

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

### SENTENCIA:

*Presidente Excmo. Sr. D.:* Jesús Gullón Rodríguez

*Fecha Sentencia:* 03/07/2013

*Recurso Num.:* CASACION 279/2011

*Fallo/Acuerdo :* Sentencia Desestimatoria

*Votación:* 26/06/2013

*Procedencia:* AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

*Ponente Excmo. Sr. D.* Miguel Ángel Luelmo Millán

*Secretaría de Sala:* Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

*Reproducido por:* BAA

*Nota:*

Conflicto colectivo. Absorción y compensación del incremento del complemento de antigüedad con un complemento personal absorbible. Teoría general de la absorción. Aplicabilidad de los preceptos del convenio colectivo del sector referentes a la absorción.

**Recurso Num.: CASACION/279/2011**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Ángel Luelmo Millán**

**Votación: 26/06/2013**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez**

*DON SANTIAGO RIVERA JIMENEZ, SECRETARIO DE  
LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.*

*CERTIFICO: Que en el recurso que se menciona se ha dictado  
la siguiente resolución:*

**SENTENCIA NUM.:  
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**

**Excmos. Sres.:**

**D. Fernando Salinas Molina  
D. Jordi Agustí Juliá  
D. José Manuel López García de la Serrana  
D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol  
D. Miguel Ángel Luelmo Millán**

---

En la Villa de Madrid, a tres de Julio de dos mil trece. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recursos de casación, formulado por el Letrado D. José Félix Pinilla Porlan, en nombre y representación de LA FEDERACION DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), por la Letrado Dña. Angeles Morcillo Garmendia, en nombre y representación de LA FEDERACION DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CREDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, por el Letrado D. Miguel Angel Pesquera Martín, en nombre y representación de LA FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), por el Letrado D. Gregorio Nevado García, en nombre y representación de TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGIA, S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 27 de octubre de 2011, en actuaciones seguidas por COMFIA-CC.OO, FES-UGT y Delegado Sindical de la Sección Sindical de CGT, contra Tecnocom, Telecomunicaciones y Energía, S.A., sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. MIGUEL ÁNGEL LUELMO  
MILLÁN,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CCOO -COMFIA CCOO-, la Federación de Servicios de UGT y Delegado Sindical de la Sección Sindical de CGT, formularon demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: que el denominado complemento absorbible personal no es compensable ni absorbible con los incrementos por antigüedad así como el derecho de los trabajadores afectados a percibir las diferencias salariales desde que se produjo la compensación y absorción del complemento de antigüedad.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**TERCERO.-** Con fecha 27 de octubre de 2011, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la empresa demandada, desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CCOO, la Federación de Servicios de UGT y el Delegado Sindical de CGT, y absolvemos a Tecnom Telecomunicaciones y Energía, S.A. de los pedimentos de la demanda".

**CUARTO.-** En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Las organizaciones sindicales demandantes de ámbito estatal, ostentan, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la condición de más representativas, contando las tres, además, con representación en la empresa demandada. SEGUNDO.- La empresa demandada cuenta con centros de trabajo en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma, siendo su número aproximado de trabajadores 2.200. No todos ellos se encuentran afectados por el presente conflicto colectivo. TERCERO.- La empresa regula sus relaciones laborales por el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, publicado en el BOE de 4 de abril de 2009, cuyo ámbito temporal corre desde el 1-01-2007 al 31-12-2009, encontrándose en ultraactividad desde entonces. El art. 7 de este instrumento convencional regula la compensación y absorción, en los términos siguientes: "Artículo 7. Compensación. Absorción. 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 art. 8 del Convenio alude a los derechos adquiridos: "Artículo 8. Respeto de las mejoras adquiridas. 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." Por último, el art. 25 regula el complemento de antigüedad:

"Artículo 25. Complemento de Antigüedad. 1. Las bonificaciones por años de servicio, como premio de vinculación a la empresa respectiva, consistirán, en este orden, en cinco trienios del 5% cada uno del salario base pactado para su categoría en las tablas salariales del presente Convenio; tres trienios siguientes del 10 % cada uno, y un último trienio del 5 % 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 % a los cinco años, del 25 % a los quince años, del 40 % a los veinte años y del 60 %, 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." CUARTO.- La empresa estableció un complemento salarial denominado "complemento personal absorbible", que no aparece regulado en el convenio sectorial. En cartas remitidas a los trabajadores comunicando la revisión salarial (que no consta que se hayan entregado a todos los beneficiarios de este complemento) se vincula al reconocimiento a su "esfuerzo y compromiso demostrado" a raíz de un cambio de puesto o categoría, o simplemente como revisión salarial. En algunas de estas comunicaciones se indica que el citado complemento es un "incremento salarial" que "absorbe y compensa cualquier revisión salarial que con carácter general se acuerde o se pacte durante el año 2010", mientras que en otras se mantiene que "absorbe y compensa cualquier importe retributivo que se pueda generar y devengar, bien por pacto, acuerdo o convenio". QUINTO.- En el mes de enero de los años 2010 y 2011 la empresa procedió a abonar el importe establecido en el convenio por

antigüedad y lo ha compensado con el complemento personal absorbible. SEXTO.- Con fecha 18-8-2011 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales".

**QUINTO.-** Preparado recurso de casación por la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), se ha formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 10 de abril de 2012, en él se consigna el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral por infracción del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 7, 8 y 25 del XVI Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

El recurso de casación interpuesto por la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo, se ha formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 11 de abril de 2012, en él se consigna el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral por infracción del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 7, 8 y 25 del XVI Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

El recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CCOO), se ha formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2012, en él se consigna el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral por infracción del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores, e infracción del art. 3.1 y 3.5 del mismo texto legal.

