

Roj: **STS 155/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:155**Id Cendoj: **28079140012017100004**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/01/2017**Nº de Recurso: **518/2016**Nº de Resolución: **16/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 10 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Covadonga , D. Millán , D. Pelayo , D. Roman , D. Segismundo , D. Valentín , D. Jose Pedro , D. Luis Manuel , D. Pedro Antonio y D. Agapito , representados y defendidos por el Letrado Sr. Gómez Fidalgo, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de diciembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 810/2015 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 7 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en los autos nº 1262/2013, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la mercantil ATOS SPAIN, S.A., sobre reclamación materias laborales individuales. Ha comparecido la mercantil ATOS SPAIN, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. de la Luna Roig.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Con fecha 7 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimo la demanda interpuesta por DON Agapito , DON Luis Manuel , DON Jose Pedro , DON Valentín , DON Segismundo , DON Roman , DON Pelayo , DON Millán , DON Pedro Antonio y DOÑA Covadonga frente a la empresa ATOS SPAIN SA, y por tanto, absuelvo a la empresa de las reclamaciones frente a la misma formuladas.»

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

«1º.- Los demandantes DON Agapito con DNI nº NUM000 , DON Luis Manuel con DNI nº NUM001 , DON Jose Pedro con DNI nº NUM002 , DON Valentín con DNI nº NUM003 , DON Segismundo con DNI nº NUM004 , Alejandro con DNI nº NUM005 , DON Roman con DNI nº NUM006 , DON Pelayo con DNI nº NUM007 , DON Millán con DNI nº NUM008 , DON Pedro Antonio con DNI nº NUM009 y DOÑA Covadonga con DNI nº NUM010 prestan servicios para la empresa TOS SPAIN SA con las antigüedades, categorías profesionales y salarios con inclusión de las partes proporcionales de las pagas extras tal y como para cada uno de ellos figura en el Hecho primero de demanda que indiscutido se da aquí por reproducido.(Folios nº 274 a 393, 463 a 481 de autos).

2º.- En las cláusulas de los contratos de los demandantes referidas al salario consta la retribución total bruta anual del trabajador distribuido en: salario base y complemento personal; o bien: la retribución total bruta anual del trabajador distribuido en: salario base, plus convenio, mejora voluntaria absorbible, y complemento de no concurrencia; o la retribución total bruta anual del trabajador distribuido en: salario base, y plus complementario (Folios nº 74 a 76, 87, 88, 96, 97, 110, 124, 135, 137, 138, 148, 149, 180, 181, y 222 a 271 de autos).



3º.- La empresa se rige por el convenio colectivo estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de mercado y de la Opinión Pública (BOE 04.04.2009).

4º.- Los demandantes presentaron solicitud de conciliación el día 09.10.2013, convocadas las partes se celebró con el resultando de "sin avenencia" .(Folio nº 36 de autos).»

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Covadonga , Millán , Pelayo , Roman , Segismundo , Valentín , Jose Pedro , Luis Manuel , Pedro Antonio y Agapito contra la sentencia de fecha 7 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en autos nº 1262/2013, seguidos a instancia de Covadonga , Millán , Pelayo , Roman , Segismundo , Valentín , Jose Pedro , Luis Manuel , Pedro Antonio y Agapito contra ATOS SPAIN SA, en reclamación de CANTIDAD, confirmando la misma.»

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Gómez Fidalgo, en representación de Dª Covadonga , D. Millán , D. Pelayo , D. Roman , D. Segismundo , D. Valentín , D. Jose Pedro , D. Luis Manuel , D. Pedro Antonio y D. Agapito , mediante escrito de 28 de enero de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 3.1.c) del ET, 1091 y 1256 del C.Civil y los arts. 8 y 25 del convenio colectivo de aplicación.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 1 de julio de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

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

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 10 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

El asunto que nos ocupa surge como consecuencia de la demanda formulada por diez empleados de la empresa ATOS SPAIN, S.A. Combaten la decisión empresarial de compensar y absorber el "complemento personal convenido" que vienen percibiendo con los incrementos salariales devengados por los conceptos de "promoción profesional" y "antigüedad" previstos en el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública", que rige las condiciones laborales de la empresa demandada. En su demanda solicitan que "se reconozca que la práctica de compensar el incremento de la antigüedad cuando se produce un nuevo trienio no se ajusta a Derecho y que tengo derecho a percibir efectivamente el incremento de la antigüedad y asimismo, se avenga a abonar las cantidades que se indican para cada uno de los demandantes"; alegan que la empresa ha procedido a detraer del complemento personal los sucesivos incrementos y que ello no es posible por la falta de homogeneidad de los conceptos.

Con esta misma fecha la Sala ha debatido y resuelto en el mismo sentido que el presente los recursos de casación unificadora R. **518/2016**, R. 3199/2015 y R. 327/2016.

