

Afirma el TS que el plus de toxicidad como complemento salarial de puesto de trabajo debe abonarse por día trabajado cuando la norma convencional no establece nada al respecto

Se discute en el litigio si el plus de toxicidad previsto en el Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Bizkaia para los años 2015-2020, debe abonarse por días naturales o por días efectivamente trabajados.

Señala el Tribunal que, partiendo de que el Convenio no lo establece, hay que estar a la naturaleza del complemento, que tiene su origen en cualquier caso en el Convenio Colectivo y no en el contrato individual de trabajo. Señala, que el complemento de toxicidad está vinculado al trabajo realizado, ya que resarce al trabajador de las especiales condiciones que tiene la actividad laboral que desempeña, y las mismas atienden no a la categoría profesional ni a otras circunstancias de carácter personal, debiendo entenderse que, ante el silencio de la norma convencional, sólo se abona cuando acaece en el trabajo las condiciones que determinen su existencia y que, por tanto, no tienen carácter consolidable. Concluye que en este caso el plus de toxicidad discutido habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe la actividad que comporta la toxicidad que se retribuye con el complemento, esto es por día efectivo de trabajado y no por día natural.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 443/2023, de 20 de junio de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3840/2020

Ponente Excmo. Sr. ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

En Madrid, a 20 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por, la mercantil Gizatzen SA, representada y asistida por el letrado D. Félix Mercado Garrido; y por la mercantil Unión Internacional de Limpiezas SA, representada y asistida por el letrado D. Emilio Varela Legarreta, contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 904/2020, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Bilbao, de fecha 11 de junio de 2019, autos núm. 376/2018, que resolvió la demanda sobre Derecho y Cantidad interpuesta por D.^ª Margarita, D.^ª Marisa, D.^ª Miriam, D.^ª Nuria, D.^ª Pura y D.^ª Reyes, frente a Fondo de Garantía Salarial (FOGASA); Unión Internacional de Limpiezas SA; ISS Facility Services SA; y Gizatzen SL.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D.^ª Margarita y 5 más, representadas y asistidas por el letrado D. Javier Albóniga Ugarriza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de junio de 2019 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Las demandantes vienen trabajando por cuenta y órdenes de la empresa codemandada UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS, S.A. (UNI 2), con las condiciones de categoría profesional, antigüedad y salario mensual con inclusión de la prorrata de pagas extras siguientes:

- Margarita, antigüedad de 2-11-2004, categoría profesional de peón limpiadora y salario mes de 1.425,53 euros.
- Marisa, antigüedad de 13-7-1999, categoría profesional de peón limpiadora y salario mes de 1.841,08 euros.
- Miriam, antigüedad de 11-10-2006, categoría profesional de peón limpiadora y salario mes de 1.761,75 euros.
- Nuria, antigüedad de 2-2-2011, categoría profesional de peón limpiadora y salario mes de 1.150,28 euros.
- Pura, antigüedad de 25-7-1994, categoría profesional de peón limpiadora y salario mes de 2.619,21 euros.
- Reyes, antigüedad de 31-5-2002, categoría profesional de peón limpiadora y salario mes de 2.005,41 euros.

Las demandantes han sido subrogadas por GIZATZEN, S.L. con efectos al 1/01/19, a excepción de la codemandante Miriam, que no fue subrogada al encontrarse en situación de excedencia.

SEGUNDO.- Se tienen por íntegra y expresamente reproducidas las nóminas de las trabajadoras obrantes dentro de los bloques documentales 9 al 14 del ramo de UNI 2 si bien, a los efectos de interés actual, de las mismas resulta que las demandantes perciben una partida denominada "plus clínicas", cuyo importe en relación al periodo reclamado (Junio 2013 a Marzo 2017) es el siguiente:

- A Miriam, 11.795 euros.
- A Pura, 11.795 euros.
- A Nuria, 11.430,73 euros.
- A Reyes, 11.575,37 euros.
- A Marisa, 11.432,57 euros.
- A Margarita, 11.795 euros.

