



Roj: **STS 3194/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3194**

Id Cendoj: **28079140012022100622**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2022**

Nº de Recurso: **23/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 7752/2020,**
STS 3194/2022

CASACION núm.: 23/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. /

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a María Luz García Paredes

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 26 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, interpuesto por el letrado D. Iván Armenteros Rodríguez en nombre y representación de D.^a Claudia, D.^a Consuelo y D.^a Covadonga, en la representación que respectivamente ostentan de los COMITÉS DE EMPRESA DE LOS CENTROS DE TRABAJO DE BARCELONA, TARRAGONA Y REUS, todos ellos de la mercantil FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2020, por la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento 2/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de los recurrentes contra la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L. representada y asistida por la letrada D.^a Eva Muñoz Climent.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1. Por la representación de los COMITÉS DE EMPRESA DE LOS CENTROS DE TRABAJO DE BARCELONA, TARRAGONA Y REUS todos ellos de la mercantil FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES



CATALUNYA S.L. se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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: "el derecho de los trabajadores y trabajadoras afectados por el presente conflicto, a que les sea retribuido el concepto salarial de carrera profesional y de Sistema de Incentivación Profesional (SIP), en función del grupo profesional al que pertenece cada persona trabajadora, conforme a las tablas del Convenio colectivo de aplicación, sin que se aplique ningún tipo de absorción y/o compensación y, en consecuencia, se condene a la empresa demandada al abono de las cantidades devengadas por este concepto desde el mes de diciembre de 2019 en adelante y a estar y pasar por esta declaración. Las cantidades devengadas deberán ser incrementadas en el 10% de interés anual moratorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores."

2. Con fecha 30 de septiembre de 2020 se dictó sentencia por la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos la demanda presentada por D^a Claudia, D^a Consuelo y D^a Covadonga en la representación que, respectivamente, ostentan de los COMITÉ DELS CENTRES DE TREBALL DE BARCELONA, TARRAGONA y REUS de L'EMPRESA FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L. contra la citada mercantil; a la que expresamente se absuelve de la pretensión deducida en su contra. Sin costas."

3. En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. - El 8 de octubre de 2007 las empresas Cetirsa, Reus Medical SL, el Institut Nefrològic Santa Tecla SL, Serveis d'Ajut SL (pertenecientes todas ellas al Grupo Mercantil de empresas Fresenius) y su representación **social** (a través de sus respectivos Comités de Empresa) suscriben ante la Delegación de Barcelona del Tribunal Laboral de Catalunya (poniendo término así al período de consultas iniciado el 2 de marzo de ese mismo año y "dintre del tràmit previst en l' article 41.4 de l'ET" con el fin de "instaurar un nou sistema retributiu") un pacto (al que se le atribuye el "valor de conveni col.lectiu" -expositivo V-) que trae causa de la "necessitat d'homogeneïtzar imports i conceptes retributius dels treballadors de les diferents empreses del grup", eliminando las "diferències retributives que existien entre les mateixes categories professionals.." (I); "condicions laborals y retributives" que se pactan con "vocación de permanencia" (II), de las que expresamente se excluye al Institut Nefrològic SA" cuyos trabajadores continuarán "amb el sistema retributiu que tenen vigent fins ara" (III) y que "constituirán un cos normatiu propi dintre de l'àmbit de l'empresa que millora en el seu còmput global anyal alló que disposa el conveni col. lectiu sectorial" que "no será d'aplicació...en aquelles condicions laborals reguladas" en el mismo (IV).

SEGUNDO.- Tras fijar "els conceptes salarials i retribucions de les diferents categories de les empreses" (en los términos que refiere su cláusula cuarta al contemplar los niveles I y II de los médicos, así como el cuadro retributivo correspondiente a los nefrólogos, técnicos, auxiliares de clínica y mecánicos), advierten los negociadores que "En tot alló que no ha estat expresament regulat en el present pacte col.lectiu, será d'aplicació el conveni sectorial aplicable" (desena); reiterando en la undécima que "Les condicions retributives acordades en aquest pacte col.lectiu conformen un cos normatiu propi dintre de l'àmbit de les empreses del Grup Mercantil Fresenius"; de tal manera que no será de aplicación a sus trabajadores el "sistema retributiu regulat (o que es pugui regular en el futur) en l'esmentat conveni sectorial...". Ello no obstante "quan les condicions retributives pactades (en còmputo global y anual) "estiguin per sota del conveni Col.lectiu sectorial s'aplicaran els imports totals anyals d'aquest últim (como nuevo concepto salarial denominado "diferencia conveni", pero respectan el sistema retributiu de l'empresa ara pactat" (cláusula 12^a).

Entre los conceptos retributivos recogidos en dicho Acuerdo se establece un Complemento Ad Personam (fijado en cuantía de 896,93 y 963.07 euros mensuales para los médicos -para los niveles I y II respectivamente- y de 400,82 para la enfermería).

TERCERO.- En fecha 7 de noviembre de 2019 se levanta Acta de la reunión celebrada entre la empresa y su representación **social** "en referencia al Comité de Evaluación del Plan de Carrera" que habría de tratar el "plan de carrera y/o sistema de incentivación profesional que se recoge en el X Convenio Colectivo..." en sus artículos 54.3, 54.4 y 54.5, fijando los criterios para la "progresión del nivel básico al superior" así como "los factores de valoración para acumular los puntos que habilitan el cambio de nivel" (recogidos en el punto 2 del acuerdo); advirtiéndose, ello no obstante y respecto al "reconocimiento económico por...cambio de nivel según Sistema de Carrera Profesional o de Incentivación Profesional", que "(...) el reconocimiento del nivel 3 detallado en la carrera profesional o sistema de incentivación profesional no tendrá impacto económico en el personal que así alcance el citado nivel 3 al venir disfrutando de un salario que en còmputo total y anual es superior al que fija el sector".



Es en este contexto negociador que la Directora de RRHH reconoce (mediante carta dirigida a los trabajadores afectados de 20 de diciembre de 2019 y 31 de enero de 2020) la carrera profesional, pero sin asignar efectos económicos.

CUARTO. - El X Convenio Colectivo del Sector contempla como "condiciones económicas" recogidas en su capítulo 2 el "salario convenio", los pluses de sábados y domingos y de "compensación de ayuda familiar", así como la "deducción por manutención y alojamiento, la antigüedad, el "premio de fidelidad", las horas extraordinarias y las pagas extras; los pluses de transporte y distancia, el de "responsabilidad, supervisión y mando", uniformes, dietas, plus de nocturnidad y "festivos especiales".

