

Roj: **STS 630/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:630**Id Cendoj: **28079140012017100047**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/01/2017**Nº de Recurso: **2198/2015**Nº de Resolución: **58/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de enero de 2017

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta **Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. Alberto Abasolo Abasolo, en nombre y representación de D. Leonardo, contra la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco, en fecha 17/Marzo/2015 [recurso de Suplicación nº 369/15], que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, autos 655/2014, en virtud de demanda presentada por D. Leonardo contra GRUPO CORPORATIVO GFI NORTE, SOCIEDAD LIMITADA y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre CANTIDAD.**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: « **DESESTIMAR la demanda interpuesta** por D. Leonardo frente a la empresa, GRUPO CORPORATIVO GFI NORTE, SOCIEDAD LIMITADA y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones frente a ella ejercitadas».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- D. Leonardo viene prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa GRUPO CORPORATIVO GFI NORTE S.L., con categoría profesional de analista programador, antigüedad del 21/03/2005 y salario mensual con inclusión de parte proporcional de pagas extra de 2.528,37 euros.- SEGUNDO.- El Sr. Leonardo suscribió el 21/03/2005 contrato de trabajo indefinido a tiempo completo en el que se recogía una retribución total de 24.000 euros brutos anuales que se distribuirían según Convenio y se hacía constar que resultaba de aplicación el Convenio Colectivo de Planificación y Organización de Empresas. En el Anexo del mismo contrato se recogía "La retribución del trabajador se revisará anualmente y siempre y cuando lo establezca el convenio de aplicación y no sean de aplicación las normas de compensación y absorción".- TERCERO.- En las nóminas del trabajador consta una partida denominada: mejora voluntaria compensable y absorbible.- CUARTO.- A partir de 2008 resultó de aplicación a los trabajadores del Convenio de oficinas y despachos de Vizcaya cuyo artículo 6 establecía respeto a las mejoras adquiridas:"Se respetaran como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la firma de este Convenio, que computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo".- QUINTO.- Por la empresa se ha venido compensando esa mejora voluntaria con el plus de antigüedad devengado conforme al artículo 20 del Convenio de Oficinas y Despachos de Bizkaia, a razón del 5% de Salario Base por cada trienio. En el caso del demandante el importe por trienio es de 81,65 euros, el primer trienio se cumplió en marzo de 2.008 y el segundo en marzo de 2.011 y reclama en el presente desde enero de 2.012 a abril de 2.014, por importe total de 5.225,98 euros.- SEXTO.- El demandante presentó demanda que recayó en este Juzgado en solicitud del mismo concepto de enero a diciembre de 2.012, autos 287/2013, compareciendo el 10/06/2014 y manifestando que desistía de la misma para acumular dos demandas idénticas en aras a facilitar el acceso al Recurso de Suplicación, a lo que se opuso la demandada.- SÉPTIMO.- Se ha intentado acto de conciliación».



TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Leonardo , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 17 de marzo de 2015, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Leonardo contra la sentencia dictada en fecha 22-10-2014 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao en autos 655/14 seguidos a instancia del hoy recurrente frente a Grupo Corporativo GFI-Norte, S.L. y Fogasa, confirmando la resolución recurrida.- Sin costas».

CUARTO.- Por el Letrado D. Alberto Abasolo Abasolo, en nombre y representación de D. Leonardo , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 (R. 526/2011).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de enero de 2017, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Conforme al relato de hechos declarados probados: a) el reclamante en las presentes actuaciones suscribió con la empresa demandada contrato en el que se hacía constar que resultaría de aplicación el Convenio Colectivo de Planificación y Organización de Empresas, y que el trabajador disfrutaría de una partida salarial denominada «mejora voluntaria compensable y absorbible»; b) que a partir de 2008, le resultó de aplicación el Convenio de Oficinas y Despachos [Vizcaya], en cuyo art. 6 se dispuso el respeto, «como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir ... que computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo»; c) que la empresa ha compensado la mejora voluntaria con el plus de antigüedad previsto en el Convenio de Oficinas y Despachos.