El recurso de casación interpuesto por TECNOCOM Telecomunicaciones y Energía, S.A., se ha formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 10 de julio de 2012, en él se consignan los siguientes motivos: PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y CUARTO.- Al amparo del art. 205.d) de la Ley de Procedimiento Laboral por error en la apreciación de la prueba obrante en autos. QUINTO.- Al amparo del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral por infracción del art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores.

**SEXTO.-** Transcurrido el plazo concedido para impugnación de los recursos, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedentes los recursos.

**SEPTIMO.-** En Providencia de fecha 16 de mayo de 2013 y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millán, señalándose para la votación y fallo del presente recurso el 26 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la demanda de los tres sindicatos accionantes con la que éstos pretenden que se declare que el denominado complemento absorbible

personal no es compensable ni absorbible con los incrementos por antigüedad y que consecuentemente con ello se reconozca el derecho de los trabajadores afectados a percibir las diferencias salariales desde que se produjo la compensación y absorción. Dicha resolución arguye que entiende absorbible o compensable el denominado complemento personal absorbible con el incremento del complemento por antigüedad con cita de los arts 7, 8 y 25 del XVI convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública y el 26. 3 y 5 del ET, señalando tras rechazar las excepciones opuestas por la empresa, que la naturaleza jurídica del complemento personal absorbible, dados los términos de su concesión recogidos en las cartas de revisión salarial (de las que dice que hay dos modelos distintos), es la de un complemento vinculado a la cantidad y calidad de trabajo, no tratándose de un complemento personal (cualificación personal y profesional) sino del modo de llevar a cabo las funciones y la especial intensidad con que las acometen los trabajadores, satisfaciéndose a modo de bonus o incentivo, aunque no conste de qué modo es medido dicho esfuerzo. De ello infiere que aunque no hay homogeneidad con el complemento de antigüedad, dicha homogeneidad es posible exceptuarla si se acuerda expresamente, lo que sucede, según entiende, en virtud del art 7 del convenio.

La sentencia se apoya en la doctrina para exponer la teórica diferencia entre absorción y compensación y concluye que la tesis mayoritaria de la misma y de la jurisprudencia es, de todos modos, la de dar un trato indiferenciado a ambos conceptos, y a partir de ahí, sostiene que el precepto referido del convenio colectivo 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 de convenio, concluyendo que el art 8 alusivo a los derechos adquiridos no obsta a tal fin porque, independientemente de si se trata o no de derechos adquiridos, la disposición se refiere a 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.

Dicha resolución ha sido recurrida por todos y cada uno de los litigantes, haciéndolo los actores separadamente, pero en los mismos términos dos de ellos y sustancialmente igual el otro, todos por medio de un exclusivo motivo apoyado en el apartado e) del art 205 de la LRJS y denunciando FES-UGT y CGT la infracción de los arts 26.5 del ET y de los arts 7, 8 y 25 del XVI convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública en relación con la jurisprudencia representada por las sentencias de esta Sala de 26-3-04, 14-4-10 y 12-4-11, por entender que los complementos en litigio constituyen conceptos no homogéneos, y señalando COMFIA-CCOO, para reiterar la falta de homogeneidad conceptual, la vulneración del art 26.5 del ET en relación con el 3.1 y 3.5 del mismo texto y con la jurisprudencia representada por la STS de 30-6-11, arguyendo finalmente que el convenio colectivo no puede tener aplicación preferente sobre el ET y que la jurisprudencia citada por la sentencia recurrida se refiere a un acuerdo cuyo marco es individual (contrato de trabajo) y en los que los pactos nunca son genéricos sino específicos.

La empresa, por su parte, impugna cada recurso contrario y, a su vez, formula el suyo. Por lo que hace a las impugnaciones frente a los recursos de

FES-UGT y CGT señala de antemano que son idénticos, por lo que reproduce los mismos argumentos en cada una de sus impugnaciones, previniendo que no debe tenerse en cuenta el art 8 del convenio colectivo al no haber sido mencionado en dichos recursos y arguyendo que, como ya tiene manifestado en el suyo, al que se remite, el complemento absorbible no es un complemento de cantidad y calidad de trabajo sino un complemento fijado al inicio de la relación laboral que recoge la diferencia entre el salario del convenio y el mayor salario que se pacta con el trabajador al momento de la contratación, estando desvinculado, por tanto, del desempeño profesional, aludiendo después a la posibilidad, según la jurisprudencia que cita (sentencias de la Sala de 15-11-10, Rec. 2006/1300, y de 29-9-08, Rec. 2008/5537) de absorber y compensar conceptos heterogéneos en virtud de la voluntad de las partes, examinando, en fin, la relación de sentencias que se han citado en la de instancia y por los demandantes de esta Sala, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y de varios TTSSJJ para concluir, en resumen, la sentencia recurrida no se ha apartado de ningún criterio anterior establecido por esa Sala y que la jurisprudencia permite que el criterio de la homogeneidad pueda excepcionarse mediante pacto individual o colectivo, que es lo que acontece, según dicha parte, en el art 7 del convenio colectivo de aplicación.