Obra en autos como documento n.º 17 del ramo de las actoras pacto suscrito el 26/02/10 por GARBIALDI, S.A.L. y comité de empresa, dándose por expresa e íntegramente reproducido si bien, a los efectos de interés actual, en el mismo se acuerda el abono a los trabajadores de limpieza del concepto "plus clínicas" no absorbible ni compensable con incrementos del convenio colectivo, como consecuencia de las movilizaciones realizadas por los trabajadores para conseguir una equiparación salarial con el personal de limpieza propio de la Clínica San Sebastián.

TERCERO.- Las actoras prestan servicios en la Clínica Zorrozaurre, en concreto, efectuando labores de limpieza en el departamento de Quirófano, siendo que después de cada operación el quirófano debe ser limpiado, debiendo limpiar camillas y todo. Asimismo transportan y depositan manualmente las bolsas con residuos en el lugar habilitado para ello, siendo las mismas negras o rojas, distinguiéndose estas últimas por ser las destinadas a contenerse residuos biológicos figurando serigrafadas con el icono de riesgo biológico (vid. fotografía obrante como documento n.º 42 de la parte actora).

CUARTO.- Se tiene por expresa e íntegramente reproducida la evaluación de riesgos efectuada el 10/11/14 y obrante como documento n.º 23 del ramo de las trabajadoras si bien, a los efectos de

interés actual, en relación al puesto de trabajo de limpieza en áreas críticas (como quirófanos), contempla entre otros, los siguientes riesgos:

-golpes y cortes por objetos, indicándose como condiciones anómalas, entre otras "posibilidad de producirse un despiste por parte del personal de la clínica y existir objetos punzantes en las bolsas de basura (agujas, cristales,...)".

-exposición a contaminantes biológicos, indicándose como condiciones anómalas, "limpieza de áreas quirúrgicas", previéndose como acción correctora el uso obligatorio de la ropa exclusiva de quirófano: pijama, bata, zuecos exclusivos del área o en su defecto calzas, gorro cubriendo perfectamente el pelo y mascarilla.

La evaluación valora la exposición a contaminantes biológicos conforme al método específico BIOGAVAL (documento n.º 1 de UNI2), que incluye en el listado de identificación de agentes biológicos únicamente aquellos cuyo mecanismo de transmisión se produce de manera indirecta, bien por el contacto con los fómites de pacientes afectados o por el posible contacto con objetos punzantes y cortantes, considerándose como agentes infecciosos más prevalentes; hepatitis A y B y otras hepatitis víricas, así como VIH.

QUINTO.- Se tiene por expresa e íntegramente reproducido el informe emitido por OSALAN el 18/06/18 y obrante como documento n.º 25 del ramo de la parte actora.

SEXTO.- Son de aplicación a la relación laboral las disposiciones del convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Bizkaia para los años 2015 a 2020 publicado en el BOB 11/04/18 y cuyo contenido se tiene por reproducido si bien, a los efectos de interés actual, su artículo 6 (bajo la mención "Trabajos nocturnos y excepcionalmente penosos, tóxicos y peligrosos") tiene el siguiente contenido:

"Los trabajos nocturnos se abonarán con un incremento del 25% y los penosos, tóxicos y peligrosos con un 20% sobre el salario base.

Cuando corresponda la percepción de dos pluses de los indicados, siendo uno de ellos nocturno, el incremento será de un 45%. En caso de darse dos pluses de tóxico, penoso y peligroso, el incremento será del 40%.

Las cuantías que vinieran percibiendo las/os trabajadoras/es por los mencionados pluses, no podrán ser absorbidas ni compensadas con los incrementos salariales de los Convenios.

Percibirán el Plus de Tóxicos, Penosos o Peligrosos todas/os las/os trabajadoras/es que trabajen en centros o puestos de trabajo donde esté reconocido para las/os trabajadoras/es del Centro, respetando dichos pluses a las/os trabajadoras/es que los vienen percibiendo".

SÉPTIMO.- Para el caso de estimarse la demanda no se discute la exactitud de las siguientes cuantificaciones, siempre atendiendo a días efectivos de trabajo en relación al periodo Junio 2013 a Marzo 2017, para el caso de no deducirse las sumas abonadas como "plus clínicas" y expresadas en el Hecho Segundo de esta resolución:

-En el caso de Miriam, el incremento del 40%, ascendería a 8.620 euros, y el del 20% a 812,48 euros.