#### 1. La sentencia recurrida.

La STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2015 (rec. 810/2015), ahora recurrida, considera que cabe la absorción y compensación practicada por la empresa en las nóminas de sus empleados. En el contrato de trabajo de los demandante consta una cláusula donde se expresa, en unos casos, que la retribución bruta total anual se distribuye en "*salario base y complemento personal*" y en otros en "*salario base, plus convenio, mejora voluntaria absorbible y complemento de no concurrencia*". En las nóminas se refleja que percibían mensualmente una cantidad en concepto de "*complemento personal convenido*". Los razonamientos de la sentencia pueden resumirse del siguiente modo:

No hay cosa juzgada positiva con la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 (rec. 526/2011), puesto que los litigantes no son los mismos.

La doctrina de la STS 19 abril 2012 (rec. 526/2011) ha sido rectificada por el Tribunal Supremo.



Vale la fundamentación de las SSTs 21 abril 2014 (ec. 99/2013) y 13 marzo 2014 (rec. 122/2013), donde se resuelve supuesto idéntico al planteado.

El art. 7 del Convenio de consultoría (absorción y compensación) en relación con el art. 25 (complemento de antigüedad) permite aplicar los mecanismos de absorción y compensación a pesar de la falta de homogeneidad de los conceptos retributivos.

## 2. El recurso de casación y los escritos concordantes.

A) Con fecha 21 de enero de 2016, el Abogado de los demandantes interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, expresamente desarrollado a través de los mismos cuatro motivos de la fracasada suplicación puesto que considera que estamos ante "una cuestión eminentemente jurídica".

Subraya que ya otros trabajadores de la misma empresa han obtenido una sentencia favorable, por lo que procede apreciar el efecto positivo de la cosa juzgada. Asimismo destaca que el complemento personal constituye una condición más beneficiosa y que, por tanto, debe ser inmune a la absorción y compensación.

Básicamente, lo que hace el recurso es reproducir los razonamientos de la STS 19 abril 2012 (rec. 526/2011), identificarla como resolución de contraste y construir a partir de ella cuatro motivos de recurso, todos ellos encauzados "al amparo del artículo 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social":

Por entender que opera el efecto positivo de la cosa juzgada que derivaría de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 19/04/2012.

Por entender errónea la aplicación jurisprudencial al presente caso de la Sentencia de la Sala de lo Social Sección 1º del Tribunal Supremo de fecha 21/01/2014.

Por infracción de los artículos 3.1.c) del ET, 1091 y 1256 del Código Civil, y los artículos 8 y 25 del convenio colectivo de aplicación.

Por aplicación errónea de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la necesaria homogeneidad de los conceptos a compensar y absorber.

B) Con fecha 14 de septiembre de 2016 el Abogado de la mercantil formaliza impugnación al recurso interpuesto. Considera que no son contradictorias las sentencias enfrentadas.

Rechaza que haya cosa juzgada a partir de la STS 19 abril 2012 (rec. 536/2011), pues no concurren sus elementos; en todo caso, se trata de un precedente contradicho por las posteriores resoluciones de la Sala Cuarta, especialmente por la STS 8 mayo 2015 (rec. 1347/2014).

Asimismo subraya que la empresa siempre absorbió y compensó las subidas derivadas del convenio con el mantenimiento de un complemento personal elevado, sin que en modo alguno haya habido intención de generar el derecho a que éste permanezca invariable.

C) De conformidad con lo previsto en el art. 226.3 LRJS el Ministerio Fiscal emite su Informe con fecha 10 de noviembre de 2016. Advierte que la cuestión suscitada ha sido resuelta ya por la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en el mismo sentido que la sentencia recurrida, por lo que debiera admitirse al carecer de contenido casacional.

También recuerda que las sentencias de la Sala Cuarta que albergan doctrina luego abandonada pierden su valor referencial a efectos del juicio de contradicción, por lo que concurre un segundo motivo de inadmisión.

## 3. Sentencia referencial.

Como queda dicho, el recurso invoca una misma sentencia de contraste para sus cuatro motivos: la dictada por esta Sala de 19 de abril de 2012 (rec. 526/2011), que desestima el recurso de la empresa y confirma la ilicitud de la absorción y compensación realizada por la mercantil allí demandada.

En ese caso los trabajadores prestaban servicios para Atos Origin, S.A.E. y venían percibiendo, además de los diversos conceptos salariales establecidos en el convenio colectivo de aplicación (Estatual de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable, empresas de servicios de informática y estudios de mercado y de la opinión pública) un "complemento personal convenido". La empresa ha venido llevando a cabo un procedimiento de compensación/absorción en virtud del cual, cada vez que se producía un aumento salarial debido a la "promoción profesional" (ascensos) o a la mayor "antigüedad" (trienios) de los trabajadores, disminuía en la misma cuantía el "complemento personal convenido".