En cuanto a la impugnación que dicha parte efectúa del recurso de COMFIA-CCOO reitera que se remite al recurso que tiene interpuesto y que los conceptos litigiosos son homogéneos incluso cuando existe convenio colectivo con cláusula de compensación o absorción, resaltando que la parte recurrente no cita ninguna sentencia del TS en apoyo de tal afirmación, pasando a examinar después la jurisprudencia que se cita en dicho recurso acerca de la compensación y absorción en el marco del art 26.5 del ET para sostener que la misma no es trasladable de forma automática al caso enjuiciado en el que dicho fenómeno se produce no por la aplicación de dicho precepto sino por la de los arts 7 y 25 del convenio colectivo, concluyendo que el primero de ambos "es lícito y de aplicación especial y preferente respecto del art 26.5 ET" y que su contenido "es claro y por ello, cualquier debate acerca de las intenciones de las partes que firmaron el convenio resulta estéril", concluyendo con la cita y transcripción parcial de la sentencia de esta Sala de 21-10-09 (Rec 2009/7716) y de otras de varios TTSSJJ.

Por lo que respecta, en fin, al propio recurso de la demandada, se contiene en cinco motivos, y se formula al objeto de que si se desciende a determinar la homogeneidad o heterogeneidad de los referidos complementos retributivos -lo que considera que no resulta necesario a tenor del contenido en los arts 7 y 25 del convenio colectivo- se varíe la relación fáctica y lo que en relación con la misma se establece en la fundamentación jurídica de la sentencia, por considerar que dicha resolución le genera un evidente perjuicio en su exposición sobre el particular y que con su propuesta revisora se hace "más firme la posición de la empresa" y se reflejan adecuadamente las circunstancias y naturaleza del complemento absorbible, que, según sostiene, no es de cantidad y calidad de trabajo sino que se percibe desde el inicio de la relación laboral y "debe encuadrarse en el ámbito de los complementos relativos a las condiciones personales del trabajador atendiendo a su cualificación personal o profesional que repercute en el trabajo realizado, en su contenido o calidad".

Los sindicatos accionantes no han contestado a este recurso.

El Mº Fiscal, en su preceptivo informe, se manifiesta en sentido desestimatorio de todos los recursos, los de los sindicatos en aplicación de nuestra sentencia de 21-10-09 (Rec. 35/09) y precisando que el caso no es el mismo de las sentencias de 19-4 y 20-7-12 (Recs. 526/11 y 43/11) relativas a un complemento personal establecido también en el XVI convenio colectivo de empresas de consultoría donde se mantenía una postura contraria a la absorción, porque en ellas el complemento en cuestión tenía la consideración de condición más beneficiosa pactada entre el empresario y algunos trabajadores y, por tanto, protegida por el art 8 del convenio colectivo, lo que no ocurre en este caso, donde el complemento personal absorbible no está regulado en el convenio y se vincula al esfuerzo demostrado por el trabajador. En cuanto al de la empresa, dice que los recursos se interponen frente a los fallos y que la casación ha de ceñirse a los arts 205 y 215 de la LRJS.

**SEGUNDO.-** De los tres de esa parte demandante y como se ha dicho ya, los dos primeros (FES-UGT y CGT) son idénticos y el tercero (COMFIA-CCOO) es sustancialmente igual en lo principal, e integrado, como los anteriores, por un exclusivo motivo, aunque se alude asimismo al art 3.1 y 3.5 del ET en los términos precedentemente expuestos, por lo que cabe su examen conjunto.

Según la primera de las sentencias citadas de esta Sala (21-10-09), que contempla un caso sustancialmente coincidente con el ahora enjuiciado - aunque referente a otro convenio colectivo, el XV Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de empresas y Contable que, no obstante, contiene un art 7 de similar factura que el del presente caso- ***"El mecanismo de la absorción y compensación, contemplado en el art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores posee una finalidad reiteradamente descrita en la doctrina unificada. Así, en la reciente sentencia de 27 de febrero de 2009 (RCUD. 439/2008) se reproduce el criterio conforme al cual "la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (sentencias de 10 de noviembre de 1998, 9 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2001 y 2 de diciembre de 2002). Ello implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1994 ), al menos en el orden de la función retributiva."***

*Tal como se proyecta el debate, resolver acerca de una posible minoración de un complemento de antigüedad, determinar su relación con un complemento abonado por la empresa y en qué condiciones viene siendo satisfecho este último, es necesario establecer una serie de precisiones con arreglo al incombato relato histórico y a las afirmaciones que con valor fáctico incluye la fundamentación de la sentencia.*

*A tales efectos es relevante el contenido del último párrafo del cuarto de los razonamientos en el que se resalta como la antigüedad aumenta en la*



*nómina y lo que se minoraba es el complemento que, superando a la retribución según el Convenio Colectivo, venía abonando la empresa.*

*La descripción que en los hechos declarados probados se nos muestra del complemento que resultó minorado al incrementarse el de antigüedad en aplicación de las tablas salariales del XV Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de empresas y Contable, es la de una cantidad que responde al nombre de Abs, o absolvil, hecha efectiva bien por decisión unilateral de la empresa, bien por contrato entre esta y el trabajador. 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, cuyo artículo 7 declara compensables todas sus condiciones económicas, "sean o no de naturaleza salarial", con las mejoras de cualquier tipo, si eran anteriores, satisfechas por imperativo legal, convenio colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de las empresas o por cualesquiera otras causas, y si fueran posteriores, con origen en 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 convenio, dada su amplitud, como si se observa la base para la compensación desde la perspectiva del complemento que en definitiva 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. No cabe por lo tanto apreciar infracción de las normas y de la jurisprudencia invocadas."*