-En el caso de Pura, el incremento del 40%, ascendería a 15.437,20 euros y el del 20% a 7.629,68 euros.

-En el caso de Nuria, el incremento del 40%, ascendería a 6.115,57 euros, y el del 20% a 542,15 euros.

-En el caso de Reyes, el incremento del 40%, ascendería a 4.016,45 euros.

- En el caso de Marisa, el incremento del 40 % ascendería a 8.409,97 euros, y el del 20% a 814,97 euros.

- En el caso de Margarita, el incremento del 40 % ascendería a 6.869,90 euros, y el del 20 % a 1.341,08 euros.

Por otra parte, para el caso de estimarse la demanda no se discute la exactitud de las siguientes cuantificaciones, siempre atendiendo a días naturales de la relación laboral en relación al periodo Junio 2013 a Marzo 2017 y para el caso de no deducirse las sumas abonadas como "plus clínicas" y expresadas en el Hecho Segundo de esta resolución:

-En el caso de Miriam, el incremento del 40%, ascendería a 19.927,71 euros, y el del 20% a 7.095,83 euros.

-En el caso de Pura, el incremento del 40%, ascendería a 29.030,96 euros y el del 20% a 14.515,48 euros.

-En el caso de Nuria, el incremento del 40%, ascendería a 13.305,33 euros, y el del 20% a 4.604,15 euros.

-En el caso de Reyes, el incremento del 40%, ascendería a 11.717,96 euros.

- En el caso de Marisa, el incremento del 40 % ascendería a 19.070,31 euros, y el del 20% a 6.782,88 euros.

- En el caso de Margarita, el incremento del 40 % ascendería a 13.763,23 euros, y el del 20 % a 8.404,15 euros.

OCTAVO.- Se ha instado la conciliación previa en vía administrativa".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO parcialmente la demanda formulada por Margarita, Marisa, Miriam, Nuria, Pura y Reyes, contra GIZATZEN S.L, UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS, S. A. (UNI-2) y FOGASA, y debo reconocer el derecho de las trabajadoras demandantes a percibir el plus de peligrosidad en cuantía del 20% de salario base condenando exclusivamente a UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS, S.A. a que abone a las actoras las siguientes sumas por dicho concepto y en relación al periodo Junio 2013 a Marzo 2017:

-A Miriam, 812,48 euros.

-A Pura, 7.629,68 euros.

-A Nuria, 542,15 euros.

-A Marisa, 814,97 euros.

-A Margarita, 1.341,08 euros.

Dichas sumas devengarán el interés previsto en el artículo 29.3 ET en la forma expresada en el FJ Sexto.

Todo ello debiendo GIZATZEN, S.L. estar y pasar por el anterior pronunciamiento y sin perjuicio de la responsabilidad que legalmente pudiera corresponder al FOGASA".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las demandantes y la empresa Unión Internacional de Limpiezas SA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2020, en la que consta el siguiente fallo:

"Se estima en parte el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Bilbao de 11-6-2019, procedimiento 376/18, por don Javier Alboniga Ugarriza, y manteniendo su pronunciamiento, se incrementa el importe de condena en las siguientes cuantías totales: doña Miriam, 7.095,83 euros; doña Pura, 14.515,48 euros; doña Nuria, 4.604,15 euros; doña Marisa, 6.782,88 euros; y, doña Margarita, 8.404,15 euros; se desestiman los recursos de

suplicación interpuestos por don Félix Mercado Garrido, Colegiado que actúa en nombre y representación de la empresa Gizatzen, S.A. y don Emilio Varela Lejarreta, que lo hace por cuenta de Unión Internacional de Servicios Integrales UNI-2, S.A., sin costas respecto al recurso de las trabajadoras imponiendo a las empresas las generadas en los suyos, cifrándose en 1.000 euros los honorarios de letrado de cada una de las partes impugnantes de sus recursos y pérdida de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal".

TERCERO.- Por la representación de la mercantil Gizatzen SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 11 de enero de 2011 (R. 2607/2010).

