



Roj: **STS 4213/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4213**

Id Cendoj: **28079140012013100555**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2013**

Nº de Recurso: **16/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4949/2011,**
STS 4213/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Letrado D. Miguel Angel Pesquera Martín, en nombre y representación de Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CCOO (COMFIA CCOO); el Letrado D. José Manuel Castaño Holgado en nombre y representación de la Unión Sindical Obrera (USO), y por el Letrado D. José Félix Pinilla Porlan en nombre y representación de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (Fes-UGT), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de noviembre de 2011, Núm. Procedimiento 194/2011, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CCOO -COMFIA CCOO-; UGT y USO contra INDRA SOFTWARE LABS, SL sobre Conflicto Colectivo.

Han comparecido en concepto de recurrido la sociedad INDRA SOFTWARE LABS, S.L. y en su nombre y representación la Letrada Doña María Luisa López Villalba.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de COMFIA CCOO se presentó demanda de Conflicto Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare que el denominado complemento 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, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2011 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO y UGT, a la que se adhirió USO y absolvemos, por consiguiente, a la empresa INDRA SOFTWARE LABS, SL de los pedimentos de la demanda.".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** CCOO y UGT son sindicatos más representativos, que ostentan además la mayoría sindical en la empresa INDRA SOFTWARE LABS,

SL, quien tiene centros de trabajo en distintas CCAA; 2º.- El 3-09-2007 AZERTIA TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, SL se fusionó por absorción en INDRA CENTROS DE DESARROLLO, SL. quien pasó a denominarse INDRA SOFTWARE LABS, SL con efectos de 1-10-2007; TERCERO.- AZERTIA TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, SL regulaba sus relaciones laborales mediante convenio colectivo, publicado en el BOCM de 2-02-2006, cuya vigencia concluyó el 31-12-2007, aunque fue denunciado el 28-09-2007; 4º.- INDRA se subrogó en 83 contratos de trabajadores provenientes de AZERTIA, cuyo listado obra en autos y se tiene por reproducido. - Dichos trabajadores percibían el complemento personal establecido en el convenio de AZERTIA y son los afectados por el presente conflicto colectivo; 5º.- El 22-11-2007 la empresa demandada notificó al comité de empresa, que al personal, procedente de AZERTIA, les continuaría aplicando el convenio de dicha mercantil hasta que entrara en vigor el convenio nacional de empresas consultoras; 6º.- INDRA incrementó a algunos de los trabajadores, afectados por el conflicto, cuyo número no se ha acreditado, el complemento personal en los años 2008 y 2009; 7º.- El 4-04-2009 se publicó en el BOE el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, cuya vigencia en materia salarial, incluyendo el plus de convenio, corre desde el 1-01-2007 al 31-12-2009. - Dicho convenio se encuentra en situación de ultractividad; 8º.- El 17-07-2009 la empresa demandada comunicó a los trabajadores, procedentes de AZERTIA, que comenzarían a devengar el premio de antigüedad, regulado en el art. 25 del convenio, a partir del 1-01-2009. El 10-06-2010 esta Sala dictó sentencia, en cuyo fallo se dijo lo siguiente: *"En la demanda de conflicto colectivo, interpuesta por CCOO, a la que se adhirieron las Secciones Sindicales de UGT y USO, estimamos la demanda y declaramos que los trabajadores procedentes de AZERTIA, subrogados por la empresa demandada desde el 1-10-2007, tienen derecho a devengar trienios desde el 1-10-2007, así como a percibir un trienio desde el 1-01-2010 y en consecuencia condenamos a la empresa INDRA SISTEMAS, SA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos"*. Dicha sentencia fue confirmada por STS 12-04-2011, en recurso de casación 132/2010, que obra en autos y se tiene por reproducida. 9º.- En 2009 INDRA ajustó la estructura retributiva del personal, proveniente de AZERTIA, a la establecida en el convenio de empresas de consultoría, de manera que aplicó el salario base y el plus de convenio a cada categoría profesional del nuevo convenio y las diferencias, que pudieran existir con la estructura salarial precedente, las incluyó en un plus que denominó "plus personal". El "plus personal" retribuye históricamente en la empresa INDRA la diferencia entre las retribuciones por unidad de tiempo previstas en el convenio y la retribución por unidad de tiempo que se fija anualmente a sus trabajadores, algunos de los cuales perciben también retribuciones variables por calidad y por objetivos. La empresa demandada envía a sus trabajadores todos los años una comunicación en los términos siguientes: *"Te comunicamos que, con efectos de 01 de enero de..., tu retribución fija anual, por todos los conceptos, incluida antigüedad queda establecida en ... euros brutos anuales. El mencionado importe absorberá y compensará, dentro de los límites legales, cualquier incremento de carácter colectivo que por pacto o acuerdo de cualquier índole pudiera establecerse, siempre que el citado importe sea superior en cómputo anual"*. En los comunicados citados se precisa que la cifra anual, ofertada por la empresa, corresponde a la *"Retribución referida a una jornada a tiempo completo"*. 10º En el mes de julio pasado la empresa demandada envió a los trabajadores, afectados por el conflicto, la comunicación siguiente:

