a través del análisis de la contradicción entre las sentencias por el cauce tradicional del art. 219.1 LRJS -aunque materialmente sean opuestas- sino la adecuación de la situación a la legalidad es un efecto necesario derivado de la exigencia de un precepto que específicamente regula para estos concretos supuestos la necesidad de que la sentencia individual no pueda prevalecer sobre la colectiva firme previamente dictada, naturalmente siempre y cuando concurren los requisitos que para ello se establecen en el propio artículo 160.5 LRJS " .

De acuerdo con esa doctrina, y al igual que hemos hecho en casos análogos al presente, debe apreciarse la existencia de cosa juzgada lo que hace innecesario que concorra la sustancial igualdad entre la sentencia recurrida y la invocada como referencial, en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones, que exige el art. 219.1º LRJS como requisito de la contradicción.

Es pertinente recordar que en el actual procedimiento el letrado de FCC presentó escrito solicitando la suspensión del mismo derivada de la presentación de demanda de conflicto colectivo sosteniendo que produciría el efecto de cosa juzgada (art. 160.5 LRJS), acordándose en fecha 26 de febrero de 2016 y hasta el dictado de la correlativa sentencia.

-También en ocasiones precedentes nos hemos enfrentado con un motivo casacional idéntico al segundo que la empresa desarrolla en su recurso, y con igual sentencia de contraste. Por ello ahora vamos a reiterar el criterio asumido en los AATS de marzo de 2015 (R 2436/14), 17 de junio de 2015 (R 2881/14, y 26 de noviembre de 2015 (R 3441/14), entre otros).

La STSJ Andalucía (Granada) de 21 de marzo de 2013 (rec 298/2013) es la referencial, pero no cumple los requisitos del art. 219.1 LRJS . La sentencia de referencia confirma el criterio de instancia desestimando la pretensión de la empresa que suscitaba en fase de suplicación si la absorción y compensación de retribuciones entre las efectivamente percibidas y las objeto de reclamación debe hacerse extensiva a los conceptos de antigüedad y antigüedad consolidada, a los pluses de trabajos tóxicos, penosos y peligrosos, al de nocturnidad, y al plus de festivos y feria que figuran en las nóminas del actor durante el período reclamado. Sin embargo, lo ahora suscitado por la empresa, relativo a la compensación del complemento de incapacidad temporal, no es objeto de debate en el caso de referencia.

Así, aunque en ambos supuestos se trata de trabajadores que reclaman diferencias retributivas a la misma empresa, resulta que en la sentencia recurrida se niega la compensación y absorción por no ser homogéneos los conceptos retributivos sobre los que se pretende operar tal efecto. En cambio, en la sentencia de contraste no se cuestiona ni se debate el planteamiento que ha resuelto la sentencia aquí recurrida dado que lo que allí suscitó la propia empresa iba referido a otros conceptos retributivos por lo que ninguna valoración se realizó en orden a si el complemento de incapacidad temporal era compensable ya que tal cuestión solo se suscitó en la instancia y los allí demandantes se aquietaron al no recurrir en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social.

-Respecto del tercer motivo del recurso interpuesto por FCC -derecho o no del complemento de IT- tampoco concurrente la preceptiva contradicción. Estamos ante diversas pretensiones, objeto y debate, como igualmente sostuvimos en resoluciones anteriores.

En la sentencia de contraste, el actor reclama la diferencia en el 25% del complemento de IT entre lo percibido y lo debido percibir por aplicación del Convenio colectivo provincial de Granada para el sector de limpieza, en el periodo de enero de 2008 a junio de 2008. Se discute la inaplicación de los artículos 37 CE y 3.1 C. Civil al entender que el Acuerdo de empresa por el que se abonaba el complemento cuyas diferencias se reclaman, quedó sin efecto en su integridad incluido el mismo, con la aplicación de las tablas salariales del convenio provincial, y que debía declararse aplicable el art. 4.10ª del Acuerdo que establece la indemnización que reclama cuya diferencia entre lo abonado por la empresa y lo debido abonar es lo que reclama.



En el actual litigio, sin embargo, ningún desglose se lleva a tal efecto por los demandantes en su petición, ni la sentencia recurrida aborda el mismo debate. Se desestima la pretensión de descuento centrando el examen en la carencia de la necesaria homogeneidad -lo que se corresponde con el motivo segundo del recurso de casación de FCC-, pero no en la existencia del derecho al complemento en función de la normativa convencional de cobertura.

En la sentencia recurrida, lo que se cuestiona es si lo percibido por complemento de IT debe ser tenido en cuenta o no para calcular las diferencias devengadas en su favor por los actores, confirmando la sentencia de instancia, dado que el debate acerca del descuento de lo debido percibir conforme a la normativa convencional provincial de aplicación, ya había sido resuelto en diversos pronunciamientos en el mismo sentido.

TERCERO.-1. Elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley abocan a resolver este supuesto como hemos hecho en ocasiones precedentes (aplicando la doctrina sentada por la sentencia firme que ha resuelto el conflicto colectivo referido a lo debatido en el primer motivo de recurso de la empresa), al tiempo que abordando alguna singularidad específica del presente procedimiento.

Aplicaremos así la misma solución que hemos dado al conflicto colectivo en la precitada STS 8 de noviembre de 2016 (rec. 102/2016), al igual que hacen las (3) SSTs de 18 de julio de 2017 (rcud 603/2015, 892/2015, 1563/2015), entre otras.