Por la representación de la mercantil Unión Internacional de Limpiezas SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2008 (rcud. 639/2008).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Por el letrado D. Javier Albóniga Ugarriza en representación de la parte recurrida, D.ª Margarita y 5 más, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar los recursos procedentes.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de junio de 2023, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que debe resolverse en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el plus de toxicidad previsto en el Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Bizkaia para los años 2015-2020, debe abonarse por días naturales o por días efectivamente trabajados.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social n.º 4 de Bilbao estimó parcialmente las demandas de las trabajadoras actoras y condenó al abono de las cantidades que allí constan, exclusivamente a la mercantil UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS SA (UNI2), advirtiéndole que GIZATZEN SA que debía estar y pasar por dicha reclamación. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de septiembre de 2020, R. 904/2020, estimó en parte el recurso de las trabajadoras en orden al devengo del complemento por día natural, manteniendo el resto de pronunciamientos, y desestimando los recursos deducidos por UNI-2 y GIZATZEN.

Consta que las actoras venían prestando servicios para la demandada Uni-2, SA, realizando funciones de limpieza en una clínica; clínica en la que se producen vertidos de residuos biológicos. Gizatzen se subrogó en la posición de Uni-2, SA con efectos de 1-1-2019. Las cantidades reclamadas se refieren al período junio 2013 a marzo 2017. El juzgador de instancia declaró el derecho de las actoras a percibir el plus de peligrosidad contemplado en el art. 6 del convenio colectivo de limpieza de Vizcaya en un porcentaje del 20%, que se entiende que subsume el de toxicidad, que se devengará por día trabajado pero no por día natural, sin que proceda su compensación con el plus de clínica que perciben las actoras.

En lo que ahora interesa, recurrieron en suplicación las actoras a efectos de que se les reconozca el derecho a percibir el plus por día natural y no por día trabajado. La sentencia recurrida, con remisión a lo decidido en sentencias previas y a la luz del texto de la norma convencional, consideró que el abono del plus no debe realizarse en función de los días efectivos de trabajo, sino en relación al salario correspondiente al mes natural.

3.- Frente a la aludida sentencia se han formulado dos recursos: el de UNI2 y el de GIZATZEN; ambos, aunque como se verá, con distintas sentencias de contraste, se articulan en un único motivo en el que plantean la misma cuestión: determinar si el plus de toxicidad que perciben las demandantes debe ser abonado por días naturales o por días efectivamente trabajados; y denunciando ambos la infracción del 26.3 del ET y del art. 6 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Bizkaia (BOB 162/13). Los dos recursos han sido impugnados de contrario e informados por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlos procedentes.

SEGUNDO.- 1.- La recurrente UNI2 propone como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de 10 de diciembre de 2008, Rcd. 639/2008.

La única cuestión que se suscitó en la sentencia referencial es la relativa a determinar si el plus de peligrosidad que venía percibiendo la demandante, en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, debe abonarse por días naturales o por días efectivos de trabajo, al no desprenderse del Convenio de aplicación la forma en la que ha de ser abonado el mentado plus. La Sala acoge la tesis empresarial defendida en el recurso, al tratarse de un complemento vinculado al puesto de trabajo, que, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa actividad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye con el complemento. Sentado lo anterior y en atención a que la trabajadora vino percibiendo el plus durante los primeros 15 meses desde que la demandada se hizo cargo de la contrata, la sentencia hubo de despejar la existencia de una condición más beneficiosa, rechazando tal posibilidad en atención a la propia previsión estatutaria que, en coherencia con la naturaleza del devengo, establece el principio general de no consolidación, sin que, en último extremo, concurran las notas que jurisprudencialmente se han fijado para afirmar que se haya adquirido el beneficio que se reclama.

2.- Consta que por esta Sala Cuarta se ha dictado autos de inadmisión por falta de contradicción de fechas 8-10 y 4-11-2020, recaídos en Rcuds. 132 y 33/2020, respectivamente, en que la recurrente era UNI-2 y designaba como sentencia de contraste la misma que aquí se designa. También constan otros dos autos de fechas 2-12-2020 (Rcd. 32/2020) y 23-2-2021 (Rcd. 1018/2020) en que eran recurrentes UNI-2 y GIZATZEN y con la misma sentencia de contraste ahora designada. Mas recientemente, nuestra STS 214/2023, en un supuesto semejante al presente y con la misma sentencia de contraste que la aquí invocada rechazó la existencia de contradicción reseñando que: "A) La sentencia recurrida decide con base en la interpretación de la norma convencional, sin haber estado en el debate el eventual juego de la posible existencia de una condición más beneficiosa.