Disconformes con esta actuación, los trabajadores demandaron las cantidades absorbidas, petición que resulta estimada al entenderse que no existe la homogeneidad necesaria entre el complemento de antigüedad o la subida salarial por ascenso y el complemento personal convenido.



#### 4. Regulación convencional.

En el BOE de 4 de abril de 2009 aparece publicado el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de Consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (Código de Convenio n.º 9901355), actualizado posteriormente, y que resulta de aplicación al presente litigio. En él hay algunas previsiones relevantes a nuestros efectos; para aligerar la ulterior exposición interesa reproducirlas y examinarlas seguidamente.

El artículo 7 (" *Compensación. Absorción*") se estructura en dos apartados cuyo contenido es el siguiente:

- 1. Todas las condiciones económicas que se establecen en el presente Convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, Convenio Colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de las empresas o por cualesquiera otras causas.*
- 2. Dichas condiciones también serán absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual, por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse en virtud de preceptos legales, Convenios Colectivos, contratos individuales de trabajo y por cualesquiera otras causas, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos de absorción en el texto del presente Convenio.*

El artículo 8 (" *Respeto de las mejoras adquiridas*") es otro de los que incide directamente sobre el problema suscitado, siendo su texto el que sigue:

- 1. Se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo.*
- 2. Asimismo, se mantendrán como derechos adquiridos a título colectivo las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo, siempre que no estén expresamente modificadas en el articulado de este Convenio.*

El artículo 25 regula el " *Complemento de antigüedad*" en forma de trienios con distintos porcentajes y en los siguientes términos:

- 1. Las bonificaciones por años de servicio, como premio de vinculación a la empresa respectiva, consistirán, en este orden, en cinco trienios del 5 por 100 cada uno del salario base pactado para su categoría en las tablas salariales del presente Convenio; tres trienios siguientes del 10 por 100 cada uno, y un último trienio del 5 por 100 del indicado salario.*
- 2. No obstante, de acuerdo con lo pactado en el artículo 7.1, y en sus propios términos, aquellas empresas que vinieren satisfaciendo por el concepto de antigüedad un porcentaje por trienio superior a los indicados en el apartado anterior, los trabajadores a ellas vinculados y en activo en la fecha del 12 de febrero de 1981 continuarán manteniendo, a título personal, la condición mas beneficiosa que vinieren disfrutando, sin que, en ningún caso, la acumulación de los incrementos por antigüedad pueda suponer más del 10 por ciento a los cinco años, del 25 por ciento a los quince años, del 40 por ciento a los veinte años y del 60 por ciento, como máximo a los veinticinco o mas años.*

*En el supuesto contemplado en el párrafo precedente, para los trabajadores que en el mismo se mencionan, y siempre con las limitaciones en él establecidas, la antigüedad no será absorbible en ningún caso.*

- 3. Los trienios se devengarán a partir del 1 de enero del año en que se cumplan y todos ellos se abonarán, con arreglo a la última categoría y sueldo base de Convenio que tenga el trabajador.*

#### 5. Complemento personal.

Los trabajadores demandantes vienen percibiendo un "complemento personal" (o "mejora voluntaria absorbible"), cuya cuantía es diferente para cada uno; a todos se les aplica el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

El mencionado complemento está diseñado para absorber y compensar, dentro de los límites legales, cualquier incremento de carácter colectivo que por pacto o acuerdo de cualquier índole pudiera establecerse, siempre que el importe del salario de base y el referido complemento sea superior. De hecho, la empresa viene compensando y absorbiendo dicho complemento con las cantidades que el trabajador tiene derecho a percibir en concepto de promoción profesional y antigüedad. El efecto de tal compensación y absorción, supone lógicamente que la cuantía del complemento personal convenido disminuye cada vez que se produce un aumento salarial debido a la promoción profesional (ascensos) o a la mayor antigüedad (trienios).



Lo que se cuestiona, precisamente, es el ajuste a Derecho del referido proceder empresarial. Entienden los demandantes (ahora recurrentes) que los términos del convenio colectivo y las características del complemento personal deben conducir a una respuesta negativa.

## **SEGUNDO.- Obstáculos formales para el examen del asunto.**

El Ministerio Fiscal ha expuesto dos argumentos por los que debíamos haber inadmitido el recurso, lo que ahora comportaría su desestimación; del mismo modo, el escrito de impugnación niega que las resoluciones contrastadas sean contradictorias; por su lado, los trabajadores consideran que la cuestión ya ha sido resuelta y debe operar la cosa juzgada. Cualquiera de estos argumentos, por sí solo, podría bastar para que el asunto se resolviera sin necesidad de abordar el tema de fondo; de ahí que debamos despejarlos de forma prioritaria.