"La interpretación ofrecida por el TSJ de Andalucía/Granada a la cuestión debatida no se ajusta -efectivamente- a las reglas legales de la exégesis en los negocios jurídicos, siendo así que si bien la previsión del Acuerdo Tercero -en tanto que salarial- tiene indudable cualidad normativa, y precisamente por esta naturaleza bien pudiera haberle alcanzado la ultraactividad pactada en el Acuerdo Cuarto, no lo es menos que la literalidad del pacto Tercero expresa una indudable limitación temporal [«...desde el día 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010...»] cuya prolongación a tiempo posterior, sin convención expresa al respecto, no solamente contradice el indubitado sentido de los términos empleados [«desde ... hasta»], sino que es opuesta a la voluntad limitativa que evidencia la minuciosa regulación de los sucesivos incrementos salariales efectuada en el apartado 5º de ese Acuerdo Cuarto [«a) Se abonará de manera inmediata el 4,1% de subida salarial del año 2004. b) Se abonará para el año 2005 el 2,9% desde el día 1 de enero a cuenta de la subida salarial del IPC más el 0,9. c) En el año 2005 se aplicará una subida lineal de acuerdo con los siguientes tramos:...»], mostrando bien a las claras -a nuestro juicio- la injustificada extralimitación que comporta haber extendido los incrementos pactados a periodos de tiempo diversos de los previstos".

Conclusión de ello es que lleva razón la empresa cuando sostiene que las tablas salariales a tener en cuenta para calcular lo adeudado no pueden ser actualizadas con posterioridad a 31 de diciembre de 2010.

2. Ahora bien, aunque efectivamente la aplicación de la precedente doctrina implica la estimación de este motivo primero del recurso, sin embargo, se aprecia también aquí la concurrencia de una situación jurídica singular: un reconocimiento por parte de FCC de unas cantidades en favor de los trabajadores que se han convertido en firmes e inatacables. La sentencia impugnada recoge tal reconocimiento -indicando que lo fue en la instancia y en sede de suplicación- y precisamente señala como límite "lo reconocido como adeudado por la propia recurrente" a la hora de realizar los descuentos correspondientes, precisando que al carecer de los datos necesarios será en fase de ejecución de sentencia donde se realice el oportuno descuento.

Sentado lo anterior, y como sucede en la sentencia que pone término al rcud 1859/15, la estimación de este motivo haría innecesario examinar las otras dos cuestiones que la empresa recurrente ha planteado, relativas a que de las cantidades reconocidas en sentencia se descuenta lo percibido como complemento de incapacidad temporal o que se declare que los trabajadores no ostentan ese derecho al complemento, porque al no prosperar la pretensión de los actores en los términos que la plantearon no es preciso solventar qué conceptos pueden configurar esas diferencias que reclaman, ello al margen de la inexistencia de la necesaria contradicción con las resoluciones seleccionadas en cada uno de ellos.

3. Por todo lo antedicho debe desestimarse el recurso de casación interpuesto por los trabajadores, dado que la concurrencia de la causa de inadmisión referida, en este momento se torna en causa de desestimación (SSTs 03/04/92 -rcud 1439/91-; 18/06/14 -rcud 1848/13-; y 21/07/14 -rcud 2876/13-), en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal.

Procede la estimación del motivo primero del recurso de casación interpuesto por la empresa FCC lo que conlleva que la pretensión de la demanda sea rechazada con la precisión que seguidamente pasamos a exponer, al tener que resolver el debate planteado en suplicación.

Dado el reconocimiento empresarial antes indicado, el hecho de que no prospere el recurso de la parte actora no implica que sus demandas deba desestimarse, pues ha de efectuarse la condena en esos importes



reconocidos como adeudados por la demandada y que deben mantenerse por implicar en fin un allanamiento parcial.

No resulta procedente, sin embargo, fijar las cantidades que reseña la recurrente en su suplica en tanto que ya figuran integradas en el relato fáctico de la sentencia respecto de las categorías correspondientes y no ser en sentido estricto el objeto de la pretensión de reclamación de cantidad deducida en las demandas acumuladas. Tampoco el interés por mora de las que se estiman reconocidas, en tanto que la sentencia del juzgado de lo social desestimó tal pretensión y dicho punto no fue combatido en fase de suplicación por la parte interesada.

4. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas, ni al trabajador dada su condición subjetiva, ni a la entidad FCC al haberse estimado parcialmente su recurso. Correlativamente se acuerda la devolución del depósito y de la consignación o aseguramiento efectuados en lo que exceda de las cantidades reconocidas.

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jose Carlos , D. Adriano y D. Claudio , representados y defendidos por el Letrado D. Félix Ángel Martín García.
2. Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (FCC, S.A.), debidamente representada y defendida por Letrado.
3. Casar y anular parcialmente la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de fecha de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de 4 de febrero de 2015, en el recurso de suplicación nº 2399/2014 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 21 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Granada , en los autos nº 267/2013, seguidos a instancia de D. Jose Carlos , D. Adriano y D. Claudio , contra Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., sobre reclamación de cantidad.
4. Resolviendo el debate de suplicación, estimar parcialmente el recurso de tal índole formalizado por la empresa demandada y condenarla a que abone a los actores las cantidades reconocidas a cada uno de ellos.
5. Acordar la devolución del depósito y el importe de la consignación o cancelación del aseguramiento, en lo que exceda de lo que aquí se ha reconocido.
6. No imponer las costas generadas por ninguno de los recursos mencionados.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección 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. Sebastian Moralo Gallego 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.