- "IRPF

En el mes de julio se ha procedido a regularizar los porcentajes de retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas.

- Profesionales procedentes de Azertia

En la nómina del mes de julio se ha procedido a regularizar el concepto "Antigüedad" a los profesionales procedentes del colectivo de Azertia, a quienes les resulta de aplicación el convenio Colectivo de Empresas Consultoras desde el mes de julio 2009.

No obstante lo anterior, se ha hecho uso de la facultad de compensación y absorción establecida en el convenio de aplicación para quienes sus retribuciones superan las establecidas en las tablas salariales del XVI Convenio Estatal de empresas consultoras. Aquellos profesionales que dicha regularización les ha supuesto una variación salarial podrán visualizar los atrasos correspondientes con el recibo de nómina de este mes".

Los trabajadores, a quienes se realizó la compensación y absorción de su complemento de antigüedad en el complemento personal continúan percibiendo al menos la misma retribución global; 11º.- Las Secciones Sindicales de CCOO y UGT en la empresa demandada han publicitado comunicados, que obran en autos y se tienen por reproducidos, en los que se admite que el complemento de antigüedad es compensable y absorbible; 12º.- Al menos desde el año 2005 en las negociaciones del convenio sindical los representantes sindicales intentaron excluir los complementos personales de la compensación y absorción pactada en el convenio colectivo; 13º.- El 7-09-2011 se intentó la conciliación ante el SIMA, que concluyó sin acuerdo. Se han cumplido las previsiones legales.



QUINTO.- Contra dicha resolución se interpusieron recursos de casación por la representación de COMFIA-CCOO, UGT y USO, siendo admitidos a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnados los recursos por la parte recurrida personada y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de abril de 2013, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE CCOO (COMFIA CCOO) y la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UGT se planteó demanda de conflicto colectivo contra la empresa INDRA SOFTWARE LABS S.L. interesando que se declarase que el complemento personal de los trabajadores afectados por el conflicto no es compensable ni absorbible con el complemento de antigüedad.

2.- La Sala Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 4-noviembre-2011, en la que desestimando la demanda formulada por CCOO y UGT a la que se adhirió USO, absolvió a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Consta probado en la sentencia recurrida que con efectos de 1 de octubre de 2007 AZERTIA TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN S.L. se fusionó por absorción con INDRA CENTROS DE DESARROLLO SL., que pasó a denominarse INDRA SOFTWARE LABS SL. Esta última se subrogó en 83 trabajadores de AZERTIA que son los afectados por el conflicto. En el BOE de 4 de abril de 2009 se publicó el XVI convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, actualmente en situación de ultractividad; y el siguiente 17 de julio de 2009 INDRA comunicó a los trabajadores del conflicto que comenzarían a devengar el complemento de antigüedad con efectos del 1 de enero de 2009. Ese año dicha empresa ajustó la estructura retributiva de los indicados trabajadores a la prevista en su convenio colectivo aplicando para ello el salario base y el plus de convenio a cada categoría profesional, y las diferencias existentes con la anterior estructura salarial las incluyó en el "plus personal". En la sentencia recurrida consta también que CCOO y UGT admiten que el complemento de antigüedad es compensable y absorbible, así como su reiterado intento desde el año 2005 de excluir los complementos personales de la compensación y absorción pactadas colectivamente. AZERTIA por su parte regulaba las relaciones laborales por un convenio cuyo art. 33 definía el complemento personal como el abonado "en atención a las cualidades personales y profesionales de los empleados".