### **1. Falta de contenido casacional.**

La función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo dispuesto en el art. 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, puedan ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carecen de contenido casacional, esto es, los que se interpongan contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo [AATS 01/10/2014 (R. 1068/2014), 07/10/2014 (R. 1062/2014) entre otros y SSTS 29/04/2013 (R. 2492/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 15/01/2014 (R. 909/2013), entre otras].

En el presente caso la sentencia recurrida se acomoda a la doctrina de esta Sala según la cual cabe la compensación y absorción de incrementos retributivos por ascensos y antigüedad con el denominado "complemento personal", ya que aunque no se traten de conceptos homogéneos, la norma convencional (XVI CC estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública) posibilita la aplicación de dicha técnica de reducción salarial sin que por ello se vulnere el principio de indisponibilidad de derechos, y sin que además se esté en presencia de una condición más beneficiosa. En ese sentido debemos mencionar las SSTS 03 julio 2013 (rec. 279/2011), 21 enero 2014 (rec. 99/2013), 13 marzo 2014 (rec. 122/2013), 8 mayo 2015 (rcud. 1347/2014) y 9 marzo 2016 (rec. 138/2015).

### **2. Inidoneidad de la sentencia recurrida.**

La comparación que el art. 219.1 LRJS exige debe llevarse a cabo con una sentencia que albergue doctrina "viva", en el sentido de que no haya sido casada o abandonada por este Tribunal Supremo. La falta de eficacia de las sentencias casadas a este respecto ha sido establecida de manera reiterada por numerosas resoluciones de esta Sala; así, AATS 16/05/2007 (R. 2249/2006) y 10/10/2013 (R. 32/2013), SSTS 29/06/2006 (R. 3157/2004), 17/01/2007 (R. 2198/2004), 8/05/2009 (R. 1733/2008) y 4/05/2010 (R. 2407/2008) y las que en ellas se citan, lo cual, como señala la primera de esas resoluciones (con cita en particular de la STS 19/07/1999, R. 3349/1998), es totalmente razonable y acertado pues al ser casada por el Tribunal Supremo una sentencia dictada por un órgano judicial inferior, ésta queda anulada y pierde todo valor y eficacia (siendo sustituida por la que con respecto a tal asunto pronuncie el Tribunal Supremo). Por tanto, la alegación de una sentencia de contraste de estas características no cumple los requisitos del art. 219 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social pues no puede producirse ninguna contradicción en la doctrina cuando falta uno de los términos de comparación, que es el objeto que cumple la sentencia referencial en este caso inexistente.

En el caso de sentencias dictadas por esta Sala Cuarta venimos sosteniendo que carecen de valor referencial si la doctrina que contienen ha sido expresamente abandonada por las posteriores; pierden valor referencial a efectos del juicio de contradicción las sentencias cuya doctrina ha sido variada posteriormente [entre otras, SSTS 13/05/1997 (R. 2858/1996), 13/07/1999 (R. 4092/1998), 16/10/2001 (R. 4820/2000), 19/02/2015 (R. 51/2014) y ATS 05/10/2011 (R. 4301/2010)].

### **3. Ausencia de contradicción.**

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 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 ).

Es verdad que las sentencias contrastadas poseen alguna diferencia en el tipo de acción (conflicto colectivo o individual), los concretos términos en la crónica judicial describe la estructura retributiva de los trabajadores o el alcance de lo reclamado. Sin embargo, lo cierto es que se debate sobre si el convenio aplicado conduce a la imposibilidad de la absorción de las remuneraciones pactadas de modo global.

Las semejanzas entre las sentencias comparadas parecen evidentes por cuanto en ambos casos es de aplicación el mismo convenio colectivo y los trabajadores perciben, además de los conceptos establecidos en el mismo, un denominado ""complemento personal convenido" (o análogo), con carácter individual y no contemplado en el convenio. También queda acreditado que las empleadoras han procedido a la compensación/absorción de forma que cada vez que se producía un aumento salarial debido a la "promoción profesional" (ascensos) o a la mayor "antigüedad" (trienios) de los trabajadores, disminuía en la misma cuantía el "complemento personal convenido", llegando no obstante las respectivas Salas a soluciones abiertamente discrepantes.

#### **4. Cosa juzgada.**

Nuestra STS 27 octubre 2015 (rec. 373/2014) ha resumido el alcance y significado de la cosa juzgada, recogida en el artículo 222 LEC. Este precepto ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades que requiere, pero incide de forma especial en la subjetiva: la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Allí se subraya la necesidad de que concurra identidad en la causa de pedir y en los sujetos litigantes, aunque cada uno de ellos haya actuado desde la esfera de sus respectivas competencias y legitimación, pero para controvertir la misma cuestión.