2.- Interpuesta reclamación por las cantidades deducidas, la pretensión fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao en sentencia de fecha 22/10/2014 [autos 655/14] y posteriormente por la STSJ País Vasco 17/03/2015 [rec. 369/15], en base a considerar que la mejora no podía ser calificada como condición más beneficiosa adquirida [CBM], por haber sido configurada expresamente en el contrato como compensable y absorbible, y a la par ofrecer -como complemento personal- homogeneidad con el complemento de antigüedad.

3.- Se formula por la representación del trabajador recurso de casación para la unidad de la doctrina, ofreciendo de contraste la STS 19/04/12 [rcud 526/11] y se denuncia la infracción de los arts. 3.1.d), 25 [1 y 3] y 26 [5] ET, así como los arts. 6, 20 y 22 del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizcaia, aduciendo -básicamente- que la mejora ostentaba cualidad de CMB y que los dos complementos [mejora personal y antigüedad] no ofrecían la necesaria homogeneidad que consintiese su compensación/absorción.

SEGUNDO.- 1.- En la referida decisión de contraste: a) los trabajadores reclamantes venían percibiendo un concepto retributivo adicional denominado "complemento personal convenido"; b) la empresa llevó 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), disminuía en la misma cuantía el "complemento personal convenido"; c) el Convenio Colectivo, tras establecer una regla general de absorción y compensación, disponía que se respetarían como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a fecha de la firma del mismo; y d) con tales datos, esta Sala consideró inviable la compensación/absorción efectuada, por entender que la «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».

2.- Las indicadas referencias fácticas acreditan que entre las sentencias media la contradicción que como presupuesto de admisión del recurso dispone el art. 219 LJS, habida cuenta de que son opuestas -desestimatoria la recurrida y estimatoria de referencial- las partes dispositivas de ambas decisiones, pese a que se refieren hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Y ello aún a pesar de que concurre una diferencia que pudiera entenderse justificativa de la diversidad de pronunciamientos judiciales, cual es la expresa previsión contractual de que la mejora voluntaria era «compensable y absorbible». Disimilitud cuya trascendencia al juicio de contradicción negamos, por entender -contrariamente a lo manifestado por la empresa en su escrito de impugnación del recurso- que ninguna sustancial diferencia significa que en



el contrato se haga indicación explícita al carácter compensable y absorbible del complemento, siendo así que esa misma cualidad viene impuesta expresamente por el art. 26.5 ET [«Operará la compensación y absorción...»].

TERCERO.- 1.- No cabe la menor duda de que la «mejora» atribuida al reclamante en su contrato de trabajo ha de configurarse -contrariamente a lo que la decisión impugnada sostiene- como una CMB, en tanto que la misma consiste -así la define el reciente Diccionario del Español Jurídico- en una «mejora de las condiciones laborales, que se incorpora al conjunto de los derechos del trabajador y supone una ventaja para él»; y se configura su «base esencial» -mismo Diccionario- por «la voluntad de otorgar o establecer el beneficio correspondiente». Otra cosa es que ese origen contractual «ab origine» la distinga de la propiamente dicha CMB [adquirida, se dice usualmente], que ha sido creación jurisprudencial basada fundamentalmente en el art. 9.2 LCT y que efectivamente se adquiere por los trabajadores a lo largo de la relación laboral -de manera individual, plural e incluso colectiva-, generalmente a través de pactos que no tengan naturaleza de convenio colectivo o más usualmente mediante actos repetitivos que expresan la unilateral voluntad del empresario de otorgar un «beneficio» ofertado sin «contraprestación». Condición esa que igualmente se incorpora al nexo contractual, de forma y manera que el «beneficio» conferido, sea inicialmente pactado o se incorpore con posterioridad al contrato, sea por pacto expreso o por acto inequívoco de concesión unilateral, goza del mismo efecto de la inicialmente pactada y no pueda prescindirse del mismo por decisión -exclusiva- del empresario, pues «mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral... » (entre las recientes y con todas las que en ellas son citadas, SSTs 15/06/16 -rco 164/14-; 12/07/16 -rco 109/15-; y 19/07/16 -rco 251/15-).