En la sentencia referencial hay dos razones de decidir, una sobre interpretación del convenio y otra sobre existencia de una condición más beneficiosa. No es posible separar la una de la otra, pues ello abocaría a la comparación abstracta de doctrinas, prescindiendo de los hechos que han propiciado el litigio.

B) La sentencia recurrida expone detalladamente las razones por las que durante las vacaciones, con arreglo a la actual jurisprudencia, el plus en cuestión no puede dejarse abonarse durante esas fechas en que no se desarrolla actividad tóxica o peligrosa; y lo mismo respecto del descanso semanal los permisos.

En la sentencia referencial, dictada en momento anterior al cambio jurisprudencial sobre monto de la remuneración vacacional, esa línea doctrinal está por completo ausente. Desde esta importante ratio decidendi de la sentencia recurrida, las referenciales se dictaron en momento en que no había surgido la nueva línea jurisprudencial (derivada de asumir la doctrina del Tribunal de Luxemburgo); entre otras muchas, la STS 320/2019 de 23 abril (rec. 62/2018), temporalmente próxima a la que ahora se recurre, compendia ese cuerpo doctrinal bien diverso al existente en 2010.

C) El tenor de los debates, por tanto, no permite llegar a la conclusión de que haya verdadera oposición entre las doctrinas acuñadas, por más que alguna de las consideraciones generales sí presentan heterogeneidad.

Las razones de decidir (en especial, la atención a la jurisprudencia posterior a 2009 sobre remuneración vacacional y la atención a si existía una condición más beneficiosa) son asimismo diversas".

En el supuesto que ahora examinamos, la sentencia recurrida ni hace la más mínima referencia a ninguna condición más beneficiosa ni contiene ninguna alusión o referencia a la remuneración de las vacaciones. La sentencia de contraste en primer lugar se pronuncia sobre la cuestión ahora también controvertida: si el plus debe abonarse por días naturales o por días de trabajo efectivo, y luego, examina si dado que la demandante lo estuvo cobrando por días naturales durante cierto tiempo, puede entenderse que adquirió una CMB, extremo que se descarta. Consecuentemente, la comparación entre las sentencias arroja un resultado distinto ya que los hechos, las pretensiones y los fundamentos son sustancialmente iguales, presentándose la cuestión que constituye el objeto de la litis desde su comienzo de forma nítida y sin alegaciones, pretensiones o fundamentos que pudieran afectar o distorsionar la sustancial identidad que resulta, por tanto, evidente ya que ambas sentencias se refieren expresamente a si el plus de toxicidad debe abonarse por día natural o por día efectivamente trabajado a la vista del precepto convencional que las regula.

Es cierto que en la recurrida el convenio aplicable es el de la Limpieza de la provincia de Vizcaya y en las de contraste el de la Limpieza del Principado de Asturias, pero la redacción de los preceptos que recogen el plus son iguales, en el sentido de que establecen su abono con un 20% sobre el salario base, pero sin especificar si deben computarse los días efectivos de trabajo o los días naturales [STS de 18 de mayo de 2010 (rcud 2773/2009)]. Y la referencia al abono de las vacaciones, de la sentencia referencial vacaciones es inexistente en la recurrida, razón por la que no puede servir de elemento diferencial tampoco.

TERCERO.- 1.- El recurso formulado por la mercantil GIZATZEN, SA aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de enero de 2011, R. 2607/2010. En la misma se debate si las cantidades que procede reconocer a los demandantes como consecuencia del plus tóxico, penoso y peligroso devengado durante los años 2008 y 2009, se trata de un complemento de puesto de trabajo abonable cuando concurren las circunstancias que determinan su devengo, por lo tanto, sobre los días efectivos de trabajo y no en días naturales, siendo de aplicación el Convenio Colectivo de ámbito nacional para el sector de la limpieza pública viaria, riegos, tratamiento y eliminación de residuos. La sentencia con remisión y parcial reproducción de las SSTS 10-12-2008 (rec. 639/08), y 29-6-2009 (rec. 640/08), declara que se trata de un complemento vinculado al puesto de trabajo, que, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual (lo que no ocurre en el caso de los actores) habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa actividad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no por día natural.