Por su parte (y bajo el epígrafe "Organización") incorpora el capítulo quinto (un cuarto apartado a su artículo 54 -"grupos profesionales y niveles"-) que, bajo la denominación "carrera profesional", advierte como "La Ley de ordenación de las profesiones sanitarias establece en su título III el reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios grupo 1 y 2. En concreto, el artículo 38.2 indica que los centros sanitarios privados en los que existan profesionales sanitarios que presten servicios por cuenta ajena podrán establecer procedimientos para el reconocimiento del desarrollo profesional y la carrera de estos profesionales". Ley que "se centra en regular las condiciones de ejercicio y los respectivos ámbitos profesionales, así como las medidas que garanticen la formación básica, práctica y clínica de los profesionales" y que "tiene por finalidad dotar el sistema sanitario de un marco legal que contemple los diferentes instrumentos y recursos que hagan posible la mayor integración de los profesionales en el servicio sanitario, en lo preventivo y en el asistencial, tanto en su vertiente pública como en la privada, facilitando la corresponsabilidad en el logro de los fines comunes y en la mejora de la cualidad de la atención sanitaria prestada a la población, garantizando, de éste modo, que todos los profesionales sanitarios cumplan con los niveles de competencia necesarios para tratar de seguir salvaguardando el derecho a la protección de la salud".

Tras recoger las características del "modelo de carrera profesional" (entre las que contempla la de su "reconocimiento económico" en virtud del cual "cada profesional tendrá la asignación económica que se determine") se dispone que "con tal de reconocer la mejora progresiva de los profesionales se establecerá un nuevo nivel 3 que se estructurará en una tabla anexa al Convenio y su adhesión estará estipulada por los criterios manifestados en éste documento"; advirtiéndose en el apartado 5 del mencionado artículo 54.4 que "Tal como especifica la Ley de ordenación de profesiones sanitarias en su artículo 37 punto 3, se podrá acceder de forma voluntaria a la carrera profesional los profesionales establecidos en los artículos 6 y 7 de la mencionada ley" y que "por tanto al ser un concepto que se accede voluntariamente no podrán ser compensables ni absorbibles": Nivel que "será compensado económicamente según tabla anexa".

QUINTO. - La retribución anual global de los afectados por el presente conflicto es sensiblemente superior a la que pudiera devengarse en aplicación del X Convenio Sectorial; constando, igualmente, acreditada la falta de reclamación de aquellos conceptos retributivos que, recogidos en el mismo, no aparecen sin embargo contemplados en el Pacto litigioso."

SEGUNDO. - 1. Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de D^a. Claudia , D^a Consuelo y D^a. Covadonga , en la representación que respectivamente ostentan de los COMITÉS DE EMPRESA DE LOS CENTROS DE TRABAJO DE BARCELONA, TARRAGONA Y REUS todos ellos de la mercantil FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L.

2. El recurso fue impugnado por la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L.

3. Recibidas las actuaciones de la Sala de lo **Social** del TSJ de Cataluña y admitido el recurso de casación, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

TERCERO. - En providencia de 30 de mayo de 2022 se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2022, en que tuvo lugar.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Bodas Martín, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. La recurrente articula un primer motivo de casación, al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS, en el cual denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 156.2 de la LRJS y arts. 41.6, 82.3, 84.1 y 2, 85.3, y 90.1, 2 y 3 todos ellos del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia que interpreta y aplica dichos preceptos en relación con el Pacto de 8 de octubre de 2007 en el vigente Convenio colectivo sectorial de la sanidad privada.



Plantea, al efecto, dos cuestiones: Una primera relativa a la naturaleza del Pacto de 8/10/2007; y una segunda relativa a su vigencia y concurrencia temporal con el convenio sectorial aplicable.

a) Defiende en la primera que, el pacto de 8 de octubre de 2007 no es propiamente un convenio colectivo de empresa, grupo de empresas o empresas en red, aunque se acordara en una mediación ante el TLC con arreglo al procedimiento previsto en el art. 41.4 ET, toda vez que el art. 156.2 LRJS no otorga a dichos acuerdos la naturaleza de convenio colectivo, aunque sí les reconozca sus efectos.

Destaca, por otra parte, que el acuerdo no cumple los requisitos del art. 85.3 ET, puesto que no regula las condiciones generales de trabajo, ni ha sido registrado ante la Autoridad Laboral, ni tampoco publicado en el diario oficial que corresponda.

Sostiene también que, el pacto controvertido es de ámbito inferior a la empresa, puesto que no se aplica al INSTITUT NEFROLOGIG, SA, ni a su comité de empresa.

Defiende finalmente que la carrera profesional no forma parte de ninguna de las materias, a las que se otorga prioridad por el art. 84.2 ET, ni forma parte de la estructura salarial del acuerdo reiterado, puesto que se incluye, por primera vez, en el X Convenio del sector.

b). Mantiene, en segundo lugar, que el acuerdo de 8 de octubre de 2007 no está vigente, ya que, al establecer un sistema retributivo distinto al previsto en el convenio aplicable entonces, debió negociarse por el procedimiento del art. 82.3 ET, en el cual queda claro que, al entrar en vigor el nuevo convenio colectivo, pierde totalmente su vigencia.

Destaca además que, al momento de pactarse no estaba vigente el art. 84.2 ET, de manera que, sus negociadores no pudieron prever nunca la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Es más, defiende que el art. 82.3 ET dispone que en el acuerdo debe definirse el período de aplicación, lo que no ha sucedido de ningún modo en el pacto controvertido.

2. Fresenius Medical Care Services Catalunya, SL ha impugnado el motivo y alega, en primer término, que todas sus alegaciones constituyen cuestiones nuevas, no expresadas en su demanda, ni siquiera en el acto del juicio, donde siempre fue pacífico que, el pacto de 8 de octubre de 2007 era un convenio colectivo de empresa, debatiéndose únicamente si su prioridad aplicativa justificaba que no se retribuyera la carrera profesional de los trabajadores, dándose la circunstancia, además, de que los trabajadores perciben, con base al acuerdo controvertido, una retribución muy superior a la que recibirían, caso de aplicárseles el convenio sectorial.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del motivo, puesto que se trata de una cuestión nueva, que la sala de instancia no tuvo ocasión de resolver.