La tesis de la actora, a la que se adhirió USO es que el complemento personal que venían percibiendo los trabajadores de AZERTIA es un complemento de cantidad y calidad, lo que impide su compensación y absorción por ser conceptos heterogéneos. La sentencia recurrida se remite a lo decidido en otra sentencia de la propia Sala de 27 de octubre de 2011 (rec. 182/2011) en el sentido de que si el complemento personal retribuye las cualidades personales y profesionales de los empleados, según el citado art. 33 del convenio de AZERTIA, debe descartarse el argumento de la parte demandante porque no retribuye resultados de trabajo sino que se ajusta a las condiciones personales del trabajador, como se deduce de los arts. 35 y 36 del convenio de AZERTIA que regulan el "complemento funcional por calidad en el trabajo desempeñado" y el "complemento funcional por objetivos". En este caso sí se trata de complementos de cantidad o calidad.

En cuanto a la procedencia de la compensación y absorción, la sentencia recurrida examina los arts. 7 y 25 del convenio estatal de empresas de consultoría. El primero de ellos 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 cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, (...)". Y el art. 25 es el que regula el complemento de antigüedad previendo un supuesto concreto en el que no cabe la absorción respecto de los trabajadores mencionados en el apartado 2, entre los que no se encuentran los afectados por el conflicto colectivo. Por consiguiente, la sentencia razona que "habiéndose acreditado que los trabajadores afectados por el conflicto, no están comprendidos entre los previstos en el art. 25.2 del convenio, debemos concluir necesariamente que INDRA estaba autorizada para compensar y absorber ambos complementos personales (...)".

Por otra parte y con fundamento en la STS de 6 de mayo de 2009 (rec. 69/2008), la sentencia entiende que el complemento que trae causa de un convenio colectivo no constituye una condición más beneficiosa o derecho adquirido, para terminar afirmando que la empresa no contravino sus propios actos porque si bien INDRA se comprometió a no compensar o absorber las retribuciones anuales fijadas, lo cierto es que no se ha producido ningún incremento colectivo. En consecuencia, se desestima la demanda.



3.- Se interpone recurso de casación por COMFIA-CCOO, FES-UGT, y USO, manteniendo la tesis a que se ha hecho referencia. Los recursos son impugnados por la empresa demandada INDRA SOFTWARE LABS SL.

4.- El Ministerio Fiscal emite informe interesando se declare la improcedencia de los recursos. Destaca en el mismo que las alegaciones de que no se trata de complementos homologables son contestadas por la parte recurrida en el sentido de que la antigüedad es también un complemento personal, como dijo esta Sala IV en sentencia de 26 de marzo de 2004 (Rec. 135/2003); con cita además de la STS/IV de 21 de octubre de 2009 (Rec. 35/2009) dictadas en Conflicto Colectivo relacionado con el XV Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, para examinar el mismo art. 7 del Convenio, reproduciendo en parte la referida sentencia. Asimismo se refiere a las SSTS de 19 de abril de 2012 (Rec. 526/2011) y 20 de julio de 2012 (Rec. 43/2011) que deciden la ilicitud de la compensación de los complementos "personal convenido" y "salarial personal", en base a que se trataba de una condición más beneficiosa.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral , y con igual pretensión, interponen Recurso de Casación:

a.- La FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), por pretendida infracción de la Jurisprudencia interpretativa del artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores (con cita de la STS de 30 de junio de 2011); así como la infracción del artículo 3 del ET , en relación con los arts. 7 y 25 del Estatuto del Convenio Colectivo aplicable.

b.- La FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), por pretendida vulneración del artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores , y artículos 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 doctrina de esta Sala IV, contenida, entre otras, en sentencia de 30 de junio de 2011 .

c.- Finalmente , la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), por pretendida infracción del art. 35 de la Constitución Española , y de los artículos 4.2 , 26 y ss. del ET, 25 del XVI Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

2.- Como señala esta Sala IV en la sentencia repetida por los recurrentes y a la que se refiere la sentencia recurrida en su FD. Tercero, en relación con el art. 26.5 ET que regula el instituto de la prescripción y absorción salarial (que dice: *"Operará la compensación y absorción 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"*), y recordando la de 30 de septiembre de 2010 (rec. 186/2009):