*Por su parte, nuestra sentencia de 19 de abril de 012 (Rec. 526/2011), señala en su tercer fundamento de derecho que "es claro que se trata (el asunto enjuiciado en dicho procedimiento) de una obligación salarial adquirida por el empresario en virtud de un pacto individual con cada uno de los trabajadores que disfrutaban de dicho complemento, el cual se adiciona al salario base y a los complementos salariales que el empresario está obligado a abonar por disposición expresa del Convenio Colectivo. Entre esos complementos salariales, debidos ex Convenio Colectivo, se cuentan los trienios que establece el artículo 25 : "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 cien del indicado salario". Es del todo evidente que esta obligación 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".*

Esta tesis se aplica, en primer lugar, a un complemento diferente ("complemento personal convenido") al actualmente examinado que, a diferencia de éste, no lleva la denominación de "absorbible" y, por otra parte, se basa en el pacto individual con cada uno de los trabajadores y no, como éste, según sostienen los actores, en una/s carta/s donde es reconocido por el esfuerzo y compromiso demostrado por el trabajador/a correspondiente, por lo que siguiendo su propio planteamiento al respecto, ha de coincidirse con el M<sup>o</sup> Fiscal en su conclusión de inaplicabilidad de dicha sentencia.

La de 20 de Julio del 2012 (Rec. 43/2011), en fin, se refiere expresamente al propio XVI Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE 6-4-2009) y señala en relación con un complemento denominado "mejora voluntaria" que *"uno de los problemas suscitados en la demanda iba dirigido a determinar si procede la absorción y/o compensación de los incrementos que por el concepto de antigüedad experimentan los trabajadores de la empresa para neutralizarlos con una disminución en la misma cuantía del complemento denominado "mejora voluntaria", precisando más adelante que "la cuestión litigiosa se centra y limita a determinar si la empresa puede llevar a cabo la absorción y compensación cuando el trabajador ve aumentada la cuantía de sus retribuciones por acceder a una nueva categoría profesional; y si el incremento económico que conlleva la antigüedad es compensable y absorbible con otros conceptos salariales".*

Y tras referirse a la abundante doctrina jurisprudencial, reflejada entre otras, en la sentencia de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 2010 (Rec. 186/2009), respecto a la compensación y absorción, manifiesta que *"con carácter general, la Sala ha entendido que normalmente la solución del caso ha de estar casuísticamente ajustada a cada situación de hecho, y que no siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos, sino que casi siempre ha de atenderse al examen de las peculiaridades del caso concreto (vid. SSTs 26/03/04 -rec. 135/03-; 06/03/07 -rcud 5293/05-; y 01/12/09 -rco 34/08-). Pero ello no es obstáculo para que se hubiese afirmado que la compensación que autoriza el art. 26.5 ET es siempre posible en términos generales, salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa*

**disposición de la norma legal o convencional que lo regula (entre las recientes, SSTS 17/09/04 -rec. 4301/2003 -; 13/03/06 -rec. 4864/04 -; 10/05/06 -rec. 2153/05 -; 23/05/06 -rec. 8/2005 -; y 01/12/09 -rcd 34/08 -). Y con la misma pretensión generalizadora, la STS 14/04/10 [-rcud 2721/09-], resumía varias precisiones interpretativas en los siguientes puntos: «1) la compensación y absorción debe operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad [STS 10/06/94 -rec. 2274/93 -]; 2) esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras [ STS 28/02/05 -rec. 2486/04 ], superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 3) las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a "los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas" las remuneraciones salariales implicadas [ STS 29/09/08 -rec. 2255/07]; 4) la absorción y compensación no rige en principio entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquéllos que se ligan al puesto de trabajo [ STS 21/01/08 -rec. 4192/06]" prosiguiendo que "de entre los anteriores criterios, el que más directamente afecta al debate de autos es de la homogeneidad. Sobre él ha insistido la doctrina de la Sala, afirmando con reiteración que para que pueda operar el mecanismo de la absorción y compensación, es necesario que entre los conceptos retributivos a examinar medie imprescindible homogeneidad (valgan de reciente ejemplo las SSTS de 06/10/08 -rcud 4461/07-; 04/02/09 -rcud 2477/07-; 27/02/09 -rcud 439/08-; 21/10/09 -rcd 35/09-; y 01/12/09 -rcd 34/08-); afirmación de la necesaria homogeneidad que «puede obtenerse a través del método inductivo, consistente [al contrario que el deductivo] en extraer la consecuencia genérica con base en el examen de varios supuestos particulares en cada uno de cuyos casos concretos se haya llegado a la misma consecuencia específica» (STS 06/03/07 -rcud 5293/05 -), pero que de todas formas se ha relativizado en algunos supuestos, como ha sido en el de los conceptos retributivos antigüedad y salario base (sirvan como indicativas las SSTS 18/07/96 -rcud 2724/95 -; 26/03/04 -rcd 135/03 -; y 06/03/07 -rcud 5293/05), habiéndose sostenido igualmente que «la exigencia de homogeneidad, al menos cuando se trata... de remuneraciones complejas, debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si ...ello no supone disponer de ningún derecho necesario de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» (así, STS 29/09/08 -rcud 2255/07-). Con lo que parece apuntarse al paso desde una exigencia de estricta homogeneidad a la de posible neutralización entre conceptos que por genéricos -no determinados por condiciones de trabajo singulares u obligaciones adicionales del trabajador- resulten homogeneizables.".**