4. Es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia de la Sala, que no pueden introducirse extemporáneamente cuestiones nuevas en trámite de un recurso extraordinario de casación, pues, como decimos en la STS 5-07-2021, rec.8/2021, "ha señalado una reiterada doctrina de esta Sala (por todas: STS de 21 de febrero de 2015, rec.43/2004) el carácter extraordinario del recurso de casación veda ese planteamiento, como por lo demás se encarga de precisar el artículo 207.e) LRJS, que vincula la denuncia de infracción de normas del ordenamiento a las que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; no las que no han sido objeto de tal debate en la instancia, que es lo que ocurre con las denuncias que ahora se formulan. Hemos mantenido el mismo criterio en SSTS 10 de marzo de 2021, rec.114/2019 y 4 de mayo de 2021, rec.164/2019, donde advertimos que, las cuestiones novedosas, introducidas en el recurso de casación, no deben ser examinadas".

Hemos mantenido el mismo criterio en SSTS 16/02/2022, rec. 267/21; 17/02/2022, rec. 123/20; 30/03/2022, rec. 104/2020; 20-04-2022, rec. 206/21, 359/22 y 20/04/2022.

5. La Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, considera, en efecto, que negar, en este momento procesal, que el acuerdo de 8 de octubre de 2007 es propiamente un convenio colectivo estatutario de empresa, constituye una clamorosa cuestión nueva, toda vez que, en la demanda no se hizo mención alguna al respecto, ni se cuestionó tampoco en el acto del juicio, donde los demandantes mantuvieron únicamente que, la carrera profesional y su retribución establecida en el convenio sectorial, no se subsumían en ninguno de los supuestos, en los que el art. 84.2 ET, otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa.

Sucede lo mismo con la vigencia del acuerdo antes dicho, que nunca se cuestionó en la demanda, ni tampoco en el acto del juicio, cuya grabación se ha visto íntegramente por esta Sala. Por lo demás, se trata de una afirmación gratuita, contradicha por los propios actos de los recurrentes, quienes admitieron expresamente la vigencia del convenio en el acta de 7 de noviembre de 2019, reproducida en el hecho probado tercero.



Consiguientemente, la Sala no va a resolver si el acuerdo de 8 de octubre de 2007 no es propiamente un convenio de empresa, ni si su ámbito es inferior a la empresa, ni si incluye o no incluye los contenidos del art. 85. 3 ET, ni si debió negociarse en un período de consultas conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, ni si mantiene o no su vigencia, por cuanto dichas alegaciones constituyen claramente cuestiones nuevas, que no pueden promoverse en sede casacional, puesto que dicha omisión impidió que pudieran ser resueltas por la sala de instancia.

Sí resolveremos, por el contrario, si la retribución de la carrera profesional, que es lo reclamado en la demanda, constituye o no un complemento salarial y, de ser así, si la regulación integral del sistema retributivo, pactada en el acuerdo de 8/10/2007, tiene preferencia aplicativa sobre la retribución de la carrera profesional, pactada en el X Conveni Col·lectiu de treball destabliments sanitaris d'hospitalització, assistència, consulta i laboratoris d'anàlisis clíniques de Catalunya, que es exactamente el debate mantenido y resuelto por la sentencia de instancia.

SEGUNDO. - 1. El art. 84 ET, en la versión aplicable al supuesto debatido, que regula la concurrencia de convenios, decía:

1. Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.

2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

2. La Sala ha interpretado el precepto examinado en múltiples sentencias, por todas STS 2 de diciembre de 2020, rec. 86/2019, donde dijimos: Brevemente referiremos el marco jurisprudencial para el debate, citando al efecto la STS IV 25.04.2019, rec. 40/2018, en la que recordábamos que, enjuiciando la alteración legal de las reglas de prioridad aplicativa que las reformas de 2012 comportaron (en favor del convenio de empresa) se ha destacado la amplia libertad de que goza el legislador sobre el particular: siendo incuestionable que la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política **social** y económica que estime relevantes, de manera que la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición de acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa, no vulnera el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (artículo 37.1 CE), ni tampoco la libertad sindical (artículo 28.1 CE) (SSTC 119/2014, de 16 de julio , y 8/2015, de 22 de enero, fj 6).

...La STC 8/2015, de 22 enero, recalca que la CE no diseña un modelo cerrado de relaciones laborales, ni de negociación colectiva, correspondiéndole a la ley configurar el que considere más idóneo en cada momento, señaladamente atendiendo a circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades **sociales** a las que se pretenda dar cobertura (fj 2). "Al legislador le corresponde ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de los convenios, pudiendo ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en función de la opción que en cada momento considere más oportuna" (fj 6).

Por último, habrá de atenderse a la pauta que pronunciamos en la resolución que enjuicia el rec. 56/2019, cuando expresa que si el examen del convenio abocase a la conclusión de que el precepto cuestionado (interpretado con arreglo a cuanto se haya expuesto en la fundamentación) puede conciliarse con el resto del ordenamiento, la sentencia que se dicte no debe ni declararlo ilegal, ni restringir de futuro su interpretación sino, simplemente, desestimar la demanda.

Hemos mantenido el mismo criterio en STS 8 de febrero de 2022, rec. 20/2020, donde entendimos que, ...del juego de los apartados 1 y 2 del art. 84 ET se desprende que la prioridad del convenio de empresa actúa como excepción a la regla general del apartado 1 y, por ello, como tal excepción ha de ser interpretada en los propios términos utilizados por el legislador. Es más, cuando el apartado 2 indica las materias sobre las que rige tal prioridad lo hace en referencia exclusiva a los convenios de empresa, sin mención alguna a ninguna otro ámbito inferior ni precisión si sobre éstos últimos tendrían repercusión las mismas materias. Ponemos de relieve que en algunas de esas materias se aprecia claramente que es la empresa - y no la unidad inferior- el término de referencia, como ocurre con el salario (apartado a) art. 84.2 ET) o el sistema de clasificación profesional (apartado d) art. 84.2 ET)".



Y así lo hemos ratificado en la antedicha STS de 27 de enero de 2022, rec. 33/2020, en la que concluimos que la aplicación del régimen jurídico de la concurrencia de convenios regulado en el art. 84 ET, queda limitado al ámbito de aplicación de los convenios concurrentes válidamente negociados.

3. El art. 37 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que entró en vigor el 23/11/2003, que regula las normas generales del desarrollo profesional y su reconocimiento, dice:

1. Se constituye el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios a que se refieren los artículos 6 y 7 de esta ley, consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios.

