

**DOÑA MARÍA TERESA CASTILLA MORÁN, Secretaria de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.**

**CERTIFICO: Que en el rollo arriba indicado se ha dictado por esta Sala la siguiente resolución:**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILMOS. SRES.:**

**DÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO, PRESIDENTE**

**DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ**

**DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA**

En Sevilla, a treinta de enero de dos mil trece.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA Nº 271/2.013**

En el recurso de suplicación interpuesto por  
S.A.U. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número DOS de los de CADIZ, autos nº 291/10; ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ANA MARÍA ORELLANA CANO, Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Según consta en autos, se presentó demanda por  
contra  
S.A.U. y contra FOGASA, sobre CONTRATO DE TRABAJO, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 26 de enero de 2.011 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

**SEGUNDO**: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

“PRIMERO.- El actor tiene un primer contrato con la empresa demandada el 14 de Septiembre de 1989 luego tres periodos, luego con otros trece periodos que acaban el 4-5-05; y desde 5.5.05 con el aquí demandado y con un segundo periodo que empieza el 1.7.05(en anterior acaba con ella misma el 30-6-05) (folio 39)

SEGUNDO.- El contrato de trabajo con S.A. de 2001, el único aportado, señala que es Convenio Colectivo aplicable es el de “Larga Distancia”; estas dos palabras aparecen en la identificación del Convenio de Transportes de Mercancías de Cádiz.

TERCERO.- El trabajador tiene declaración de I. P. Total ; con I. temporal desde 11.5.09.

CUARTO.- El artículo 54 del Convenio Colectivo de Valencia señala que en caso de I.T. por Accidente de Trabajo se completará la Base Reguladora; el artículo 22 de Convenio Colectivo de Cádiz señala que en caso de enfermedad se completara el 100% del salario de Convenio más la antigüedad más un plus de 3,69 euros por día, desde el vigésimo día; si es por accidente de trabajo, el 100% del salario Convenio más antigüedad más 3,58 euros por día desde el primero.

El artículo 19 del Convenio Colectivo de Valencia sobre vacaciones fija 34 días; el de Cádiz, 30.

QUINTO.-El trabajador efectuaba transportes por toda España, y a veces Europa. Tenía su sede de salida y llegada final en la ciudad de Cádiz, desde donde se le daban ordenes, instrucciones carga e

itinerarios, y aquí estaba el Encargado que le controlaba y daba esos datos.

SEXTO.- El Código de Cuenta de cotización de la empresa es el de Valencia.

SÉPTIMO.- En las nóminas, el trabajador es retribuido por los conceptos de Salario Base, Dietas y con Disponibilidad Horaria. El Salario Base de ellas es de 1092,88 Euros que es el que figura en el Convenio de Valencia (folios 65 y 102).

El Convenio de Valencia regula la antigüedad a partir de cinco años (folio 102). En las nóminas, nunca se le abona al trabajador la antigüedad. En sus nóminas aparece como antigüedad 1 de Julio de 2005.

OCTAVO.- En las nóminas de meses ordinarios aparece como salario base 1092,88 y como dietas, un mes 1267,86 Euros y otro, 1073,50 Euros (folios 65 y 67).

En el resto de nóminas ya hay complemento a la situación de Incapacidad Temporal.

NOVENO.- El Convenio de Cádiz regula el Plus de Transporte para 2009 en 189,11 Euros (folio 112), el de antigüedad, son porcentajes por dos años, cuatro o nueve (folio 107); el Salario Diario para Conductor es de 27,81 Euros y el salarios por horas, 9,59 (folio 112).

DECIMO.- De Junio y Julio de 2009 nadie aporta nóminas; la empresa aporta solamente la relativa a la paga extra de verano. De abril de 2009, el actor sí obtiene la antigüedad al 20 del salario base: de

1092,88, 218,57; pero en mayo es salario base es de 327,86 y su 20% sería 65,57 y se aclara que reclama 225,80 euros.

**TERCERO:** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, que fue impugnado por la actora.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO:** En la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones reclama el actor las diferencias retributivas derivadas de la aplicación a la relación laboral del Convenio de Transportes de Mercancías de Cádiz, ya que la empresa demandada aplica el Convenio Colectivo de Valencia. La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda. Frente a la misma se alza en suplicación la empresa. La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, la supresión del hecho probado décimo de la sentencia recurrida; pretensión que ha de prosperar. En primer lugar, declara el hecho probado décimo que “de Junio y Julio de 2009 nadie aporta nóminas” y debe tenerse en cuenta que de estos meses no realiza el actor reclamación alguna, por lo que procede la supresión. En segundo lugar, declara el hecho probado reseñado que “la empresa aporta solamente la relativa a la paga extra de verano”, siendo así que en el folio 81 de autos, consta la nómina del abono de la paga extra de Navidad. Continúa indicando que “de abril de 2009, el actor sí obtiene la antigüedad al 20 del salario base” y, sin embargo, ello contradice lo

Recurso nº 1872/11- L

Sent. Núm. 271/13

declarado probado en el hecho probado séptimo que afirma que "En las nóminas, nunca se le abona al trabajador la antigüedad". El hecho probado décimo indica después que "pero en mayo el salario base es de 327,86 y su 20% sería 65,57 y se aclara que reclama 225,80 euros". No se tiene en cuenta que el actor inició un proceso de Incapacidad Temporal el 11 de mayo de 2009. Ahora bien, solicita la parte recurrente que se adicione el cuadro comparativo realizado por la empresa en relación con lo percibido por el actor en aplicación del Convenio Colectivo de Valencia y lo que le hubiese correspondido percibir si se aplicase el Convenio Colectivo de Cádiz. Esta pretensión no ha de prosperar, pues el documento ha sido elaborado por la parte por lo que carece de la naturaleza jurídica de prueba documental desde el punto de vista procesal, asimilándose a una prueba encubierta de interrogatorio de parte, que no es prueba apta para la revisión en el trámite del recurso de suplicación, de conformidad con el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, aplicable al caso de autos, de conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley de la Jurisdicción Social.