2.- Concurre la sustancial identidad de hechos, pretensiones y fundamentos exigida por el artículo 219 LRJS por lo que la contradicción ha de declararse existente en mérito a tal identidad, sin que a ello sea óbice que las sentencias comparadas contemplen formalmente convenios distintos, ya que en ambos

la redacción es idéntica. Concorre la circunstancia, además, que la sentencia aquí traída como referencial aplica la doctrina contenida en la sentencia referencial del recurso anterior.

CUARTO.- 1.- Dado que como se avanzó, ambos recursos identifican la misma cuestión a unificar y construyen sus respectivos recursos en sendos motivos que denuncian, al amparo del artículo 207.e) LRJS, la infracción de los mismos preceptos (26.3 del ET, y art. 6 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Bizkaia), la Sala dará una respuesta conjunta a los dos recursos.

En ambos hay que afirmar que la doctrina correcta en encuentra en las respectivas sentencias de contraste que, como se verá es la que se alinea con la constante jurisprudencia de esta Sala.

2.- El precepto cuya interpretación se discute, el artículo 6 del referido convenio dispone, bajo el título de "trabajos nocturnos y excepcionalmente penosos, tóxicos y peligrosos", lo siguiente: "Los trabajos nocturnos se abonarán con un incremento del 25% y los penosos, tóxicos y peligrosos con un 20% sobre el salario base. Cuando corresponda la percepción de dos pluses de los indicados, siendo uno de ellos nocturno, el incremento será de un 45%. En caso de darse dos pluses de tóxico, penoso y peligroso, el incremento será del 40%. Las cuantías que vinieran percibiendo las/os trabajadoras/es por los mencionados pluses, no podrán ser absorbidas ni compensadas con los incrementos salariales de los Convenios. Percibirán el Plus de Tóxicos, Penosos o Peligrosos todas/os las/os trabajadoras/es que trabajen en centros o puestos de trabajo donde esté reconocido para las/os trabajadoras/es del Centro, respetando dichos pluses a las/os trabajadoras/es que los vienen percibiendo".

Resulta, por tanto, evidente que la norma en cuestión no establece si un determinado plus, comprendido en el precepto, debe abonarse por día natural o por día efectivamente trabajado. Al respecto, en los supuestos en los que la norma pactada nada dice sobre la forma en la que habrá de retribuirse el devengo, si en relación con días naturales o referido a los días efectivamente trabajados, nuestra jurisprudencia (SSTS de 10 de diciembre de 2008, Rjud. 639/2008 y de 29 de junio de 2009, Rjud. 640/2009) entiende que hay que estar a la naturaleza jurídica del discutido complemento, que tiene su origen en cualquier caso en el Convenio Colectivo y no en el contrato individual de trabajo.

Como es sabido, el artículo 26.3 ET atribuye a la negociación colectiva un papel fundamental en la determinación de la estructura del salario, una vez derogados el Decreto de Ordenación del Salario (Decreto 2380/1973, de 17 de agosto) y la Orden que lo desarrollaba, al establecer que: "Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa...". Desde la literalidad del precepto se puede afirmar que el complemento de toxicidad es uno de los que se vinculan al trabajo realizado, aquéllos que en el viejo Decreto de Ordenación del Salario denominaba en su artículo 5 B) "de puesto de trabajo", denominación del devengo que ahora cabe mantener por expresa regulación de la norma citada, y que no ha sido modificada o especialmente regulada en el Convenio de limpieza aquí aplicable. Este tipo de complementos resarcen al trabajador de las especiales condiciones que tiene la actividad laboral que desempeñan y las mismas atienden, no a la categoría profesional del trabajador ni a otras circunstancias de carácter personal; de ahí que su percepción deba ser establecida por la negociación colectiva en los términos que la misma disponga; entendiéndose que, ante el silencio de la norma convencional, solo se abonan cuando acaecen en el trabajo las condiciones que determinan su existencia y que, por tanto, no tienen carácter consolidable.