2. Sin perjuicio de las facultades y funciones para las que habilite el correspondiente título oficial, el reconocimiento del desarrollo profesional será público y con atribución expresa del grado alcanzado por cada profesional en el ejercicio del conjunto de funciones que le son propias.

3. Podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional los profesionales que estén establecidos o presten sus servicios dentro del territorio del Estado.

El art. 38.2 de la norma antes dicha, que regula el desarrollo profesional y su reconocimiento en los centros privados, dice: "Los centros sanitarios privados en los que existan profesionales sanitarios que presten servicios por cuenta ajena establecerán, en la medida en que lo permita la capacidad de cada centro, procedimientos para el reconocimiento del desarrollo profesional y la carrera de los mismos, que se adecuarán a los criterios fijados en este título.

Los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior serán supervisados, en su implantación y desarrollo, por la Administración sanitaria correspondiente.

En cada centro se deberá conservar la documentación de evaluación de los profesionales de cada servicio o unidad de éste".

Finalmente, la DA 4ª de la norma examinada, que regula los efectos retributivos de desarrollo profesional, prevé que los efectos que sobre la estructura de las retribuciones y la cuantía de las mismas pudieran derivarse del reconocimiento de grados de desarrollo profesional se negociarán en cada caso con las organizaciones sindicales que, a tenor de lo dispuesto en la normativa aplicable, corresponda.

Así pues, es claro que, el legislador ha querido desplegar un sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los sanitarios, cuya finalidad es el reconocimiento público, expreso e individualizado del desarrollo alcanzado en conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios.

Dicho sistema es extensible obligatoriamente a los centros sanitarios privados, si bien en la medida en que lo permita la capacidad de cada centro, cuyo objetivo es asegurar el despliegue de procedimientos para el reconocimiento del desarrollo profesional y la carrera de estos, que se adecuarán a los criterios fijados en el título III de la Ley 44/2003.

El sistema, previsto en el art. 38.1 se articula mediante un proceso de promoción progresiva en los cuatro grados establecidos, que pivota sobre el tiempo de servicios, siempre que se obtenga una evaluación favorable y, aunque la norma no habla de retribución, es claro que, la progresión de grado acreditará el cumplimiento de unos requisitos personales y profesionales de los interesados, que redundará necesariamente en la calidad de su trabajo y, beneficiará, a su vez, el funcionamiento del centro sanitario, cuya eficiencia se apoya básicamente en la excelencia de sus profesionales.

4. Como adelantamos más arriba, el acuerdo, alcanzado el 8/10/2007, se convino un sistema normativo propio para la demandada, que mejora en cómputo anual el sistema retributivo del convenio sectorial aplicable, pactándose expresamente que, no sería aplicable al personal afectado el sistema retributivo, pactado en dicho convenio o el que se pueda pactar en el futuro, así como el que regule cualquier otro convenio, que pudiera ser de aplicación, precisándose que, cualquier concepto retributivo nuevo (salarial o indemnizatorio), que se pueda crear en el convenio sectorial, tampoco será de aplicación (artículo undécimo).

Al tiempo, se pactó en la cláusula decimosegunda que, si en algún momento se produjera una diferencia retributiva a favor de los trabajadores conforme al convenio sectorial, se les abonaría la misma bajo el concepto "diferencia convenio".



5. Tal y como se significa en el hecho probado cuarto, el X Convenio Colectivo del Sector contempla como "condiciones económicas" recogidas en su capítulo 2 el "salario convenio", los pluses de sábados y domingos y de "compensación de ayuda familiar", así como la "deducción por manutención y alojamiento, la antigüedad, el "premio de fidelidad", las horas extraordinarias y las pagas extras; los pluses de transporte y distancia, el de "responsabilidad, supervisión y mando", uniformes, dietas, plus de nocturnidad y "festivos especiales".

Por su parte (y bajo el epígrafe "Organización") incorpora el capítulo quinto (un cuarto apartado a su artículo 54 -"grupos profesionales y niveles"-) que, bajo la denominación "carrera profesional", advierte como "La Ley de ordenación de las profesiones sanitarias establece en su título III el reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios grupo 1 y 2. En concreto, el artículo 38.2 indica que los centros sanitarios privados en los que existan profesionales sanitarios que presten servicios por cuenta ajena podrán establecer procedimientos para el reconocimiento del desarrollo profesional y la carrera de estos profesionales". Ley que "se centra en regular las condiciones de ejercicio y los respectivos ámbitos profesionales, así como las medidas que garanticen la formación básica, práctica y clínica de los profesionales" y que "tiene por finalidad dotar el sistema sanitario de un marco legal que contemple los diferentes instrumentos y recursos que hagan posible la mayor integración de los profesionales en el servicio sanitario, en lo preventivo y en el asistencial, tanto en su vertiente pública como en la privada, facilitando la corresponsabilidad en el logro de los fines comunes y en la mejora de la cualidad de la atención sanitaria prestada a la población, garantizando, de éste modo, que todos los profesionales sanitarios cumplan con los niveles de competencia necesarios para tratar de seguir salvaguardando el derecho a la protección de la salud".

Tras recoger las características del "modelo de carrera profesional" (entre las que contempla la de su "reconocimiento económico" en virtud del cual "cada profesional tendrá la asignación económica que se determine") se dispone que "con tal de reconocer la mejora progresiva de los profesionales se establecerá un nuevo nivel 3 que se estructurará en una tabla anexa al Convenio y su adhesión estará estipulada por los criterios manifestados en éste documento"; advirtiéndose en el apartado 5 del mencionado artículo 54.4 que "Tal como especifica la Ley de ordenación de profesiones sanitarias en su artículo 37 punto 3, se podrá acceder de forma voluntaria a la carrera profesional los profesionales establecidos en los artículos 6 y 7 de la mencionada ley" y que "por tanto al ser un concepto que se accede voluntariamente no podrán ser compensables ni absorbibles": Nivel que "será compensado económicamente según tabla anexa".

6. El 7 de noviembre de 2019 se levanta Acta de la reunión celebrada entre la empresa y su representación **social** "en referencia al Comité de Evaluación del Plan de Carrera" que habría de tratar el "plan de carrera y/o sistema de incentivación profesional que se recoge en el X Convenio Colectivo..." en sus artículos 54.3, 54.4 y 54.5, fijando los criterios para la "progresión del nivel básico al superior" así como "los factores de valoración para acumular los puntos que habilitan el cambio de nivel" (recogidos en el punto 2 del acuerdo); advirtiéndose, ello no obstante y respecto al "reconocimiento económico por...cambio de nivel según Sistema de Carrera Profesional o de Incentivación Profesional", que "(...) el reconocimiento del nivel 3 detallado en la carrera profesional o sistema de incentivación profesional no tendrá impacto económico en el personal que así alcance el citado nivel 3 al venir disfrutando de un salario que en cómputo total y anual es superior al que fija el sector" (hecho probado tercero).