Cosa distinta es que, aunque no concurran las condiciones requeridas para la procedencia de la *exceptio rei iudicata*, los hechos sentados en el primitivo proceso sean vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria. A diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado.

En suma, el efecto negativo de la cosa juzgada exige la triple identidad en cuanto a sujetos, petición y causa de pedir, debiendo diferenciarse de los supuestos de litispendencia. Por su lado, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige que concurra la más perfecta igualdad entre todos los componentes de los dos procesos, siendo suficiente la identidad subjetiva entre las partes y la conexión entre los dos pronunciamientos, de modo que lo decidido en el primer proceso actúe en el segundo como elemento condicionante o prejudicial.

#### **5. Consideraciones del Tribunal.**

A) Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando advierte que podría haberse inadmitido el recurso por falta de contenido casacional, porque la doctrina contenida en la sentencia que se recurre coincide con la sostenida en cinco resoluciones dictadas por esta Sala.

B) Acierta el Ministerio Fiscal cuando advierte que la sentencia invocada como referencial para los cuatro motivos del recurso alberga doctrina que ha sido superada por esta Sala Cuarta.

C) Las diferencias existentes entre las sentencias opuestas no resultan relevantes en orden a apreciar la existencia de contradicción, en contra de lo argumentado por la empresa.

D) No hay cosa juzgada que emane de nuestra STS de 19 de abril de 2012 (rec. 526/2011). Los trabajadores afectados son distintos y la empresa también, por más que se trate de una pretensión análoga y de que lo resuelto deba tomarse como precedente.

E) A la vista de lo anterior, habida cuenta de que la sentencia referencial es de esta misma Sala Cuarta y de que el cambio de doctrina producido quizá no fue lo bastante explícito como para despejar dudas acerca de cuál sea la actual doctrina del Tribunal, la Sala optó por admitir a trámite el recurso y examinar el problema suscitado.



Para una más clara exposición, en el Fundamento siguiente se examina la doctrina inicial de la Sala sobre el tema debatido (contenida en la sentencia referencial) y acto seguido se expone la doctrina actual (Fundamento Cuarto).

F) No es necesario examinar separadamente los diversos motivos del recurso pues en realidad plantean un mismo tema, como se vislumbra al comprobar que la sentencia referencial es la misma para todos ellos. Advertimos asimismo que la técnica casacional acogida por el recurso es deficiente, no porque se haya limitado a replantear los motivos de la suplicación (hasta el extremo de encauzarlos por el precepto propio de tal recurso) sino porque en ocasiones olvida que el recurso debe dirigirse frente a la sentencia recurrida y no frente al comportamiento empresarial o la sentencia del Juzgado.

### **TERCERO.- Doctrina inicial de la Sala sobre la absorción.**

Como queda dicho, la STS 19 abril 2012 (rec. 526/2011) entiende que la empresa Atos Origin Spain SAE no tiene derecho a absorber la subida salarial por ascenso de categoría y antigüedad con el denominado "complemento personal convenido"; esa misma doctrina fue seguida por la STS 20 julio 2012 (rec. 43/2011), en conflicto que afectaba a la empresa Capgemini en sus centros de trabajo de Valencia y Barcelona. Sus afirmaciones centrales son las siguientes:

*La obligación de remunerar el complemento de antigüedad, nacida de la fuerza normativa del Convenio, no puede minorarse -pues no otra cosa es la absorción pretendida y practicada- por el hecho de que, al margen y por encima de los conceptos salariales a que obliga el Convenio, el empresario haya pactado con algunos trabajadores -los demandantes- un "complemento personal convenido", cuya naturaleza jurídica es claramente la de una condición más beneficiosa que, en cuanto tal, es precisamente inmune al juego de la compensación y la absorción.*

*De ahí que el propio Convenio Colectivo -como subraya la sentencia recurrida- tras establecer en el artículo 7 una regla general de absorción y compensación, que no hace sino repetir lo que establece el artículo 26.5 del ET, precisa en su artículo 8 que se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a fecha de la firma de este Convenio. Y no existiría ese respeto si esos derechos adquiridos -en el caso, el complemento personal convenido- se fueran minorando o, lo que es lo mismo, se mantuvieran pero a cambio de incumplir la obligación de pagar los trienios.*

*Y exactamente el mismo razonamiento cabe hacer en relación con los derechos de promoción profesional o ascenso, que el Convenio Colectivo regula en el artículo 11 estableciendo determinados criterios para subir de categoría profesional. Es claro que sería un fraude que, obtenido el ascenso a una categoría superior por un trabajador y, consiguientemente, el derecho a obtener el superior salario base correspondiente a dicha superior categoría -como puede apreciarse en el Anexo I del Convenio- esa diferencia salarial desapareciera por entender que la misma ha quedado absorbida en el complemento personal convenido.*