" 1.- Una primera consideración en torno a las infracciones normativas denunciadas bien pudiera ser la de que el fenómeno de la absorción y compensación es una figura con tradición muy arraigada en Derecho [figuró en antiguas Ordenanzas Laborales y - desde 1963- en los sucesivos Decretos reguladores del SMI], que se caracteriza por su objetivo de evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de manera que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede así neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (prescindiendo de muy numerosas decisiones anteriores, SSTS 04/02/09 -rcud 2477/07 -; 27/02/09 -rcud 439/08 -; 21/10/09 -rco 35/09 -; 01/12/09 -rco 34/08 -; y 09/03/10 -rco 34/09 -). O lo que es igual, la absorción y compensación juegan -en principio- cuando se establece un cuadro nuevo de retribuciones, en virtud de acto normativo o convencional, pues se necesita de la existencia de dos situaciones que permitan la comparación (por ejemplo, SSTS 09/07/01 -rco 4614/00 -; 26/03/04 -rec. 135/2003 -; 26/12/05 -rec. 628/05 -; 06/03/07 -rcud 5293/05 -; y 09/03/10 -rco 34/09 -).

2.- 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 -rco 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].».

3.- 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 -rco 35/09 -; y 01/12/09 -rco 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 -rco 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 atenderse 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.".

3.- Asimismo, como señala la STS de 12 de abril de 2011 (rec. 132/2010), que confirma la dictada por la AN el 1º de junio de 2010, a que se refiere el hecho probado octavo de la sentencia recurrida:

"El segundo motivo del recurso alega, al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L., la infracción del artículo 4 del Convenio Colectivo del XV Convenio Estatal de Empresas de Consultoría publicado en el B.O.E. del 4 de abril de 2009, debe referirse al XVI Convenio, en relación con los artículos 2-3, 1281, 1282, 1283 y 1285 del Código Civil. En esencia sostiene el recurso que no procede la aplicación retroactiva del citado artículo 4 del Convenio aplicable, ya que, según ella, el trienio por el personal afectado por el presente conflicto, no se devengó el 1 de octubre de 2007, cual sostiene la sentencia recurrida. Funda su argumentación en que una interpretación literal y sistemática del precepto convencional controvertido evidencia que el mismo sólo concedió efectos retroactivos, desde el 1 de enero de 2007, a los conceptos salariales que menciona, esto es al plus de Convenio y a los conceptos salariales contenidos en las Tablas Salariales que constan en los Anexos I, II y III del Convenio. Con ello, los términos del debate planteado se reducen a determinar cuando devengan el plus de antigüedad, los trienios, los trabajadores que prestaban sus servicios a la empresa Azertia al tiempo de ser absorbida por la recurrente.

Para resolver la cuestión planteada se hace preciso recordar lo dispuesto en los artículos 4 y 25 del XVI Convenio Colectivo de Empresas de Consultoría, publicado en el B.O.E. de 4 de mayo de 2009:

El art. 4 dice: "La duración del presente Convenio Colectivo será de tres años, iniciando su vigencia en materia salarial, así como respecto del plus de Convenio, una vez registrado y publicado, el 1 de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2009, para los mismos conceptos indicados anteriormente, para los trabajadores en activo en la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y para los que se incorporen a las empresas con posterioridad a la misma, prorrogándose, tras el 31.12.2009, anualmente por tácita aceptación y en sus propios términos, en tanto no inicie su vigencia el XVII Convenio Colectivo Estatal, en los términos del art. 5".

El art. 25 dispone: "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 art. 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".

Igualmente, conviene recordar la doctrina de esta Sala, sobre la interpretación de los Convenios Colectivos, que ha establecido los siguientes criterios, como dijimos en nuestra sentencia de 2-12-2009 (Rec. 66/2009):

"1º) El carácter mixto del Convenio, como norma de origen convencional con eficacia normativa, determina que en su interpretación haya de atenderse tanto a las reglas que se refieren a las normas jurídicas (arts. 3 y 4 del Código Civil) como a aquellas otras que disciplinan la relativa a los contratos (arts. 1281 a 1289 del mismo texto legal). Así lo hemos sostenido en sentencias, entre tantas otras, como la de 13 de junio de 2000 -rec. 3839/99 -; 16 de octubre de 2001 -rec. 33/01 -; 10 de junio de 2003 -rec. 76/02 -; 23 de mayo de 2006 -rec. 8/05 -; 8 de julio de 2006 -rec. 294/05 -; 8 de noviembre de 2006 -rec. 135/05 -; 16 de enero de 2008 -rec. 59/2007 -; y 26 de noviembre de 2008 -rec. 139/2007 -.