7. La empresa demandada viene reconociendo a sus trabajadores, mediante sendas comunicaciones de la Directora de RRHH de 20 de diciembre de 2019 y de 31 de enero de 2020 la carrera profesional, regulada en el X Convenio, de manera que se reconoce el nivel alcanzado en las nóminas correspondientes, pero no se les abona la dotación económica mensual (x 14 pagas), según el grupo profesional, especificada en el Anexo XIII del convenio.

8. Llegados aquí, debemos precisar cuál es la naturaleza jurídica de la dotación económica mensual, prevista en el art. 54.5 y en el Anexo XIII del convenio sectorial, lo que nos obligará a despejar si se trata o no de un complemento salarial.

El art. 26 ET, que regula el salario, dispone en su apartado tercero que, mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

La Sala considera que, la dotación económica controvertida, aunque no esté incluida formalmente en las condiciones económicas del convenio sectorial, es claramente un complemento salarial, cuya percepción



se anuda a circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador (tiempo de prestación de servicios en cada uno de los grados previstos) y al trabajo realizado, cuya superación se constata mediante las evaluaciones favorables, previstas en el art. 38.1.a.b.c y d de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, así como en el sistema de evaluación, previsto en el art. 54.4 del convenio sectorial.

Consiguientemente, la naturaleza jurídica de la dotación económica controvertida es claramente salarial y es propiamente un complemento salarial, que integra requisitos personales de los trabajadores, que repercuten en el trabajo realizado, lo cual despliega un valor añadido funcional, que contribuirá esencialmente a la excelencia de las clínicas privadas en las que se encuadran estos trabajadores, siendo esa y no otra la razón por la que se retribuye la progresión de grado.

9. De este modo, acreditado que, la dotación económica de desarrollo profesional es un complemento salarial y, probado que, los negociadores del acuerdo de 8/10/2007 pactaron un sistema retributivo integral, que superó entonces y supera actualmente el régimen retributivo del convenio sectorial, incluyendo la dotación reiterada, habiéndose pactado expresamente por sus negociadores que no sería aplicable el régimen retributivo del convenio sectorial, ni tampoco cualquier concepto retributivo previsto en el mismo o cualquiera otro que se pudiera regular en el futuro, debe desplegarse obligatoriamente la prioridad aplicativa, prevista en el art. 84.2.a ET.

Dicha conclusión no puede enervarse, porque el art. 54.4 del convenio sectorial descartara la compensación y absorción de la dotación controvertida, puesto que, el sistema retributivo, pactado en el acuerdo de 8/10/2007, cuya vigencia admitieron expresamente las partes el 7/11/2019 (hecho probado tercero), donde admitieron expresamente que, el acceso al grado 3 no supondría incremento económico alguno, porque percibían una retribución superior, es un sistema retributivo integral, en cuya negociación se convino que no sería aplicable, en ningún caso, el régimen retributivo del convenio sectorial vigente en aquel momento, ni cualquier otro que le sucediera, ni tampoco cualquier concepto retributivo nuevo (salarial o indemnizatorio), lo que incluye necesariamente al complemento salarial de desarrollo profesional, ya que la tesis contraria, supondría un claro espiguelo, que contravendría los propios actos de los recurrentes.

Finalmente, no podemos admitir, de ninguna manera que, no abonar la dotación antes dicha constituya un enriquecimiento injusto de la empresa, toda vez que, se ha acreditado cumplidamente que los trabajadores perciben una retribución claramente superior a la que recibirían, caso de aplicárseles el convenio sectorial, incluyendo la dotación por desarrollo profesional. Es más, si en algún momento el devenir del sistema retributivo del convenio superara el acuerdo de 8/10/2007, los negociadores pactaron que se abonaría la diferencia mediante un complemento denominado "diferencia de convenio".

Consiguientemente, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, vamos a desestimar el primer motivo de casación.

TERCERO. - 1. La recurrente articula un segundo motivo de casación, amparado en el apartado e) del art. 207 de la LRJS, en el que denuncia la recurrente la infracción de las cláusulas décima y undécima del pacto de 8 de octubre de 2007 en relación con los apartados 1 y 4 de la exposición de motivos del mismo acuerdo y de conformidad con los criterios de interpretación de normas previstas en los arts. 3.1, 1281 y 1285 del Código Civil, e infracción de los arts. 54.4 apartado 5 del vigente Convenio colectivo de la sanidad privada, en relación con el art. 26.5 del ET.

2. La empresa demandada ha impugnado el segundo motivo, por cuanto la sentencia recurrida ha interpretado y aplicado perfectamente lo pactado en el acuerdo de 8/10/2007, así como en el convenio colectivo sectorial.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la total desestimación del motivo, toda vez que, no alterados los hechos probados, queda claro que los negociadores del acuerdo antes dicho pactaron un sistema retributivo completo, precisando rotundamente que, dicho acuerdo mejoraba el sistema retributivo convencional entonces vigente y lo ha mejorado hasta la fecha, debiendo aplicarse, por consiguiente, la prioridad aplicativa, prevista en el art. 84.2.a ET.

4. Es doctrina constante de esta Sala la que viene expresando que, atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de estos debe hacerse utilizando los siguientes criterios recogidos en los arts. 3.1 y 1281 Código Civil (CC), combinando las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos. Junto a ello, la Sala ha precisado, en relación con el margen de apreciación que se debía otorgar a los órganos de instancia en esta materia no impide que, en vía de recurso, se verifique que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación (SSTS de 13 de octubre de 2020, rec. 132/2019; 21 de diciembre de 2020, rec. 76/2019; 3 de marzo de 2021, rec. 131/2019;



10 de marzo de 2021, rec. 102/2019 y 22 de abril de 2021, rec. 145/2019, 6 de abril de 2022, rec. 102/2020 y 43/2021, 7 de abril de 2022, rec. 158/2020, 12 de mayo de 2022, rec. 5/2020 y 434/2022, 1 de junio de 2022, rec. 166/2021 y 88/2022 y 15 de junio de 2022, rec. 52/2022).