Resolviendo los motivos de censura jurídica de ambos recursos conjuntamente, teniendo en cuenta que la pretensión se contrae y limita a determinar si la empresa puede llevar a cabo la absorción y compensación cuando el trabajador ve aumentada la cuantía de sus retribuciones por acceder a una nueva categoría profesional, y si el

***incremento económico que conlleva la antigüedad es compensable y absorbible con otros conceptos salariales, ha de señalarse que la cuestión litigiosa ha sido resuelta recientemente por sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 (rcud. 526/2011) en supuesto sustancialmente idéntico, y a la doctrina unificadora que allí se establece ha de estarse por razones de seguridad jurídica.....”***

Esta sentencia, como se ve, reproduce en el último de esos párrafos y los que le siguen, la que con precedencia a la misma se transcribe, por lo que respecto a ello ha de seguirse la conclusión antedicha de su no aplicabilidad al caso, siendo, no obstante, de tener en cuenta cuanto previamente se expone y que constituye la teoría general respecto de la homogeneidad y su apreciación, que lleva a lo que a continuación se expresa.

En efecto, cuanto se acaba de reproducir viene a centrar la cuestión objeto ahora de debate a la determinación de la naturaleza jurídica del “complemento personal absorbible”. Repárese que, como se ha anticipado, es un complemento de diferente denominación y contenido que los contemplados en las precedentes sentencias de la Sala, y que, de otro lado, incluye en su propio nombre la adjetivación de “absorbible”, que puede entenderse, en una hermenéutica de principio, que alude precisamente a una naturaleza de igual signo, todo lo cual hace al asunto, como se ha dicho, distinto, siendo, no obstante, necesario examinar si lo que al respecto razona la sentencia recurrida cabe considerarlo correcto teniendo en cuenta que en los recursos de los actores no se ha pretendido ni propuesto ninguna revisión fáctica previa.

Se declara probado, en primer lugar (hecho segundo) que el número aproximado de trabajadores de la empresa demandada asciende a 2.200 y que “no todos ellos se encuentran afectados por el presente conflicto colectivo”, precisando al respecto en relación con el complemento retributivo litigioso que es posible “apreciar la existencia de un grupo genérico de trabajadores entre quienes sí lo perciben” (fundamento de derecho segundo), sin que se haya concretado, siquiera sea por aproximación, el alcance numérico de dicho grupo.

Sobre esta base, igualmente se afirma (hecho cuarto) que la empresa “estableció un complemento salarial denominado “complemento personal absorbible” que no aparece regulado en el convenio sectorial”, nada de lo cual es discutido tampoco de adverso, aunque posteriormente la empresa, en su recurso, cuestiona el resto de este ordinal, donde se dice que en diversas cartas dirigidas a los trabajadores y en las que se comunica la revisión salarial -que no consta que se hayan entregado a todos los beneficiarios del complemento- se vincula el reconocimiento al “esfuerzo y compromiso demostrado” a raíz de un cambio de puesto o categoría “o simplemente como revisión salarial”, precisándose en algunas de esas cartas que se trata de un incremento salarial que absorbe y compensa cualquier revisión salarial que se acuerde en 2010 y en otras, que absorbe y compensa “cualquier importe retributivo que se pueda generar y devengar” por cualquier vía, todo lo cual lo deduce la Sala de instancia del contenido de los folios 419 y 433-436 de los autos formando parte del ramo de prueba de la empresa y documentos 1 y 3 del ramo de la parte demandante, “todo reconocido de contrario” (primer fundamento de derecho).

Existe, pues, una plataforma probatoria a partir de la que la sentencia recurrida funda su razonamiento (tercero) según el cual, y en resumen, “no se

trataría de una puesta en valor de la cualificación personal y profesional de los empleados (complemento personal) sino de un modo de llevar a cabo sus funciones, de la especial intensidad con que las acometen”, por lo que “el premio al esfuerzo expresamente otorgado por la empresa no puede ser sino una percepción vinculada a la cantidad y calidad de trabajo, aunque no conste de qué modo dicho esfuerzo es medido en orden a su retribución”, lo que ha de considerarse admisible a la vista de dicha documental (la de los folios citados por la sentencia), donde, en efecto, las cartas en cuestión aluden a un reconocimiento económico por ese esfuerzo y compromiso de trabajadores a los que se asigna un nuevo puesto de trabajo que supone una también nueva categoría como la que se precisa en cada uno de tales casos (precitados folios 433-436) o incluso un cambio en la modalidad contractual de quien ostenta una antigüedad en la empresa muy anterior a la de la fecha de la carta, es decir, no coincidente con la de inicio de la relación laboral (folios 437-438), no entendiéndose, por otra parte y en fin, la necesidad de que la empresa hubiera de justificar el complemento en dichos esfuerzo y compromiso si ello no se correspondía con la realidad, por lo que debe estar a sus propios actos o manifestaciones al respecto.