2º) Como recuerda el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, " la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) 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" (STS de 12 de noviembre de 1993 -rec.2812/1992 -, 3 de febrero del 2000 -rec.2229/1999 -, 16 de diciembre del 2002 -rec.1208/2001 -, 19 de septiembre de 2003 -rec. 6/2003 -, 25 de septiembre de 2008 -rec.109/2007 - y 13 de mayo de 2009 -rec.108/2008 -, entre otras). A lo que las STS de 20 de marzo de 1997 (rec.3588/1996), 27 de septiembre de 2002 (rec.3741/2001), 16 de diciembre del 2002 (rec. 1208/2001), 25 de marzo de 2003 (rec.39/2002), 30 de abril de 2002 (rec.156/2003) y 25 de marzo de 2009 (rec.85/2008) han añadido que " 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 comitentes".

3º) En cuanto a los concretos criterios de interpretación, como recuerdan las STS de 13 de marzo (rec. 39/2006), 3 de abril (rcud. 316/2006) y 5 de julio de 2007 (rcud.1194/2006) y 27 de junio (rec. 107/2006) y 26 de noviembre de 2008 (rec.139/2007), " el primer canon en la exégesis de los contratos -privados o colectivos - es «el sentido propio de sus palabras» a que se refiere el art. 3.1 del Código Civil y el «sentido literal de sus cláusulas» de que habla el art. 1281 del Código Civil , de forma que cuando los términos de un pacto son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los pactantes debe estarse al indicado sentido literal, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (SSTS 29/09/86 y 20/03/90), puesto que las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, (SSTS 01/04/87 ; y 20/12/88); o dicho de otro modo, el art. 1281 C.C . consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro (SSTS 22/06/84), o que se admita -sin aclarar- lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas (SSTS 20/02/84 ; 04/06/84 ; y 15/04/88), y en el segundo la intención evidente de los contratantes (STS 30/01/91 , 23/05/06 - cas. 8/05 -; 27/09/06 -rec. 294/05 -; 31/01/07 -rec. 4713/05 -; y 31/01/07 -rec. 5481/05 -)".

A lo que las sentencias de 16 de enero (rec. 59/2007) y 27 de junio de 2008 (rec.107/2006), antes citadas, han añadido que, no obstante, " esa prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo - en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes".

Con arreglo a la doctrina señalada cabe rechazar el motivo examinado, no sólo porque el criterio de la Sala de instancia debe prevalecer sobre el del recurrente, salvo que su interpretación no sea racional y lógica, sino también, porque la solución que la misma da es acorde con la literalidad de la norma interpretada y con el fin perseguido por ella que no era otro que el de premiar la vinculación a la empresa. En efecto, como señala la sentencia recurrida, el plus de antigüedad tiene naturaleza salarial, conforme al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores , siendo un complemento salarial que premia la permanencia en la empresa y la mayor experiencia adquirida en el trabajo por el operario con el paso del tiempo, cual con reiteración ha señalado esta Sala, razón por la que se encuentra incluido en el concepto "materia salarial" al que se remite el artículo 4 del Convenio, solución interpretativa acorde con el espíritu que informa el artículo 25 del Convenio interpretado que habla de "bonificaciones por años de servicio" y de "premio de vinculación a la empresa". Procede, por ello, rechazar el motivo examinado que parte del error de confundir la antigüedad computable con la fecha del devengo, lo que la lleva a estimar que existe retroacción de efectos económicos, lo que es incorrecto porque una cosa es la fecha en la que se devenga cada trienio, coincidente con el 1 de enero del año en que se cumplen (art. 25-3) y otra la antigüedad computable: que es la del inicio de la prestación de servicios, esto es el día en el que se produjo la subrogación contractual, porque, aunque el contrato se regulase entonces por otras normas, a primero de 2010 era aplicable el XVI Convenio Colectivo que se refiere al tiempo de prestación de servicios a la recurrente.