5. Aplicando la doctrina expuesta al supuesto debatido, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la Sala va a desestimar también el segundo motivo de casación, toda vez que, la sentencia recurrida ha interpretado y aplicado perfectamente las cláusulas décima y undécima del acuerdo de 8/10/2007, en relación con los arts. 3.1, 1281 y 1285 del Código Civil, así como los arts. 54.4 apartado 5 del vigente Convenio colectivo de la sanidad privada y el art. 26.5 del ET.

Es así, aunque la cláusula décima del acuerdo disponga que, en lo no previsto expresamente en el pacto, se aplicará el X Convenio sectorial, puesto que en la cláusula undécima, como hemos razonado más arriba, se pactó un sistema retributivo integral, que superaba el régimen retributivo del convenio sectorial vigente entonces, conviniéndose por las partes que no se aplicaría dicho régimen, ni el que se pudieran pactar con posterioridad, precisándose, a mayor abundamiento que, si se estableciera cualquier concepto retributivo nuevo, ya fuera salarial o indemnizatorio, tampoco se aplicaría.

Consiguientemente, aunque el desarrollo profesional y su retribución se estableció en el X Convenio sectorial, no cabe aplicar, como pretenden los recurrentes, la cláusula décima del acuerdo, por cuanto los negociadores del acuerdo dejaron claro, como hemos apuntado más arriba, que tampoco se aplicaría cualquier concepto retributivo salarial o indemnizatorio, que pudieran establecerse en convenios posteriores, lo cual revela que la cuestión controvertida sí estaba regulada expresamente en el acuerdo.

Dicha conclusión no constituye enriquecimiento injusto, como resaltamos anteriormente, toda vez que, al momento de alcanzarse el acuerdo de 2007, las retribuciones pactadas superaban claramente el convenio entonces aplicable y las han superado hasta la actualidad, como admitieron los propios recurrentes en el acta de 7 de noviembre de 2019, donde dejaron claro que, la promoción al nivel 3 no supondría incremento económico, puesto que percibían una retribución global claramente superior, garantizándose, en todo caso, en la cláusula décimo segunda del acuerdo que, si en algún momento las retribuciones del convenio superaran las del acuerdo, se abonaría la diferencia mediante un complemento salarial específico.

Tampoco cabe admitir que, no cabe compensar y absorber el complemento de carrera profesional, porque no concurre la homogeneidad exigible, puesto que, no se estima la demanda, porque se aplica la prioridad aplicativa del convenio de empresa, conforme a lo dispuesto en el art. 84.2.a ET, que integra, además del salario base, a todos los complementos salariales, aplicándose en bloque, como hemos reiterado más arriba, el sistema retributivo del acuerdo frente al del convenio, porque así lo quisieron sus negociadores, sin que quede margen alguno para el espiguelo, como pretenden los recurrentes.

Se impone, por tanto, la total desestimación del segundo motivo de casación.

CUARTO. - Por cuanto antecede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, vamos a desestimar el recurso de casación, interpuesto por el letrado D. Iván Armenteros Rodríguez en nombre y representación de D^a. Claudia, D^a Consuelo y D^a. Covadonga, en la representación que respectivamente ostentan de los COMITÉS DE EMPRESA DE LOS CENTROS DE TRABAJO DE BARCELONA, TARRAGONA Y REUS, todos ellos de la mercantil FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2020, por la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento 2/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de los recurrentes contra la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., sobre conflicto colectivo, con la consiguiente confirmación y declaración de firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación, interpuesto por el letrado D. Iván Armenteros Rodríguez en nombre y representación de D^a. Claudia, D^a Consuelo y D^a. Covadonga, en la representación que respectivamente ostentan de los COMITÉS DE EMPRESA DE LOS CENTROS DE TRABAJO DE BARCELONA, TARRAGONA Y REUS, todos ellos de la mercantil FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2020, por la Sala de lo **Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento 2/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de los recurrentes contra la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., sobre conflicto colectivo.

2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3. Sin costas.



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

Así se acuerda y firma.

Voto Particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 23/2021.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulamos Voto Particular (VP) discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación número 23/2021 para exponer la tesis que sostuvo en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio mayoritariamente adoptado por la Sala, por cuanto oportunamente se dirá. Baso el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- 1.- La Sala en el voto mayoritario, estima de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, considera que negar, en este momento procesal, que el acuerdo de 8 de octubre de 2007 es propiamente un convenio colectivo estatutario de empresa, constituye una clamorosa cuestión nueva, toda vez que, en la demanda no se hizo mención alguna al respecto, ni se cuestionó tampoco en el acto del juicio, donde los demandantes mantuvieron únicamente que, la carrera profesional y su retribución establecida en el convenio sectorial, no se subsumían en ninguno de los supuestos, en los que el art. 84.2 ET, otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa.

Y, que sucede lo mismo con la vigencia del acuerdo antes dicho, que nunca se cuestionó en la demanda, ni tampoco en el acto del juicio, Por lo demás, se trata de una afirmación gratuita, contradicha por los propios actos de los recurrentes, quienes admitieron expresamente la vigencia del convenio en el acta de 7 de noviembre de 2019, reproducida en el hecho probado tercero.

Consiguientemente, señala que "la Sala no va a resolver si el acuerdo de 8 de octubre de 2007 no es propiamente un convenio de empresa, ni si su ámbito es inferior a la empresa, ni si incluye o no incluye los contenidos del art. 85. 3 ET, ni si debió negociarse en un período de consultas conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, ni si mantiene o no su vigencia, por cuanto dichas alegaciones constituyen claramente cuestiones nuevas, que no pueden promoverse en sede casacional, puesto que dicha omisión impidió que pudieran ser resueltas por la sala de instancia."