**SEGUNDO:** La parte recurrente denuncia, como último motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que es norma más favorable en su conjunto y, en cómputo anual, el Convenio Colectivo de Valencia que es el que aplica la empresa que el de Cádiz. Declara el artículo 1 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de transporte de

mercancías por carretera de la provincia de Valencia que “las disposiciones del presente convenio Colectivo obligan a todas las empresas que radiquen en la Provincia de Valencia, así como a los centros de trabajo que tengan las empresas dentro de la provincia aunque las mismas no radiquen en ella y salvo condición más beneficiosa”. La empresa demandada tiene su domicilio social en Valencia, por lo que entraría dentro del ámbito subjetivo de aplicación de este Convenio Colectivo. Y, el artículo 2 del Convenio Colectivo para las empresas dedicadas al servicio discrecional de mercancías y otros modos de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Cádiz dispone que “la normativa de este Convenio será de obligada y general observancia para todas las empresas y trabajadores con cualquier modalidad de contratación que realicen las actividades enumeradas en el artículo anterior, que tengan sus centros de trabajo en la provincia de Cádiz”. En un principio, por tanto, la relación laboral del actor con la empresa demandada entraría dentro del ámbito de aplicación de ambos Convenios Colectivos. En esta situación, el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores establece que “los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”. -Ha de analizarse, consiguientemente, cuál es el más favorable apreciado en su conjunto y, en cómputo anual. El Convenio Colectivo de Valencia regula

en los artículos 21 a 28 las condiciones económicas, de acuerdo con la siguiente estructura salarial: salario base (1.095,21 € para el conductor mecánico en el año 2009); incentivos; tres pagas extraordinarias; el plus de transporte de mercancía peligrosa, la renovación del ADR., y el plus de conductor de grúa móvil propulsada; el plus de nocturnidad; el quebranto de moneda; el complemento personal de antigüedad; y, las dietas. Por su parte, la estructura salarial del Convenio Colectivo de Cádiz, regulada en los artículos 19 a 29 se compone de los siguientes conceptos: salario base (27,81 € al día para el conductor mecánico en el año 2009 y, por tanto, 834,30 € en 30 días); tres pagas extraordinarias; el complemento de antigüedad; el complemento en caso de enfermedad y accidente; el plus de transporte; el plus de peligrosidad y el plus de nocturnidad; las dietas; y, el quebranto de moneda. De una comparación entre ambas estructuras salariales, se concluye que el Convenio Colectivo de Valencia recoge un superior salario base, con el consiguiente superior importe de las tres pagas extraordinarias. Regula, además, los incentivos y el plus de transporte de mercancía peligrosa, la renovación del ADR., y el plus de conductor de grúa móvil propulsada. Por su parte, el Convenio Colectivo de Cádiz contempla algunos conceptos no recogidos en la norma convencional de Valencia: el complemento en caso de enfermedad y accidente y, el plus de transporte y el plus de peligrosidad, como dos complementos independientes, frente al Convenio Colectivo de Valencia que regula el plus de transporte de mercancías peligrosas. En la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones, el actor reclama el plus de



transporte y el de antigüedad correspondiente a los meses de marzo a mayo de 2009; la antigüedad en la paga extra de julio de 2009; y, desde agosto de 2009 a febrero de 2010, el complemento de Incapacidad Temporal y el plus de Incapacidad Temporal. Pretende la parte actora que, manteniéndose el salario base y el importe de las pagas extraordinarias, abonadas por la empresa conforme al Convenio Colectivo de Valencia, en cuantía muy superior a la del Convenio Colectivo de Cádiz, se le pague al actor el complemento de antigüedad y el plus de transporte, así como el complemento de Incapacidad Temporal y el plus de Incapacidad Temporal, que no los contempla el Convenio Colectivo de Valencia o, lo hace en cuantía inferior al de Cádiz. Suerte desestimatoria merece seguir la pretensión del actor, pues utiliza lo que la jurisprudencia ha denominado la “técnica del epigeo”, que consiste en la aplicación de las circunstancias más favorables establecidas en distintos Convenios Colectivos. Y, apreciado en su conjunto, en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables, resulta más beneficioso para el trabajador el Convenio Colectivo de Valencia, que es el aplicable en su integridad. Procede, en consecuencia, con estimación del recurso de suplicación, la revocación de la sentencia recurrida y, la desestimación de la demanda. Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir y, una vez firme la presente sentencia, dése a la consignación el destino legal. No hay condena en costas.

**FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación formulado por S.A.U. debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, desestimando la demanda debemos absolver y absolvemos a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra. Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir y, una vez firme la presente sentencia, dése a la consignación el destino legal. No hay condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, frente a esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme. Asimismo se advierte que deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado y, en su caso, el justificante de pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

**CONCUERDA BIEN Y FIELMENTE CON EL ORIGINAL AL QUE ME  
REMITO**

***Para que así conste a los efectos ordenados, expido y firmo la  
presente certificación.***

***Sevilla, a siete de febrero de dos mil trece.***



A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a long, sweeping tail that curves to the right.