TERCERO.- El otro motivo del recurso alega, subsidiariamente, la infracción de los artículos 44-4 , 84 y 86-3 del Estatuto de los Trabajadores, sostiene la recurrente que el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría no sería aplicable hasta su publicación, el 4 de abril de 2009, al personal afectado por el presente conflicto, personal que hasta esa fecha se regularía por el Convenio Colectivo de la Empresa Azertia que expiró el 31 de diciembre de 2007 y que hasta esa fecha se prorrogó en fase de ultraactividad.

Para resolver esta cuestión conviene recordar la doctrina de esta Sala en materia de sucesión de empresas que, como señalan nuestras sentencias de 10 de abril de 2002 (Rcud. 987/01) y de 27 de octubre de 2005 (Rcud. 697/04) puede resumirse diciendo: "a) la subrogación empresarial solo abarca "aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras " Sentencias 5 de diciembre de 1992 ; y 20 de enero de 1997 ; b) la obligación de la subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad" Sentencia de 12 de noviembre de 1993 ; c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores (sentencia de 13 de febrero de 1997 y d) la subrogación "no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitiente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador" Sentencia de 20 de enero de 1997 ."

Esta doctrina la complementa la establecida en nuestra sentencia de 22 de marzo de 2002 (Rec. 1170/2001), dictada en un supuesto en el que recurrió la misma empresa que en este caso, donde concluimos: "Por consiguiente, el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de "aplicación de otro convenio colectivo", no se refiere al que ya estaba vigente "ex ante" la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza si cabe, a la vista del contenido del antes citado número 4. del art. 44 ET , en la redacción dada por la Ley 12/2.001 de 9 de julio, que, aun inaplicable al caso por razones temporales, debe cumplir una evidente función orientadora, máxime cuando recoge la doctrina jurisprudencial mencionada y armoniza nuestra legislación a la Directiva 98/50 CE, que en este punto, no modifica la anterior Directiva 77/187, a la que ya se ordenó nuestra interpretación durante la vigencia de la normativa que el recurso considera infringida. Y en el nuevo precepto se alude ya expresamente al "nuevo" Convenio Colectivo que resulte aplicable tras la transmisión."

"Conforme a lo expuesto se alcanzan las siguientes conclusiones: 1ª) La empresa adquirente "INDRA SISTEMAS S. A." esta obligada a respetar para los trabajadores subrogados provenientes de las otras tres empresas del grupo absorbidas, el convenio colectivo que regia las relaciones de trabajo en cada una de ellas y se encontraba en fase de ultraactividad en la fecha de la transmisión. 2ª) Esa obligación debe subsistir, salvo pacto en contrario establecido tras la transmisión mediante acuerdo de empresa alcanzado entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores, hasta que, después de producida la subrogación, entre en vigor o sea aplicable a INDRA SISTEMAS S.A. un nuevo convenio."

De la doctrina reseñada se infiere la necesidad de desestimar el recurso, porque el prorrogado Convenio de Azertia dejó de aplicarse al personal proveniente de ella cuando se publicó el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría. Y como ese Convenio preveía un nuevo plus de antigüedad de naturaleza salarial, aplicable desde el 1 de octubre de 2007, de ese plus debe disfrutar el personal de Azertia que cumplió un trienio, según el Convenio, en el año 2010, lo que no quiere decir que ese plus se retrotraiga, sino que se devenga a primeros del año en que se cumple, requisito que reúne el personal afectado, porque su antigüedad real en la recurrente, la que es premiada, data de octubre de 2007, dado que, cualquiera que fuese la norma aplicable en esa fecha, es lo cierto que su permanencia en la empresa, concepto retribuido, era de octubre de 2007".

En consecuencia, en la referida sentencia se desestimaba el recurso formulado por la demandada, señalando que el Convenio de AZERTIA dejó de aplicarse al personal proveniente de ella cuando se publicó el XVI Convenio Colectivo estatal de empresas de consultoría -aplicable al supuesto ahora examinado-, que debe disfrutar el nuevo plus de antigüedad que prevé a partir del 1 de octubre de 2007.