2.- Y, no obstante ello, señala que "sí resolveremos, por el contrario, si la retribución de la carrera profesional, que es lo reclamado en la demanda, constituye o no un complemento salarial y, de ser así, si la regulación integral del sistema retributivo, pactada en el acuerdo de 8/10/2007, tiene preferencia aplicativa sobre la retribución de la carrera profesional, pactada en el X Conveni Col·lectiu de treball destabliments sanitaris d'hospitalització, assistència, consulta i laboratoris d'anàlisis clíniques de Catalunya, que es exactamente el debate mantenido y resuelto por la sentencia de instancia", como si la resolución de ello no comportara la resolución de lo que anteriormente ha negado resolver. Finalmente la Sala voto mayoritario, analiza la naturaleza jurídica del Pacto de 8/10/2007 y su vigencia, para negar a la parte recurrente el derecho postulado, aunque, señalando que de forma incoherente -dicho sea con los debidos respetos a lo decidido- que " la naturaleza jurídica de la dotación económica controvertida es claramente salarial y es propiamente un complemento salarial, que integra requisitos personales de los trabajadores, que repercuten en el trabajo realizado, lo cual despliega un valor añadido funcional, que contribuirá esencialmente a la excelencia de las clínicas privadas en las que se encuadran estos trabajadores, siendo esa y no otra la razón por la que se retribuye la progresión de grado". Y que "De este modo, acreditado que, la dotación económica de desarrollo profesional es un complemento salarial y, probado que, los negociadores del acuerdo de 8/10/2007 pactaron un sistema retributivo integral, que superó entonces y supera actualmente el régimen retributivo del convenio sectorial, incluyendo la dotación reiterada, habiéndose pactado expresamente por sus negociadores que no sería aplicable el régimen retributivo del convenio sectorial, ni tampoco cualquier concepto retributivo previsto en el mismo o cualquiera otro que se pudiera regular en el futuro, debe desplegarse obligatoriamente la prioridad aplicativa, prevista en el art. 84.2.a ET."

SEGUNDA.- 1.- La que suscribe, discrepa de la solución adoptada, y ello por las siguientes razones:

Articula la recurrente dos motivos de recurso, a saber:

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado e) del art. 207 de la LRJS, denuncia la parte recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 156.2 de la LRJS y arts. 41.6, 82.3, 84.1 y 2, 85.3, y 90.1, 2 y 3 todos ellos del Estatuto



de los Trabajadores, así como la jurisprudencia que interpreta y aplica dichos preceptos en relación con el Pacto de 8 de octubre de 2007 en el vigente Convenio colectivo sectorial de la sanidad privada.

Plantea el recurrente dos cuestiones: Una primera relativa a la naturaleza del Pacto de 8/10/2007; y una segunda relativa a su vigencia y concurrencia temporal con el convenio sectorial aplicable.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado e) del art. 207 de la LRJS, denuncia la recurrente la infracción de las cláusulas décima y undécima del pacto de 8 de octubre de 2007 en relación con los apartados 1 y 4 de la exposición de motivos del mismo acuerdo y de conformidad con los criterios de interpretación de normas previstas en los arts. 3.1, 1281 y 1285 del Código Civil, e infracción de los arts. 54.4 apartado 5 del vigente Convenio colectivo de la sanidad privada, en relación con el art. 26.5 del ET.

2.- Conviene resaltar que la sentencia recurrida como consideración previa suscitada en el acto de la vista, destaca que << lo que se cuestiona no es tanto la aplicabilidad (*in abstracto*) del Pacto de referencia sino su *concreta* imputación al concepto litigioso, al no discutirse su actual vigencia ni su jurídica naturaleza como convenio de empresa sino su concreta y oponible eficacia en orden a definir (desde la hermenéutica a derivar de sus cláusulas) la legitimidad del derecho a la "retribución" tanto del "concepte salarial de carrera profesional" como del "sistema d'incentivació profesional SIP...".

3.- Según resulta del relato fáctico de instancia, decisivo para la resolución del recurso:

El 8 de octubre de 2007 las empresas Cetirsa, Reus Medical SL, el Institut Nefrologic Santa Tecla SL, Serveis d'Ajut SL (pertenecientes todas ellas al Grupo Mercantil de empresas Fresenius) y su representación **social** (a través de sus respectivos Comités de Empresa) suscriben ante la Delegación de Barcelona del Tribunal Laboral de Catalunya (poniendo término así al período de consultas iniciado el 2 de marzo de ese mismo año y "dintre del tràmit previst en l' *article 41.4 de l'ET* " con el fin de "instaurar un nou sistema retributiu") un pacto (al que se le atribuye el " **valor de conveni col.lectiu**" -expositivo V-) que trae causa de la "necessitat d'homogeneïtzar imports i conceptes retributius dels treballadors de les diferents empreses del grup", en los términos que allí se establecen.

Tras fijar los conceptos salariales y retribuciones de las diferentes categorías de las empresas, se advierte en el pacto que "En tot alló que no ha estat expresament regulat en el present pacte col.lectiu, serà d'aplicació el conveni sectorial aplicable", así como que "Les condicions retributives acordades en aquest pacte col.lectiu conformen un cos normatiu propi dintre de l'àmbit de les empreses del Grup Mercantil Fresenius"; de tal manera que no será de aplicación a sus trabajadores el sistema retributiu regulat (o que es pugui regular en el futur) en el convenio sectorial.

En fecha 7 de noviembre de 2019 se levanta Acta de la reunión celebrada entre la empresa y su representación **social** "en referencia al Comité de Evaluación del Plan de Carrera" que habría de tratar el "plan de carrera y/o sistema de incentivación profesional que se recoge en el *X Convenio Colectivo...*" en sus artículos 54.3, 54.4 y 54.5, fijando los criterios para la "progresión del nivel básico al superior" así como "los factores de valoración para acumular los puntos que habilitan el cambio de nivel" (recogidos en el punto 2 del acuerdo); advirtiéndose, ello no obstante y respecto al "reconocimiento económico por...cambio de nivel según Sistema de Carrera Profesional o de Incentivación Profesional", que "(...) el reconocimiento del nivel 3 detallado en la carrera profesional o sistema de incentivación profesional no tendrá impacto económico en el personal que así alcance el citado nivel 3 al venir disfrutando de un salario que en cómputo total y anual es superior al que fija el sector".

Por otro lado, el X Convenio Colectivo del Sector contempla como "condiciones económicas" recogidas en su capítulo 2 el "salario convenio", los pluses de sábados y domingos y de "compensación de ayuda familiar", así como la "deducción por manutención y alojamiento, la antigüedad, el "premio de fidelidad", las horas extraordinarias y las pagas extras; los pluses de transporte y distancia, el de "responsabilidad, supervisión y mando", uniformes, dietas, plus de nocturnidad y "festivos especiales".