*Hay que recordar, como hace la STS de 28/2/2005 (Rec. 2486/2004) que "la doctrina de esta Sala ha señalado con reiteración que la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado ( art. 26.5 ET ) se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras" y por ello ha de producirse "necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad ( sentencias de 15/10/1992 y 10/6/1994 )". Y es evidente que entre el complemento de antigüedad y el complemento personal convenido que aparece en el caso tal homogeneidad brilla por su ausencia. Y exactamente lo mismo ocurre con el derecho a percibir un salario base superior por haber ascendido de categoría, que en absoluto puede verse afectado negativamente por el hecho de que el trabajador disfrute de un complemento personal convenido.*

### **CUARTO.- Doctrina actual de la Sala sobre la absorción.**

La viabilidad de la compensación, abandonando la doctrina reseñada anteriormente, ha sido asumida hasta en cinco ocasiones posteriores por esta misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo; en concreto, puede verse las SSTS 03 julio 2013 (rec. 279/2011), 21 enero 2014 (rec. 99/2013), 13 marzo 2014 (rec. 122/2013), 8 mayo 2015 (rcud. 1347/2014) y 9 marzo 2016 (rec. 138/2015). El conjunto estudio de todas ellas permite exponer, de manera agrupada, los argumentos en que se basa esta consolidada doctrina, conforme a la cual el referido complemento sí puede ser absorbido y compensado con los incrementos salariales derivados de la promoción profesional (ascensos) o de mayor antigüedad (cumplimiento de nuevos trienios).

#### **1. Interpretación del artículo 7º del Convenio Colectivo .**

*Del tenor literal del artículo 7º (primera regla hermenéutica conforme al art 3.1 del CC) deriva la posibilidad de absorción en términos que abarcan supuestos en los que se integraría el caso enjuiciado, siendo de reseñar al respecto que el art 25.2 del mismo texto dispone que "[...] de lo que se infiere el alcance de la antigüedad en*



el contexto de su propia cuantía o importe en función de las condiciones o circunstancias de los trabajadores y en relación con el precitado art 7".

El art. 7 del convenio colectivo se encabeza con la rúbrica "Compensación. Absorción", contiene dos apartados. [...]. El Tribunal Supremo ha venido manteniendo una concepción indiferenciada de los dos términos de la figura prevista en el art. 26.5 ET, considerándola tácitamente como un todo indivisible [...] Es más, la propia Ley apunta a desdibujar la diferencia terminológica, ofreciendo una concepción indiferenciada ("la absorción y compensación) y finalista ("operará...") cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia"). De acuerdo con esta concepción integrada de la compensación y absorción, como figura cuya motivación material es neutralizar la acumulación de los incrementos salariales provenientes de diversas fuentes, garantizando que el trabajador perciba el salario que en conjunto le resulte más beneficioso, forzosamente debe concluirse que el art. 7 del Convenio colectivo admite la compensación y absorción de todas sus condiciones económicas respecto de las mejoras que se establecieran por cualquier causa, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos.

El acuerdo reflejado en el convenio franquea la posibilidad de compensar y absorber toda mejora, lo que convierte al complemento de antigüedad previsto en su art. 25 y los incrementos retributivos por ascensos en conceptos respecto de los que no opera el requisito de homogeneidad de partidas, por expresa disposición del convenio.

## 2. Interpretación del artículo 8 del convenio.

Tampoco el art. 8 del convenio puede considerarse vulnerado si se tiene en cuenta, en primer lugar, que el complemento personal se diseña, desde un primer momento, como absorbible, lo que implica la posibilidad de su neutralización económica natural y originaria por otro, a lo que se añade que si conforme a las cartas donde se indica que el complemento que se menciona se abona por el "esfuerzo y compromiso demostrado" y con base en ello se sostiene precisamente su heterogeneidad como núcleo de la tesis de demanda y de los recursos, habrá, en consecuencia, que reconocer también que se precisa una revisión o constatación periódica de la concurrencia de tales condiciones en el trabajo del beneficiario del complemento, lo que viene a suponer que no es posible considerarlo como un derecho adquirido a priori, a lo que cabe añadir el argumento de la sentencia de instancia en relación con el segundo de los apartados del precepto que se viene de citar de que "se refiere a las situaciones existentes a la fecha de la firma del convenio que resultasen superiores a las establecidas en el mismo, lo que no es el caso"

Tampoco es posible apreciar aquí una condición más beneficiosa al margen del artículo 8 del convenio colectivo, puesto que el requisito a tal efecto es el voluntario reconocimiento de un derecho, una voluntad inequívoca de su concesión, lo que no concurre en absoluto, tal como se deduce de los términos en los que la empresa comunica el salario bruto anual a los trabajadores, aludiendo expresamente a la absorción y compensación.