De todo ello ha de inferirse, como hace igualmente dicha resolución con base en las sentencias de esta Sala que cita (fundamento cuarto), que no existe homogeneidad con el complemento de antigüedad, que retribuye una circunstancia de todo punto diferente, cabiendo, no obstante, admitir -aunque ello carezca de importancia respecto de este extremo de la homogeneidad ya rechazado- que tal y como arguye la empresa demandada en contestación a los recursos de la parte actora, no pueden servir de fundamento a éstos (respecto, en su caso, de cualquier cuestión diferente a la teoría general de la homogeneidad/heterogeneidad, aunque parece no tener más objetivo que ésta) las sentencias de esta Sala que FES-UGT y CGT citan de 14 de abril de 2010 (Rec. 2721/2009), que se refería a un “suplemento” que la empresa absorbía parcialmente con el incremento del salario base y no con el complemento de antigüedad, siendo el convenio colectivo aplicable otro diferente (el de la industria siderometalúrgica de Barcelona), ni la de 12 de abril de 2011 (Rec. 4555/2010), en relación con otros complementos salariales del convenio colectivo de mármoles y piedras de la provincia de Pontevedra que se habían venido abonando con arreglo a una cantidad fija mensual y que no se correspondían con los complementos salariales que por puesto de trabajo, productividad y producción se prevén en el convenio colectivo del sector, ni, en fin, la sentencia de 30 de junio de 2011 (Rec.174/2010) -que menciona exclusivamente COMFIA-CCOO-, referente a un convenio colectivo de un grupo de empresas y en cuyo caso la demandada había aplicado a una parte de los trabajadores -y no a todos de entre los que percibían el complemento ni en la misma forma- reducciones distintas en su cuantía, sin justificación o motivación de las diferencias aplicadas y sin que se acreditase la desaparición, en todo en parte, de las circunstancias que hubieren generado su concesión o su concreta cuantía, siendo de indicar, en fin, respecto de la también consignada (por UGT y CGT) sentencia de 26 de marzo de 2004 (Rec 135/2003) que aunque trate de un asunto en el que según se declara probado “en el momento en que cualquier trabajador/a alcanza un nuevo trienio de antigüedad, se lo suma en el concepto de antigüedad de la nómina y simultáneamente le descuenta ese mismo importe del concepto denominado

"complemento salarial", reduciéndolo en la cuantía correspondiente", se trata también de un complemento, este último, de diferente denominación al complemento personal absorbible del caso presente y que dicha resolución sólo la mencionan los recurrentes a los efectos de la heterogeneidad de los complementos, lo que ya queda resuelto en el sentido antedicho favorable a la parte demandante.

Establecida tal conclusión, el siguiente punto que aborda aquélla es el relativo a la valoración y aplicación al caso del art 7 del convenio colectivo sectorial, llegando a la afirmación de que 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".

Como se anticipaba, es evidente que la precitada denominación de "absorbible" del complemento revela la voluntad en tal sentido desde su establecimiento, o cuanto menos, constituye un indicio al respecto -que, en su caso, tendría que desvirtuarse con otro de igual entidad-, teniendo declarado esta Sala ya en su sentencia de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 2255/2007) que (segundo fundamento de derecho) **"la jurisprudencia de esta Sala ha señalado con reiteración que la institución de la compensación y absorción que recoge el art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores "tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (sentencias de 10 de noviembre de 1998, 9 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2001 y 2 de diciembre de 2002)", lo que "implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1994), al menos en el orden de la función retributiva" (STS 6-7-2004, R. 4562/03, FJ 3º ). 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" (FJ 2º STS 6-7-2004 ).**

**...Y aunque en una primera aproximación al problema debatido parece tratarse también aquí de conceptos heterogéneos, pues, como igualmente dijimos en nuestra precitada sentencia, "los incrementos compensados se refieren a partidas salariales por unidad de tiempo -el salario base, la antigüedad y las pagas extraordinarias, entre ellas, la paga de beneficios- y, por otra parte, el concepto que actúa como absorbente -la comisión por ventas- es ciertamente una remuneración compleja, pero tiene en cuenta tanto un mayor esfuerzo o habilidad del trabajador como el resultado de ese esfuerzo que se traduce en la realización de una operación comercial por parte de la empresa" (FJ 3ª "in fine" STS 6-7-2004 ), lo verdaderamente relevante ahora, a los efectos de resolver el presente recurso, no es sino que, a diferencia de lo que sucedía en el tan repetido precedente, la fuente de la mejora o complemento que la empresa trata de compensar y absorber ya**

**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".**

**...Así pues, aún admitiendo que en este caso no se trate de conceptos homogéneos, pues, en principio, no parecen serlo, por un lado, las retribuciones abonadas por unidad de tiempo y, por otro, las comisiones por ventas, 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 -se insiste- el derecho que la actora reclama (la "comisión por ventas") 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.**

**...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 (téngase en cuenta, según reconoce la STS de 26-3-2004, R. 135/03, que ese requisito se ha relativizado o suavizado en algunas ocasiones, como ocurrió en la STS de 18-7-1996, R. 2724/95, en la que se admitió como ajustada a derecho la absorción del concepto de antigüedad de los períodos de aprendizaje, en prácticas y formación para aquellos trabajadores que luego pasaron sin interrupción a la condición de fijos), 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".**

Desde esta perspectiva, conviene traer a colación el contenido del mencionado art 7 convencional, ya reproducido en la sentencia de instancia, y cuya literalidad establece que: "1. **Todas las condiciones económicas que se establecen en el presente Convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y computo 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 computo 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”.*

Dicho convenio fue acordado, por la parte social, precisamente por CCOO-COMFIA (uno de los sindicatos recurrentes) que según el preámbulo del mismo, ostentaba la mayoría absoluta de la mesa negociadora, derivándose del tenor literal de dicho precepto -que constituye la primera regla hermenéutica conforme al art 3.1 del CC- 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 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.”**, 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.