4.- Esta Sala IV en la STS de 20-julio-2012 (rec. 43/2011) analizando asimismo el mismo convenio colectivo, y en concreto si procedía la absorción y/o compensación de los incrementos que por el concepto de antigüedad experimentan los trabajadores de la empresa para neutralizarlos con otros complementos salariales, con remisión a la STS de 19 de abril de 2012 (rcud. 526/2011) ha señalado que:

"La referida sentencia estima que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia allí recurrida, que aplica con acierto la jurisprudencia de esta Sala Cuarta del TS sobre el juego de la absorción/compensación, así como los preceptos del Convenio Colectivo aplicables al caso, los artículos 7 y 8 . Señala que: *"El punto de partida de nuestro razonamiento debe ser la caracterización del denominado "complemento personal convenido". Es claro que se trata 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(...)"*.

5.- Partiendo de cuanto precede, la solución al presente recurso ha de pasar por las siguientes precisiones:

El art. 33 del convenio de AZERTIA señalaba textualmente:

"Complemento personal (CP).- Es el concepto que se abona en atención a las cualidades personales y profesionales de los empleados.

El importe anual se abonará en 12 pagas de igual cuantía y tendrá carácter consolidable, pudiendo ser absorbido por cualquier concepto retributivo actual o que en un futuro pueda crearse por decisión de la empresa, norma legal o pactada.

Como excepción a la norma general del párrafo anterior, ambas partes acuerdan que el complemento personal no podrá ser absorbido en los casos de incremento del salario base como consecuencia de negociación colectiva, salvo para el personal incorporado en el año al que corresponda el citado incremento"

Por consiguiente, como señala la sentencia recurrida, si el "complemento personal" retribuía las cualidades personales y profesionales de los empleados, debemos descartar que su naturaleza jurídica sea propia de un complemento de cantidad y calidad del trabajo, puesto que no retribuye resultados del trabajo, ajustándose, por el contrario, a las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador como resulta de los arts. 35 y 36 del convenio de AZERTIA .

Cabe ahora, examinar, si cabe su compensación y absorción con el complemento de antigüedad, cuya naturaleza jurídica -en el caso concreto y singular- tiene también relación con las condiciones personales del trabajador, para lo cual es preciso examinar los preceptos que regulan dicho complemento en el convenio aplicable (arts. 7 y 25 del convenio estatal de Empresas de Consultoría):

El art. 7 del convenio estatal de Empresas de Consultoría, que regula la compensación y absorción, señala textualmente lo 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 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".

Por otro lado, el art. 25 del convenio citado, que regula el complemento de antigüedad, señala:

"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 art. 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".

Acierta pues, la sentencia recurrida al concluir que "si el complemento personal, cuya naturaleza jurídica viene determinada en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador y el art. 7 del convenio vigente permite la compensación o absorción de todas las condiciones establecidas en el citado convenio, entre las que se encuentra el complemento de antigüedad, regulado en el art. 25 del convenio, cuya naturaleza jurídica es propia de un complemento personal, habiéndose acreditado que los trabajadores afectados por el conflicto, no están comprendidos entre los previstos en el art. 25.2 del convenio, debemos concluir necesariamente que INDRA estaba autorizada para compensar y absorber ambos complementos personales, puesto que los mismos son homogéneos, sin que dicha conclusión pueda enervarse, de ser aplicable el convenio de AZERTIA, puesto que el mismo dejaba perfectamente claro que podría absorberse por cualquier concepto retributivo actual o que pudiera crearse en el futuro, entre los que se encuentra necesariamente el complemento de antigüedad, que no existía en el convenio de AZERTIA".

No puede obviarse que la retribución fija anual propuesta lo que hace es acumular dos conceptos retributivos (la retribución correspondiente a la jornada laboral a tiempo completo y la antigüedad). La empresa asumiendo el compromiso adquirido, continuó abonando a los trabajadores afectados por el conflicto, al menos las mismas cantidades que percibían antes de que operara la compensación y absorción del complemento de antigüedad en el "complemento personal", circunstancias que no eran desconocidas para los demandantes.

TERCERO.- Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación de los recursos formulados y la confirmación de la sentencia recurrida, sin que proceda pronunciamiento alguno sobre costas procesales.

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 interpuestos por las respectivas representaciones de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), y la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de noviembre de 2011 (procedimiento nº 194/2011), en virtud de demanda formulada por dichos recurrentes frente a la empresa INDRA SOFTWARE LABS S.L., sobre Conflicto Colectivo. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, 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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.