2.- Esa identidad de efectos entre ambas especies de CMB -la inicial y la adquirida- comporta la más absoluta uniformidad de exigencias en su neutralización por vía de la absorción/compensación y la aplicación de la misma jurisprudencia en orden a los requisitos necesarios para que el fenómeno se produzca. Singularmente:

a).- Para que pueda operar el mecanismo -absorción/compensación- es necesario que entre los conceptos retributivos a examinar medie imprescindible homogeneidad, siendo norma general en la materia que únicamente se excepcionan los supuestos en 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 (siguiendo muchos precedentes, SSTs 01/12/09 -rec. 34/08-; ... 30/09/10 -rco 186/09-; 20/07/12 -rco 43/11-; y 03/07/13 -rco 279/11-).

b).- De esta manera, «cuando la cláusula convencional que introduce una mejora salarial especifique que la misma podrá ser "compensable o absorbible", ello significa que lo podrá ser con futuras mejoras salariales siempre que las mismas cumplan el requisito de homogeneidad -en los términos exigidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia- para que sea jurídicamente válida esa compensación o absorción» (STS SG 26/11/14 -rcud 1982/13-).

c).- Pero la solución ha de ajustarse a cada situación de hecho, por lo que no es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos, por lo que casi siempre es preciso examinar las peculiaridades del caso concreto (SSTs 26/03/04 -rec. 135/03-; ... 01/12/09 -rco 34/08-; 30/09/10 -rco 186/09-; ... 24/04/13 -rco 16/12-; ... y 19/04/16 -rco 128/15-), con lo que la compensación/absorción del art. 26.5 ET y, sobre todo, exigencia de homogeneidad, «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... debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si ... ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» (recientes, SSTs 13/03/14 -rcud 122/13-; 08/05/15 -rcud 1347/14-; y 14/09/16 -rco 137/15-).

d).- También con carácter general se ha indicado que «... si bien es innegable que el salario se compone de la suma de todos sus elementos [art. 26.1 ET...], de todas formas esa definición nos lleva únicamente a una cuantificación matemática de la retribución, pero para obtener un análisis jurídico del mismo en los términos que la exigible homogeneidad impone, es preciso atender a las diversas causas atributivas que sinalagmáticamente integran la estructura salarial. Porque -esto es lo decisivo- el mecanismo compensatorio únicamente es viable entre conceptos salariales que tengan idéntica o similar causa atributiva; lo contrario - admitir la sustitución global de la remuneración- comportaría una reestructuración salarial extramuros de las previsiones del art. 26.5 ET y dejaría sin efecto las circunstancias específicas de atribución que corresponden a las diversas partidas salariales, con quiebra -se ha dicho- del principio de sinalagmaticidad de las relaciones



laborales. Y en la materia -neutralización- se impone la aplicación de los principios de irrelevancia del *nomen iuris* y de causalidad o concausalidad» (STS 30/09/10 -rco 186/09-).

e).- De todas formas, el requisito se ha relativizado en algún supuesto, como tratándose de los conceptos retributivos antigüedad y salario base, afirmándose que «si bien el complemento de antigüedad reviste carácter personal [...], sin embargo, se singulariza en su configuración jurídico-retributiva, por cuanto aparece ligado más rigurosamente, a ciertos efectos, al salario base y no se halla condicionado a las características del trabajo realizado o al volumen y calidad de este último», por lo que «desde esta perspectiva no es desmesurado homogeneizarlo con el salario base, por lo que cabe su absorción y compensación con el mismo» (SSTS 18/07/96 -rcud 2724/95-; 26/03/04 -rco 135/03-; 06/03/07 -rcud 5293/05-; 30/09/10 -rco 186/09-; 30/06/11 -rco 174/10-; 20/07/12 -rco 43/11-; 24/04/13 -rco 16/12-; y 25/06/13 -rcud 2567/12-).

f).- Con ello «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» (SSTS 30/09/10 -rco 186/09-; 20/07/12 -rco 43/11-; 24/04/13 -rco 16/12-; y 03/07/13 -rco 279/11-).

g).- En un plano más concreto, similar al de autos ahora enjuiciado, se ha sostenido que es posible la compensación cuando se trata de una «... 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» (SSTS 21/10/09 -rco 35/09-; 03/07/13 -rco 279/11-; y 21/01/14 -rco 99/13-); y que cabe la compensación y absorción del complemento de antigüedad con un complemento personal tras una fusión y absorción de empresas, y procede por previsión de la norma convencional aplicable (STS 24/04/13 -rco 16/12-).