Por su parte, en fin, el art 8 de la norma pactada expresa: **“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”.**

Tampoco este precepto 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”, debiendo reiterarse, en fin y siquiera sea a mayor abundamiento, que, como repetidamente tiene declarado esta Sala (por todas, sentencia de 29 de Enero



del 2013 Rec. 49/2012 y las que en ella se citan) **“.....en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes, de manera que la referida hermenéutica es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual»** ( SSTS 27/05/86 Ar. 2827 ... 17/07/12 -rco 203/11 -; y 17/12/12 -rco 8/12 -); o, más sucintamente, cuando no supere un «juicio de razonabilidad» ( SSTS -recientes- 17/07/12 -rco 36/11 -; 20/07/12 -rco 196/11 -; y 16/11/12 -rco 208/11 -) ”.

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.

**TERCERO.-** En cuanto al recurso de la empresa demandada, cuya estructura ya se ha concretado, se justifica previamente en que “al haberse estimado en la instancia la reclamación afectando a la naturaleza del complemento absorbible, la misma genera un evidente perjuicio (a dicha parte) susceptible de tutela judicial en vía de recurso (de manera que) aunque esta parte haya obtenido un pronunciamiento favorable en la instancia, existe un interés legítimo para recurrir dicha sentencia, a efectos de conseguir una rectificación fáctica que haga más firme la posición de la empresa demandada y que, en definitiva, refleje adecuadamente en los hechos probados las circunstancias y naturaleza del complemento absorbible”, sin que nada se haya opuesto de adverso al respecto al no haberse impugnado el recurso.

El art 205 d) de la LPL en que se apoyan los cuatro primeros, establece, como actualmente hace el mismo apartado del art 207 de la LRJS (todavía no vigente en este caso), que el recurso de casación se puede fundar en “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”, concibiendo incluso esta última norma la legitimación para recurrir con la amplitud de su art 17.5.

Sentado lo anterior y descendiendo al concreto contenido de los motivos, al menos los dos primeros pretenden, en definitiva, que se llegue a la

conclusión de que los complementos a que se hace referencia en el proceso son homogéneos, lo que ya se ha negado al examinar el recurso contrario, por lo que cabe remitirse a cuanto se ha expresado precedentemente al respecto, no siendo asumible que se insten las revisiones pertinentes (las de los párrafos primero y segundo del hecho cuarto de la sentencia recurrida en los términos que son de ver a los folios 17 y 21 del recurso donde incluso se contienen valoraciones, singularmente la del tercero de los párrafos que se propone para la modificación del primero del hecho en cuestión, lo que no cabría en todo caso, dada la propia naturaleza del motivo) con base en una documental -privada y de la propia empresa- que se extiende a lo largo de casi doscientos folios, de los cuales algunos no han sido reconocidos en juicio de contrario (los comprendidos entre los folios 424 a 436) y que, de todos modos, se referiría a una parte de los trabajadores que según se indica al folio 9 del recurso incluiría "43 ejemplos que acreditan que, desde el inicio de la relación laboral, los trabajadores perciben el complemento personal absorbible..... (y que) no es fruto de la asignación de nuevas funciones, ni es un complemento de puesto de trabajo", subrayando (folios 6 y 16) que "la gran" o "la inmensa" mayoría de los trabajadores de la empresa perciben el complemento absorbible desde el momento de su contratación, lo que no sería acreditable por la vía señalada cuando se refiere a esos 43 ejemplos de un total de 2.200 trabajadores de la plantilla (inacabado hecho segundo de la sentencia recurrida), incluso si se admite que haya 1.122 trabajadores que aun habiendo obtenido una evaluación positiva o muy positiva no ha recibido incremento o revisión salarial, como sostiene también la recurrente (folio 22), porque independientemente de no explicarse la causa de ello, de todos modos quedarían 1.035 de los que nada se dice, resultando siempre la cifra de los que se acompaña documentación muy poco relevante en relación con aquélla/s y, por otra parte, contradicha por algunos casos concretos, como los ya mencionados de los folios que refiere la sentencia de instancia (419 y 433-436) por las razones precedentemente expresadas, e incluso alguno más como el de los folios 437-438 por lo que igualmente respecto de los mismos ya se ha dicho, de modo que en todo caso faltaría el requisito del referido art 205 d) de la LPL de que los documentos a que se alude en el recurso no resulten contradichos por otros elementos probatorios.

En estas condiciones, pues, ni se daría tal exigencia normativa ni resultaría incorrecta que la ponderación de todo ello quedase a la libre decisión del Juez de instancia, manteniéndose en todo caso la necesidad de demostrar por qué si no, en las cartas remitidas se alude a ese esfuerzo y compromiso cuando, según siempre la empresa, ello, en definitiva, no es así y el complemento se inicia con la propia suscripción del contrato o inicio de la relación laboral, de manera que debiendo estar, como asimismo se ha dicho, a sus propios actos, ha de asumir la interpretación que conforme a los mismos le da la sentencia de instancia al complemento referido, máxime, si cabe, cuando tampoco se ha explicado la razón de establecer en una comunicación independiente del contrato de trabajo pero de su misma fecha, un complemento que en éste no se menciona, ni la de dos textos parcialmente distintos de las cartas, todo lo cual sitúa el proceder de la empresa en este tema en una ambigüedad de la que resulta un planteamiento dialécticamente difuso que no debe favorecerla, por lo que esos dos primeros motivos no pueden tener acogida en ningún caso.