Por su parte (y bajo el epígrafe "Organización") incorpora el capítulo quinto (un cuarto apartado a su artículo 54 -"grupos profesionales y niveles"-) que, bajo la denominación "**carrera profesional**", advierte como "La Ley de ordenación de las profesiones sanitarias establece en su título III el reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios grupo 1 y 2. En concreto, el artículo 38.2 indica que **los centros sanitarios privados en los que existan profesionales sanitarios que presten servicios por cuenta ajena podrán establecer procedimientos para el reconocimiento del desarrollo profesional y la carrera de estos profesionales**". Ley que "se centra en regular las condiciones de ejercicio y los respectivos ámbitos profesionales, así como las medidas que garanticen la formación básica, práctica y clínica de los profesionales" y que "tiene por finalidad dotar el sistema sanitario de un marco legal que contemple los diferentes instrumentos y recursos que hagan posible la mayor integración de los profesionales en el servicio sanitario, en lo preventivo y en el asistencial, tanto en su vertiente pública como en la privada, facilitando la corresponsabilidad en el logro de los fines



comunes y en la mejora de la cualidad de la atención sanitaria prestada a la población, garantizando, de éste modo, que todos los profesionales sanitarios cumplan con los niveles de competencia necesarios para tratar de seguir salvaguardando el derecho a la protección de la salud".

Tras recoger las características del "modelo de carrera profesional" (entre las que contempla la de su "reconocimiento económico" en virtud del cual "cada profesional tendrá la asignación económica que se determine") se dispone que "con tal de reconocer la mejora progresiva de los profesionales se establecerá un nuevo nivel 3 que se estructurará en una tabla anexa al Convenio y su adhesión estará estipulada por los criterios manifestados en éste documento"; advirtiéndose en el apartado 5 del mencionado artículo 54.4 que "Tal como especifica la Ley de ordenación de profesiones sanitarias en su artículo 37 punto 3, se podrá acceder de forma voluntaria a la carrera profesional los profesionales establecidos en los artículos 6 y 7 de la mencionada ley" y que "por tanto al ser un concepto que se accede voluntariamente no podrán ser compensables ni absorbibles": Nivel que "será compensado económicamente según tabla anexa".

2.- La cuestión litigiosa se centra sin duda, en consecuencia en determinar si tiene prioridad el Convenio Sectorial o el Pacto con naturaleza jurídica de convenio colectivo de empresa lo cual no se discute.

Como señala la STS/IV de 9 de mayo de 2017 (rcud. 115/2016);

<< El tradicional principio de no concurrencia de convenios que establecía el artículo 84 ET -según el que un convenio colectivo durante su vigencia no puede ser afectado por convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario negociado conforme al artículo 83.2 ET- fue objeto de una nueva excepción que introdujo el RL 3/2012 y que consta en el apartado 2 del artículo 84 ET relativa a la **preferencia aplicativa limitada de los convenios de empresa**. En efecto, el actual artículo 84 ET, tras reiterar el principio y la excepción tradicional añade en su apartado segundo que "La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1".

Si la concurrencia se produce con otro instrumento negocial (convenio extraestatutarios o pacto o acuerdo de empresa), no existirá tal preferencia aplicativa.

3.- La sentencia recurrida hace referencia a las razones que ciertamente conducen a considerar el carácter convencional del Pacto suscrito ante el Tribunal Laboral de Catalunya, no solo por haber sido suscrito ante el TLC por la representación de las empresas del Grupo; y además porque con tal naturaleza se suscribió el Pacto en cuestión.

Efectivamente, como argumenta la sentencia de instancia, mientras la cláusula cuarta del Acuerdo de 2007 establece que "Els conceptes salarials i retribucions de les diferents categories de les empreses seran las que expresamente relaciona " y no otras (entre las que no incluye partida alguna vinculada a la carrera profesional no obstante aparecer ésta recogida en la Ley de 2003; de fecha anterior a aquélla en que aquél se adopta), el apartado 2.a del citado artículo 84 señala que "La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, ...tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior" entre otras en la materia relativa a "La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa ". Previsión omnicompreensiva de cualquier clase de complemento salarial en la que consecuentemente habrá también de incluirse el que eventualmente pudiera devengarse por razón de la mencionada Carrera Profesional.

4.- Señala esta Sala IV/ TS en sentencia, entre otras, de 3 de abril de 2019 que, la Carrera Profesional " retribuye no el desempeño de un puesto de trabajo concreto, ni la obtención de determinada productividad, sino la simple prestación de servicios que genera más formación y experiencia ... el acceder a un nivel de carrera profesional es un esfuerzo extra del trabajador en nexo causal con los conocimientos que llevan consigo el desempeño de su actividad profesional desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, que se pone de manifiesto en una mayor formación experiencia en el puesto de trabajo que tiene como resultado la mayor eficacia en su trabajo".



No puede aceptarse la decisión de instancia desestimatoria de la pretensión que con base a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, que dispone que "els conceptes salarials i retribucions de les diferents categories de les empreses serán las que expresamente relaciona " y no otras (entre las que no incluye partida alguna vinculada a la carrera profesional no obstante aparecer ésta recogida en la Ley de 2003; de fecha anterior a aquélla en que aquél se adopta), concluye que la no inclusión de la partida en el Pacto impide su reconocimiento.

Por el contrario, como resulta del Acta levantada el 7/11/2019 de la reunión celebrada entre la empresa y su representación **social** "en referencia al Comité de Evaluación del Plan de Carrera", recogido en el X Convenio Colectivo; y dentro del contexto negociador que la Directora de RRHH reconoce (mediante carta dirigida a los trabajadores afectados de 20/12/2019 y 31/01/2020) la carrera profesional pero sin asignar efectos económicos (h.p.tercero).

Por ello ha de concluirse que no obstante aplicar la prioridad del convenio colectivo de empresa, que no comprende la partida interesada, siendo ésta reconocida por la empresa expresamente a través de la Directora de RRHH, y teniendo en cuenta el contenido del acta de la reunión de 7/11/2019, procede el reconocimiento de los efectos económicos de la carrera profesional previstos en el X Convenio Colectivo, sin que estos puedan ser compensados ni absorbidos por las condiciones retributivas reguladas en el Pacto de 8/10/2007, por cuanto se trata de una previsión no incluida en el referido pacto específico, pero que es de aplicación por remisión de éste al X Convenio Colectivo.

TERCERA.- Por cuanto antecede, visto el informe del Ministerio Fiscal, estima la que suscribe, que debió estimarse el recurso, revocando la sentencia de instancia, y estimando la demanda, reconocer el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a percibir a percibir la contraprestación económica correspondiente a la carrera profesional y sistema de incentivación profesional en función de su grupo profesional y en aplicación de las tablas del Convenio Colectivo sectorial de aplicación, sin que pueda ser absorbida o compensada por el sistema retributivo establecido en el Pacto de 8 de Octubre de 2007, si concurren los requisitos exigidos en el X Convenio Colectivo.

Es en este sentido que, dicho sea con los debidos respetos, formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 26 de Julio 2022.-