A este resultado no obsta lo dispuesto en el art. 8 del citado convenio pues dispone que sólo se alcanzan como derechos adquiridos que han de mantenerse a título individual o colectivo aquellas situaciones existentes a la fecha de la firma del Convenio que resultasen superiores a las establecidas en el mismo. Ello exige acreditar, a nuestro entender, que la mejora retributiva se venía percibiendo desde antes de la existencia del propio convenio, y que en cómputo anual era superior a la prevista en el mismo. Si es así, lo que manda el art. 8 es que esa cuantía se respete, no viéndose mermada a partir de la entrada en vigor del convenio. Pues bien, en este caso, habiéndose probado que el salario bruto anual de los trabajadores es siempre igual o superior al del año precedente, no puede decirse que no se esté manteniendo la situación existente a la fecha de la firma del convenio, que es estrictamente lo que el art. 8 exige.

Si bien el artículo 8 establece el respeto de las mejoras adquiridas, ello no significa más que la imposibilidad de que a partir de la entrada en vigor del convenio se reduzcan las mismas por aplicación de las retribuciones en él pactadas, pero no impide la aplicación del artículo anterior, relativo a la compensación y absorción, según el cual todas las condiciones económicas, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien fuera por imperativo legal, convenio, laudo, contrato, uso, concesión o por cualquier causa, lo que significa que, con independencia de la denominación que se les dé, lo importante es la cifra final percibida por el trabajador, siendo compensable la antigüedad o el plus de convenio con las cantidades abonadas por otro concepto, como el de salario, siempre que su cuantía supere a la fijada en convenio por los tres conceptos; siendo también absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse, con excepción de las que expresamente fuesen excluidas de absorción en el presente convenio.

## 3. Visión global del convenio.





*Para los dos conceptos y en relación al complemento personal existe un marco convencional estatutario y de acuerdo individualizado que hacen de la absorción y de la compensación un instrumento lícito en el ámbito de autorización del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores excluyendo como obstáculo el requisito de homogeneidad.*

*El acuerdo reflejado en éste "franquea la posibilidad de compensar y absorber toda mejora, lo que convierte al complemento de antigüedad previsto en su art 25 en un concepto respecto del que no opera el requisito de homogeneidad de conceptos, por expresa disposición del convenio".*

#### **4. Naturaleza del complemento personal y heterogeneidad retributiva.**

*La precitada denominación de "absorbible" del complemento revela la voluntad en tal sentido desde su establecimiento, o cuanto menos, constituye un indicio al respecto.*

*La institución de la compensación y absorción que recoge el art. 26.5 ET tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta, lo que implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, al menos en el orden de la función retributiva. Todo ello se halla dicho, precisamente, en un litigio en el que era parte la misma empresa y el problema planteado era también, como ahora, si resulta procedente la compensación entre un concepto salarial por unidad de tiempo y otro concepto -las comisiones- que retribuyen el resultado del trabajo desde la perspectiva de la intervención del trabajador en una operación entre la empresa y un cliente.*

*La fuente de la mejora o complemento que la empresa trata de compensar y absorber no es la libre y unilateral concesión empresarial sino la voluntad concurrente de ambas partes, empresa y trabajador, plasmada de forma expresa y clara en el contrato de trabajo y sometida, precisamente, a "la posibilidad de compensarlo y absorberlo.*

*Aún admitiendo que en este caso no se trate de conceptos homogéneos, sin embargo, pese a ello, el acuerdo expreso en tal sentido entre las partes permite aquí la compensación y absorción, sin que dicho acuerdo vulnere el principio de indisponibilidad del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores porque la prohibición legal ("los trabajadores no podrán disponer válidamente...") sólo puede entenderse en los términos que expresamente contempla el precepto estatutario y, en este caso el derecho que se reclama (el complemento personal) no está en absoluto reconocido en el Convenio Colectivo aplicable (ni como indisponible ni como disponible), tampoco está contemplado en ninguna disposición legal de derecho necesario y únicamente es el resultado de la concertada voluntad individual de los contratantes (no de la ley ni de pacto colectivo alguno), por lo que habrá de estarse a sus propios términos y condiciones.*

*Sin desconocer en absoluto los postulados clásicos que sobre la figura de la compensación y absorción ha venido manteniendo el Tribunal Supremo, en el sentido de exigir homogeneidad entre los conceptos compensables y absorbibles, también ha mantenido que esta regla reviste naturaleza dispositiva, siendo posible exceptuar su aplicación si se acuerda expresamente.*