3.- Por ello resulta también conveniente traer aquí la doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que durante la vigencia del referido Decreto se ocupó de fijar el alcance y límites de los complementos de esa naturaleza.

Así, en las sentencias citadas en la resolución de contraste del primer recurso (SSTS de 29 de septiembre de 1986; de 24 de marzo de 1987 y de 5 de febrero de 1996, R. 2143/1995) se afirmaba que estos complementos se perciben "en razón de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar la actividad profesional y que, por no ser inherente a la persona, sino derivado del trabajo realizado, no tiene carácter consolidable". No estableciéndose en el Convenio disposición alguna que regule el discutido plus de manera distinta a la que resulta de la aplicación de la anterior doctrina de la Sala, cabe afirmar que en el supuesto discutido se trata entonces, como se dijo, de un complemento vinculado al puesto de trabajo, que, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual (lo que no ocurre en el caso de la actora) o mediante la negociación colectiva (que guarda silencio al respecto) habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa actividad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no por día natural.

Igualmente, ya tras la derogación de las normas reglamentarias aludidas sobre la ordenación del salario, nuestra STS de 3 de mayo de 2012, R. 2412/2011, tras reiterar la naturaleza de complemento salarial de puesto de trabajo al plus que nos ocupa, establece que dicho complemento es de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que no tendrá carácter consolidable, con lo que aparece una clara indicación de que el complemento se percibe si se realiza el trabajo en las condiciones que exige la norma para el percibo del mismo; esto es, su percepción va ligada a la efectiva realización del trabajo así cualificado, durante el tiempo en que dicha actividad se ejecute efectivamente. Lo que nos conduce, de nuevo, a concluir que los complementos de puesto de trabajo únicamente se devengan si el trabajo se presta en las condiciones fijadas para el percibo de dicho complemento, como puso de relieve la STS de 19 de octubre de 2011, R. 33/2011, al establecer que los complementos de puestos de trabajo como penosidad, toxicidad, peligrosidad... solo se devengarán si el trabajo se realiza en las condiciones de penosidad, toxicidad, peligrosidad... requeridas para el devengo del citado plus.

4.- En conclusión, no habiéndose establecido en el Convenio de referencia disposición alguna que regule el discutido plus de manera distinta a la que resulta de la aplicación de la anterior doctrina de la Sala, cabe afirmar que en el supuesto al que se refiere la sentencia recurrida se trata entonces, como se dijo, de un complemento vinculado al puesto de trabajo, que, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual (lo que no ocurre en el caso de los actores), habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa actividad que comporta la toxicidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no por día natural.

QUINTO.- En virtud de lo expuesto, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, se impone la estimación de los recursos y la consiguiente casación de la sentencia recurrida, para resolver el debate en suplicación desestimando los recursos de tal clase y manteniendo la firmeza de la sentencia recurrida. Con devolución de depósitos y consignaciones constituidos para recurrir, estas últimas en el exceso de la cuantía a que ascendió la condena de la sentencia de instancia (artículo 228.2 LRJS) y sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

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

1.- Estimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por, la mercantil Gizatzen SA, representada y asistida por el letrado D. Félix Mercado Garrido; y por la mercantil Unión Internacional de Limpiezas SA, representada y asistida por el letrado D. Emilio Varela Legarreta.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 904/2020.

3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Bilbao, de fecha 11 de junio de 2019, autos núm. 376/2018, que resolvió la demanda sobre Derecho y Cantidad interpuesta por D.ª Margarita, D.ª Marisa, D.ª Miriam, D.ª Nuria, D.ª Pura y D.ª Reyes, frente a Fondo de Garantía Salarial (FOGASA); Unión Internacional de Limpiezas SA; ISS Facility Services SA; y Gizatzen SL.

4.- Ordenar la devolución de los depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir, estas últimas en el exceso de la cuantía a que asciende la condena del Juzgado de lo Social cuya firmeza se ha acordado.

5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.