**CUARTO.-** Otro tanto acontece con el tercero, relativo a la introducción de un nuevo hecho que con base en la documental de los folios 465-478 de la prueba practicada, diga, en resumen y sustancia, que en 2011 hubo un total de 1.122 empleados que no tuvieron incremento salarial a pesar de haber sido evaluados con la calificación de "excelente" (70), 717 con la de "destacable" y 335 con la de evaluación "adecuada", a todo lo cual ha de darse la misma repuesta negativa en primer lugar por las razones generales a este tipo de motivos inicialmente expuestas, en segundo por la intrascendencia de tales datos que de antemano exigirían, como igualmente ha quedado apuntado con precedencia, que la empresa explicase su diferente proceder retributivo, a lo que cabe añadir que ya en el segundo de los hechos probados de la sentencia recurrida se indica -lo que luego se reitera en su segundo fundamento de derecho- que el número aproximado de trabajadores de la empresa asciende a 2.200 y que "no todos ellos se encuentran afectados por el presente conflicto colectivo" ni todos perciben el complemento absorbible (precitado fundamento), razonando al respecto la Sala de instancia que "no se ha logrado desvirtuar la existencia de un grupo de trabajadores -mayor o menor dentro de la empresa pero grupo genérico al fin- que percibe este complemento absorbible en los términos reflejados en las cartas de revisión salarial", todo lo cual lo expresa en el marco del examen de la excepción de inadecuación de procedimiento formulada por la empresa en juicio y que no reitera en el recurso, por lo que, como inicialmente se ha dicho, carece de trascendencia este motivo cuando, según se expone en su primer párrafo, lo que se pretende con él es que se llegue a la conclusión de que el incremento salarial "no depende en absoluto del desempeño o la actuación profesional llevada a cabo por el trabajador".

**QUINTO.-** El cuarto motivo propone la revisión del hecho tercero de la sentencia recurrida (con lo que en un orden correcto de exposición debería ser el primero) sosteniendo, en otro orden de cosas, que la redacción del art 7 del convenio colectivo de aplicación es la misma que la del primero de los habidos en dicho sector y que en la plataforma de negociación, los sindicatos intervinientes (CCOO y UGT) proponían la supresión del mismo de modo que las subidas de las tablas salariales del convenio supusieran un incremento real para las plantillas que tienen salarios por encima de lo marcado en esas tablas, citando en tal sentido la documental de los folios 417-418, lo que tampoco es de recibo pues igualmente carece de trascendencia esa pretensión ya que con independencia de cualquier otra cuestión al respecto, lo cierto es que el art 7 tiene la redacción que se dice y no se puede discutir a la vista del texto oficialmente publicado, habiendo resuelto la sentencia recurrida conforme al mismo y habiéndose reiterado su aplicabilidad al caso al examinar los recursos de los sindicatos demandantes, por lo que no se precisa sino remitirse a cuanto en relación con tal precepto ya se ha dicho.

**SEXTO.-** En relación finalmente con el motivo quinto y último de este recurso, tiene su apoyo procesal en la letra e) del meritado art 205 de la LPL, arguyendo la infracción del art 26.3 del ET "en relación con la jurisprudencia y doctrina que interpreta dicho precepto" y que ya no menciona, volviendo, una vez más, sobre la tesis de que el complemento no es de cantidad y calidad de

trabajo sino que debe encuadrarse en el ámbito de los relativos a las condiciones personales del trabajador atendiendo a su cualificación personal o profesional, que repercute en el trabajo realizado, en su contenido o calidad, lo que según se infiere de todo cuanto se ha expuesto hasta ahora, no merece acogida, porque, en fin, con independencia de que teóricamente puedan entenderse razonables los argumentos esgrimidos en el recurso, no por ello son más atendibles que los dados por la Sala de instancia en su resolución desde la objetividad e imparcialidad propias de un órgano jurisdiccional tras el examen de las tesis de parte respectivas y el de la prueba practicada, siendo de subrayar que cuando el art 26.3 del ET se refiere al "trabajo realizado" lo hace después de mencionar las "circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador", diferenciando así unas de otras, perteneciendo evidentemente a las segundas (trabajo realizado) las que se refieren al esfuerzo y al compromiso laborales, que tienen una traducción práctica directa en la calidad y/o cantidad de dicho trabajo, pudiendo entenderse finalmente que el complemento es personal y de devengo anual en función de su reconocimiento por la empresa tras la ponderación del rendimiento laboral del trabajador/a y que incluso si la carta correspondiente no hubiese creado *ex novo* dicho complemento, cuanto menos, explica su naturaleza, distinta de la del complemento por antigüedad, de clara orientación objetiva (frente a la decididamente subjetiva del anterior) dado su exclusiva constatación cronológica, sin que por otra parte, en fin, haya alcanzado la recurrente a justificar su proceder en los términos de credibilidad necesarios para considerarlo congruente con sus postulados.

Consecuentemente con ello y tal y como propone el Mº Fiscal, también este recurso ha de ser desestimado.

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

## FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación, formulados por LA FEDERACION DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), LA FEDERACION DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CREDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, LA FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), y TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGIA, S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 27 de octubre de 2011, en actuaciones seguidas por COMFIA-CC.OO, FES-UGT y Delegado Sindical de la Sección Sindical de CGT, contra Tecnocom, Telecomunicaciones y Energía, S.A., sobre CONFLICTO COLECTIVO. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.  
Es copia de su original al que me remito y de que certifico. Y para que conste remitir con sus autos al Organo Jurisdiccional de procedencia, expido la presente. En Madrid, a 2 de septiembre de 2013.