*Los concretos términos en los que la empresa comunica a los trabajadores su salario bruto anual (siendo el denominado "complemento personal" tan solo la diferencia entre este y el salario de convenio), han de tener peso igualmente en orden a identificar su posible naturaleza absorbible y compensable. En efecto, del análisis de las comunicaciones se desprende sin lugar a dudas la voluntad empresarial de que el importe total absorba y compense cualquier otro incremento, por lo que parece que inexorablemente la conclusión debe ser la licitud de su neutralización por la vía seguida en la empresa. Se ha concedido un salario absorbible y compensable superior al de convenio, y opera su absorción y compensación en los términos de la concesión, respecto de complementos que lo admiten de acuerdo con lo pactado en convenio colectivo.*

#### **5. El mecanismo del art. 26.5 ET .**

*La compensación y absorción del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores y, sobre todo, la limitación respecto a la homogeneidad de los conceptos compensables y absorbibles establecida por la jurisprudencia, no solo ha de tener un tratamiento individualizado en función de las concretas mejoras o conceptos en cuestión, sino que, en principio, la exigencia de homogeneidad, al menos cuando se trata, como es el caso, de remuneraciones complejas, debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si, como vimos, ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.*

*No es posible, de otro lado, entender que existe en lo antedicho conculcación del art 26.5 del ET , que se circunscribe a establecer una condición en la materia por la que la absorción y compensación sólo podrán operar cuando los salarios realmente abonados sean más favorables que los fijados en el orden normativo*



o convencional correspondiente, lo que no se ha discutido en este caso, en el que, por otra parte, si las cartas comunicando el complemento personal absorbible fueron suscritas en señal de conformidad por sus destinatarios, ello supondría también el acuerdo sobre su carácter consolidable conforme al nº3 de dicho precepto, sin que, en fin, se advierta tampoco que se contravenga el art 3 del mismo cuerpo legal en ninguno de los apartados (1 y 3) que menciona el tercero de los recursos sin mayor desarrollo de tal afirmación, por lo que en función de los términos de sus respectivos planteamientos, la conclusión que se impone es la desestimatoria de los mismos.

## 6. Conclusión.

En todo los casos examinados, como aquí, al comienzo de cada año la empresa entrega a cada trabajador una comunicación escrita en la que se señala el Salario Bruto Anual, que según dicha comunicación se abonará "de una parte por lo que corresponda por aplicación del Convenio Colectivo en vigor, y el resto hasta completar la citada cantidad bajo los conceptos voluntarios, en su caso de Mejora voluntaria compensable y absorbible. Cualquier variación legal o convencional de sus retribuciones reglamentarias determinará la compensación del concepto Mejora voluntaria". Con ello quedan sentadas las bases de la finalidad a la que está destinado el complemento, una cantidad expuesta, desde su atribución a la compensación por "cualquier variación legal o convencional".

En consecuencia, tanto si se analizara la compensación acudiendo a la normativa convencional ( cf. el artículo 7º) como si se observa la base para la compensación desde la perspectiva del complemento que resulta minorado (mejora voluntaria denominada "absorbible"), vemos que su propio título constitutivo la contempla, sin que represente obstáculo la búsqueda de la homogeneidad dado que la fórmula empleada en su reconocimiento deja abierta la aptitud compensatoria en términos de compatibilidad siempre que el origen de la variación sea legal o convencional.

## QUINTO.- Resolución.

De cuanto queda expuesto se desprende que la sentencia recurrida aplica la doctrina actual del Tribunal Supremo, debiendo tenerse por definitivamente abandonada y excepcional la invocada para el contraste.

Existiendo acuerdo expreso de absorción y compensación entre las partes, no hay vulneración del artículo 3.5 ET y de su principio de indisponibilidad, aun mediando heterogeneidad entre los complementos, y ello a la vista del texto del artículo 7 del Convenio de aplicación, operando al margen de la regla general. A ello no obsta el artículo 8 del citado convenio alusivo a los derechos adquiridos porque para estar incluidos en la excepción a la norma de absorción y compensación es preciso que se trate de situaciones anteriores a la firma del convenio que resultasen superiores a las establecidas en el mismo.

Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, sin que proceda pronunciamiento sobre costas.

## FALLO

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

1) Desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Covadonga , D. Millán , D. Pelayo , D. Roman , D. Segismundo , D. Valentín , D. Jose Pedro , D. Luis Manuel , D. Pedro Antonio y D. Agapito , representados y defendidos por el Letrado Sr. Gómez Fidalgo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de diciembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 810/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 7 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en los autos nº 1262/2013, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la mercantil ATOS SPAIN, S.A., sobre reclamación retributiva. 2) Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3) No realizar imposición de costas.

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. Antonio V. Sempere Navarro 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.