CUARTO.- 1.- La exposición de los criterios anteriores nos lleva por fuerza a rechazar el recurso interpuesto y a confirmar el criterio de instancia, pues si bien la circunstancia de que la «mejora voluntaria» que de forma innominada se pactó en el contrato expresamente se hubiese adjetivado como «compensable y absorbible», no supone -contrariamente a lo que la recurrida mantiene- singularización trascendente alguna respecto de la litis seguida por esta Sala en la decisión de contraste, y en la que estuvo ausente aquella específica previsión de absorbibilidad/compensación, de todas formas la reconsideración del tema nos lleva a rectificar el criterio en ella expuesto y a entender que la naturaleza personal de la mejora pactada en autos comporta suficiente homogeneidad con el también personal complemento de antigüedad utilizado como elemento compensador, como para consentir el mecanismo neutralizador.

Esta conclusión se impone teniendo en cuenta la ya referida -y flexible- doctrina sobre la homogeneidad de conceptos genéricos que no obedezcan a condiciones de trabajo singulares [éste sería el caso], y a que el concepto -jurídicamente indeterminado- de «homogeneidad» no puede llegar a confundirse con una esencial «igualdad», sino que se limita -DRAE- a lo «perteneciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres», que en este caso sería el tratarse -uno y otro- de complementos «personales», por atribuirse en atención a circunstancias de trabajador y no del trabajo realizado. En efecto, ese juicio de homogeneidad no puede sino referirse -sobre todo tras nuestra reciente doctrina en torno a la relativización del criterio- a la inclusión de ambos conceptos [compensado y compensador] en el mismo grupo de complementos salariales que contempla el art. 26.3 ET [condiciones personales; trabajo realizado; situación y resultados de la empresa], de manera que nuestra exigida «similar causa atributiva» se limita a la mera pertenencia al mismo grupo de entre los tres citados, por cuanto que -entre otras razones- no puede razonablemente exigirse una mayor identidad -ya en la especie-, porque su exigencia anularía en la práctica el mecanismo neutralizador legal y contractualmente previsto.

2.- Con lo que se nos impone declarar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a derecho es la mantenida en la sentencia recurrida, desestimando el recurso formulado y confirmando íntegramente el pronunciamiento de instancia, a la par que rectificando el criterio expuesto por la STS 19/04/12 [rcud 526/11], en el extremo relativo a negar la homogeneidad -posibilitadora de la absorción/compensación- entre complementos de la misma naturaleza personal y en especial su afirmación de que «un "complemento personal convenido", cuya naturaleza jurídica es claramente la de una condición más beneficiosa ... en cuanto tal, es precisamente inmune al juego de la compensación y la absorción»; afirmación contraria -por ello procede rectificarla- a la doctrina tradicional y actual de la Sala (aparte de las más recientes, citadas ya en el FJ Tercero, apartado 1, son de referir las SSTS de 29/03/02 -rec. 3590/99-; 20/11/06 -rec. 3936/05-; 12/05/08 -rec. 111/07-; 13/11/08 -rec. 146/07-; 03/12/08 -rcud 4114/07-; 28/10/10 -rcud 4416/09-; 26/09/11 -rco 149/10-; 26/09/11 -rco 149/10-; 26/09/11 -rcud 4249/10-; 14/10/11 -rcud 4726/10-; 19/12/12 -rco 209/11-; 04/03/13 -rco 4/12-; 16/10/13 -rco 101/12-; 12/11/14 -rco 13/14-; 16/09/15 -rco 330/14-; y 21/04/16 -rcud 2626/14-). Lo que resolvemos sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Leonardo, frente a la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco en fecha 17/Marzo/2015 [recurso de Suplicación nº 369/15], que a su vez había confirmado la resolución - desestimatoria de la demanda- que en 22/Octubre/2014 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Bilbao [autos 655/14], y resolviendo el debate suscitado en Suplicación desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia. Sin imposición de costas a la recurrente.

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. Luis Fernando de Castro Fernandez 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.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOJ