



Roj: **STS 3299/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3299**

Id Cendoj: **28079140012019100640**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2019**

Nº de Recurso: **2417/2018**

Nº de Resolución: **674/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1682/2018,**  
**STS 3299/2019**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2417/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 674/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 1 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A. (ENCE), representada y defendida por el Letrado Sr. Navarro Serrano, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 7 de marzo de 2018, en el recurso de suplicación nº 1024/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva, en los autos nº 1264/2014, seguidos a instancia de D. Ruperto contra dicha recurrente, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Ruperto, representado por el Procurador Sr. Rodríguez Jiménez y defendido por Letrado.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de diciembre de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando la demanda iniciadora de los autos

1264/14, planteada por D. Ruperto frente a ENCE Energía y Celulosa SA se absuelve a la parte demandada de las peticiones en su contra formuladas".

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

1º.- Ence Energía y Celulosa (en adelante, ENCE) es una sociedad anónima que se constituyó en 1968, siendo su objeto social: a) la fabricación de pastas celulósicas y derivados de éstas, obtención de productos y elementos necesarios para aquéllas y aprovechamiento de los subproductos resultantes de ambas; b) la producción por cualquier medio, venta y utilización de energía eléctrica, así como de otras fuentes de energía, y de las materias o energías primarias necesarias para su generación, de acuerdo con las posibilidades previstas en la legislación vigente; y su comercialización, compraventa y suministro, bajo cualquiera de las modalidades permitidas por la ley; c) el cultivo, explotación y aprovechamiento de bosques y masas forestales, trabajos de forestación, y realización de trabajos y servicios especializados de tipo forestal. La preparación y transformación de productos forestales. El aprovechamiento y explotación mercantil y comercialización en todos los órdenes de los productos forestales (incluyendo biomasa y cultivos energéticos forestales), sus derivados y subproductos. Estudios y proyectos forestales; d) el proyecto, promoción, desarrollo, construcción, operación y mantenimiento, de las instalaciones a que se refiere los apartados a), b) y c) anteriores. Su domicilio social radica en el Paseo de la Castellana, nº 35 de Madrid. La actividad principal de la Sociedad es la producción de pasta BEKP (Bleached Eucalyptus Kraft Pulp) con calidades de blanqueo ECF (libre de cloro elemental) y TCF (totalmente libre de cloro) a partir de madera de eucalipto. Para llevar a cabo esta actividad, la Sociedad disponía, hasta el tercer trimestre de 2014, de 2 fábricas ubicadas en España, en Pontevedra y Huelva. Adicionalmente la Sociedad actúa como comisionista en la venta de pasta de celulosa que se produce en la fábrica ubicada en Navia (Asturias) y que es gestionada por su filial Celulosa de Asturias S.A.. La capacidad nominal conjunta de las tres fábricas es de, aproximadamente, 1.350.000 toneladas anuales.

2º.- D. Ruperto, mayor de edad, con DNI NUM000 vino prestando servicios por cuenta y bajo dependencia de ENCE como contraamaestre de 2ª nivel I, en el centro de operaciones en ENCE en Huelva dedicada a la fabricación de pasta de papel situada en San Juan del Puerto. La relación laboral del actor se formalizó por escrito por virtud de contrato de trabajo que obra a los folios 37 y ss (por reproducidos) suscrito el 21.12.00.

3º.- Las relaciones laborales entre ENCE y el personal destinado en Huelva era el Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 20062012 (BOP de 31.05.07), que damos por reproducido, cuyo ámbito temporal abarcaba desde el 01.01.06 al 31.12.12 consignando su artículo 4.3 que *"El presente Convenio quedará tácitamente prorrogado por años naturales, al finalizar el período de vigencia indicado en el punto 2 de este artículo, si no mediare denuncia expresa de una u otra parte que, en su caso, deberá ejercitarla con una duración mínima de tres meses"*.

4º.- En el convenio colectivo que rigió las relaciones laborales de Ence y sus empleados durante el período de 01.01.1992 al 31.12.996 (publicado en el BOP de 19.05.95 y que damos por reproducido), el art. 5.4 bajo la rúbrica de *"Complemento personal de antigüedad"* disponía lo que sigue:

*"5.1. 1. Se establece un complemento personal de antigüedad a percibir en 14 pagas (doce mensualidades más las dos pagas extras de verano y navidad). El importe anual de este complemento por escalones figura en el AneXo X.*

*5.4.2.- El número máximo de trienios y quinquenios que podrá acumular cada persona será de dos trienios y 4 quinquenios.*

*5.4.3.-El personal que ascienda de nivel a partir del 01:01.94 seguirá percibiendo dentro del complemento personal de antigüedad la cantidad que por sobrante antiguo de fondo le corresponda en dicha fecha en el nivel de origen a la que aplicarán los incrementos generales pactados. El importe de los trienios y de los quinquenios serán los correspondientes al nuevo escalón de calificación.*

*5.4.4.-Este nuevo complemento se aplicará desde el 01.01.94.*

*5.4.5.- El personal que ingrese en la fábrica a partir del 01.01.1995 no percibirá el complemento personal de antigüedad ni devengará trienios ni quinquenios"*.

5º.- Las sucesivas normas convencionales publicadas en el BOP de Huelva el 26.09.98 y 20.04.02 -por reproducidas- transcribieron el art. 5.4 en los términos literales del Hecho anterior.

6º.- El convenio colectivo vigente desde el 01.01.06 al 31.12.12 (BOP de 31.05.07), que damos por reproducido, en la Sección Segunda, bajo la rúbrica *"Estructura Salarial"* disponía:



"Artículo. 24.- Salario base.- Es la retribución anual asignada a cada trabajador por la realización de su jornada ordinaria de trabajo. Se determina un salario base por cada escalón relacionado con el Anexo VI, que se distribuirá en 12 mensualidades ordinarias y dos extraordinarias, que se abonarán los meses de julio y diciembre, proporcionalmente al tiempo efectivo trabajado".

En la Sección 3 se determinan los complementos salariales siendo éstos:

-Complemento salarial I: los valores del complemento salarial I figuraban para cada escalón correspondiente en el Anexo VI y se devengaría en 14 pagas anuales ( 12 ordinarias y 2 extraordinarias). Este complemento se tendría en cuenta a los efectos de la base de cálculo de las aportaciones al plan de pensiones y el seguro de vida y accidentes.

-Complemento salarial II: los valores del complemento salarial II figuraban para cada escalón correspondiente en el Anexo VI y se devengaría en 14 pagas anuales ( 12 ordinarias y 2 extraordinarias). Este complemento se tendría en cuenta a los efectos de la base de cálculo de las aportaciones al plan de pensiones y el seguro de vida y accidentes.

-Complemento salarial III: Se procedería dotar al mencionado complemento para cada escalafón retributivo con el importe que se derivase de, aplicar el porcentaje que se detallaba en una tabla a la cuantía de prima de producción percibida en el año anterior. Se devengaba en 14 pagas anuales (12 ordinarias y 2 extraordinarias).

Desde el 01.01.07 este complemento salarial se incrementaría en un 2,4 % anual sin revisión alguna. Al importe resultante se le añadiría la cuantía derivada de aplicar el porcentaje correspondiente al siguiente año y así sucesivamente durante los restantes años de vigencia. Este complemento III no se tendría en cuenta a los efectos de la base de cálculo de las aportaciones al plan de pensiones y el seguro de vida y accidentes. Dentro del marco retributivo, el convenio regulaba complementos de puesto de trabajo (art 27), complementos por calidad - cantidad de trabajo (art 28) y primas de producción (art 32), entre otros. Se cierra el convenio colectivo con el Anexo XIV en la que se establece la "*cuantía individualizado de complemento ad personam*" relacionando los trabajadores que la vendrían percibiendo y entre los que no se encuentra la parte actora.

7º.- Las retribuciones del actor del 30.11.13 hasta el 31.10.14, son las que se detallan en las nóminas a los folios 43 y ss que damos por reproducidas. En las mismas se contemplaban salario base, complemento salarial I, complemento salarial II y complemento salarial III, prima de producción y turno. Al margen se abonaban las correspondientes pagas extras.

8º.- El 04.12.13 los representantes de los trabajadores de Huelva y la Dirección de la Empresa suscribieron "*Acta de Acuerdo entre la Dirección y el Comité de Empresa relativa a las Modificaciones Aplicables al Convenio Colectivo del centro de Operaciones de Huelva 2006-2012, a partir del 01.01.13 y hasta el 31.12.13*", publicada en el BOP nº 24, de 05.12.14 acordándose "*mantener el articulado del Convenio Colectivo 2006-2012 en todos sus términos, condiciones y cuantías a 31.12.13, modificándose los artículos 4 , 14.2 , 25.3 , y 26.1 en lo relativo a la bolsa de vacaciones, 27.b), 28 en lo relativo a la regulación de horas extraordinarias y llamadas imprevistas, 29, 30, 31 y 31 del convenio colectivo vigente ...*" manteniéndose la ultraactividad del convenio colectivo del centro de operaciones de Huelva para la negociación de los años 2014 y siguientes hasta el 30.10.14 de conformidad con lo acordado por las partes en el acuerdo segundo del acta de .04.09.13.

9º.- El 03.03.14 el demandante comunicó a la empresa mediante escrito folio 41, (por reproducido) que, con efectos de la fecha de la misiva, dimitía de su condición de miembro de Comité de Empresa, condición que hasta entonces había ostentado. El 08.05.14 la Delegación Sindical de la empresa por CCOO comunicó al Departamento de RRHH de Ence -folio 42, por reproducido- que el actor renunció a su puesto como miembro del Comité de Empresa, siendo sustituido por Da Mónica , siguiendo el orden de la lista de la elecciones últimas.

10º.- El 19.09.14 se constituyó la Comisión Negociadora y se inició período de consultas para el procedimiento de despido colectivo, de modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y suspensión temporal de contratos de trabajo en ENCE Energía y Celulosa S.A. que finalizó con Acuerdo de 19.10.14 (folios 181 y ss, por reproducidos). En dicho Acuerdo se establecía en su cláusula 4 que: "*A efectos indemnizatorios la empresa se compromete a analizar las fechas de ingreso en la empresa de cada trabajador y reconocerá aquellas en las que acredite una prestación de servicios procediendo sumarse todos los períodos que haya estado trabajando para la empresa como cómputo de antigüedad*".

11º.- El 21.10.14 el actor recibió comunicación escrita de la demandada en la que se le informaba de lo que sigue:

"En Huelva, a 21 de octubre de 2014.



Como usted conoce ENCE Energía y Celulosa SA (la empresa) se ha visto obligada a iniciar un proceso, de reestructuración el cual conlleva medidas de despido colectivo, de modificación de condiciones de trabajo de movilidad geográfica y de suspensión temporal de los contratos de trabajo.

En este marco, la empresa ha planteado un plan de recolocación interna al objeto de poder aprovechar aquellos puestos (de otros centros y actividades) donde si se puede tener necesidades que de este modo pueda recolocar al mayor número de empleados. De este modo siendo en su caso el acceso al plan de recolocación voluntario, por medio de la presente le informamos:

-Que al objeto de que usted pueda evaluar y, en su caso, optar a los puestos incluidos en el plan de recolocación interna, se anexa a la presente' comunicación un listado con los puestos que la compañía ofrece así como el cuadro que recoge las condiciones de trabajo para cada puesto. No obstante lo anterior, puede haber puestos no disponibles por haber sido objeto de asignación a alguno de los colectivo de derecho preferente de empleo.

-Que para que el procedimiento de adjudicación de las vacantes sea transparente, objetivo y ágil, la empresa cuenta con la colaboración de Randstad, consultoría de recursos humanos experta en procesos de recolocación interna. Randstad ha habilitado en su oficina localizada en ... un punto de atención a los empleados de la empresa (PAE) en el que le podrán facilitar toda información adicional sobre los puestos y condiciones de los mismos. En caso de querer optar por cualquiera de los puestos ofertados deberá comunicarlo por escrito al departamento de capital humano dentro de un plazo improrrogable que finalizará a las 24 horas del día 24.10.14. Una vez recibidas todas las solicitudes, la empresa con el asesoramiento de Randstad decidirá sobre la adjudicación de las vacantes. Para tal fin se tendrá en cuenta el perfil profesional de cada candidato valorándose especialmente aquellas candidaturas que cumplan el requisito de formación requerida para el puesto a desempeñar o que requieran de un menor plazo de reciclaje. Asimismo, se valorará la experiencia en puestos similares y la capacidad de aprendizaje y situaciones especiales. Dicha decisión se comunicará a cada solicitante durante los días 27 y 28 de octubre. Al estar usted incluido como afectado por el despido colectivo en el caso de que no realice solicitud alguna o en caso de no ser seleccionado para los puestos que voluntariamente usted solicite, se tramitará la extinción de su contrato de trabajo en el marco del despido colectivo. Se adjunta acta d acuerdo con la representación legal de los trabajadores que incluye la medida compensatorias que se aplicarán..."

12º.- El 23.10.14 la demandada ENCE entregó al actor una misiva en los términos siguientes:

"Por la presente le comunicamos que el plazo indicábamos en el burofax que le hemos emitido en el día de hoy y a fin de que disponga de 72 horas se amplía en 24 horas por lo cual vd. tiene un plazo improrrogable para optar a cualquiera de los puestos que la compañía oferta dentro del plan de recolocación que finalizaría a las 24 horas del día 25.10.14".

13º.- El 23.10.14 el actor dirigió por escrito a la demandada la siguiente comunicación:

"D. Ruperto , con DNI NUM000 mediante el presente documento y dentro de las 72 horas siguientes a la comunicación de mi empleadora ENCE Celulosa y Energía SA manifiesto mi voluntad de acogerme a la medida de extinción indemnizada que me ha sido ofrecida por la misma mediante comunicación de fecha 21.10.14. Por todo lo anterior y en base a la oferta realizada por la empresa en el proceso de reestructuración instado, solicito percibir las indemnizaciones propuestas. Todo ello, sin perjuicio de mi liquidación y finiquito. Y para que sí conste en prueba de mi conformidad en Huelva a 23.10.14".

14º.- El 04.11.14 el actor recibió carta de despido -a los folios 4 y ss que damos por reproducidos- en la que se le informaba, entre otros aspectos, los siguiente:

"Efectividad de la medida: Como se ha dicho, la presente medida se le notifica de forma inmediata y la extinción de su contrato será efectiva desde el 04.11.14. De conformidad con el acuerdo alcanzado por la comisión negociadora en el período de consultas de despido colectivo tramitado, le corresponde percibir una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios antes del 12.02.12 y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior hasta la fecha de efectos de la extinción. En cualquier caso, la indemnización no podrá ser superior a 720 días de salario salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior a 12.02.12 resultase un número de días superior. En dicho casos aplicará éste como importe indemnizatorio máximo sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades. En relación con lo anterior se pone a su disposición una indemnización por despido equivalente a 93.934,69 euros. Para el cálculo de la misma se ha tenido en cuenta una antigüedad en esta empresa desde el 21.12.00. No obstante, en aplicación del punto cuarto del acuerdo de 19.10.14 se le reconoce a efectos indemnizatorios un total de 2273 días adicionales. Dicho pago se ha hecho efectivo mediante transferencia bancaria ordenada con fecha de 03.11.14 a la cuenta en la que se le abona su nómina mensual..."

15º.- El 04.11.14 el demandante suscribió documento con el siguiente tenor literal:





"D. Ruperto , que causa baja en la empresa por despido colectivo con fecha de 04.11.14, declara que recibe por medio de transferencia bancaria a la cuenta (...) la cantidad de 98.241,32 euros cantidad que corresponde al desglose que se indica a continuación:

- Indemnización ad 51, 53 y 56 ET: 93.934,69 euros.

- Liquidación de haberes a 04.11.14. 4.306,63 euros netos.

Todo ello, según recibo de haberes adjunto que firmado el recibí forma parte del presente documento. Con el percibo de las cantidades mencionadas D. Ruperto declara que su relación laboral con Ence Energía y Celulosa SA (la empresa) queda totalmente saldada y finiquitada no teniendo nada más que pedir ni reclamar a esta empresa, por ningún concepto de naturaleza indemnizatoria o de cualquier otro tipo incluyendo a mero título enunciativo, retribuciones variables, beneficios sociales, mejoras voluntarias o compensaciones de cualquier naturaleza (...)."

16º.- El actor firmó e insertó de manera manuscrita en el documento a que se hace referencia en el hecho anterior: "No conforme", recibiendo una nómina de 04.11.14 (por reproducida) que también suscribió con su firma y expresó: "no conforme".

17º.- Ence Energía y Celulosa S.A. a fecha 19.09.14 contaba con una plantilla total de 722 trabajadores y disponía de los siguientes puestos de trabajo:

-Asturias oficinas: 13 empleados

-Huelva, centro de operaciones: 250 empleados

-Huelva oficinas: 60 empleados

-Pontevedra, complejo industrial: 220 empleados

-Madrid oficinas: 77 empleados

-Huelva, planta de procesamiento de 50MW, en las instalaciones del complejo industrial onubense: 13 empleados.

18º.- El 28.11.14 el actor formuló papeleta de conciliación ante el CMAC por despido celebrándose el acto sin avenencia el 12.12.14. La demanda que encabeza estos autos se interpuso el pasado 16.12.14".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), dictó sentencia con fecha 7 de marzo de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el letrado Don Lorenzo López Aparicio, en nombre y representación de Don Ruperto , contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social número 2 de Huelva, recaída en autos nº 1264/2014 sobre despido promovidos por dicho recurrente contra ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A., revocamos dicha sentencia dejándola sin valor ni efecto alguno. En su lugar, y con estimación de la demanda, condenamos a la demandada ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A. a que pague al recurrente don Ruperto la suma de dieciséis mil quinientos cuarenta y dos euros y cuarenta y tres céntimos (16.542,43 por la diferencia en la cuantía de la indemnización debida a la extinción de la relación laboral. Sin costas".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Navarro Serrano, en representación de la empresa ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A. (ENCE), mediante escrito de 8 de mayo de 2018, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 23 de noviembre de 2017. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 14 y 24 CE.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

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

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 1 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Términos del debate.**



En el marco de un litigio sobre despido, ahora se discute si la estructura salarial de la empresa contiene una doble escala salarial ilícita. En concreto, un trato diverso proyectado sobre el complemento personal de antigüedad, que conllevaría diferencias salariales con repercusión, entre otros extremos, en la indemnización por despido individual procedente de despido colectivo; todo ello, simplemente como consecuencia de la diversa fecha de ingreso en la empresa.

Vaya por delante que asuntos similares al presente han sido ya resueltos por las SSTS 167/2019 de 5 marzo (rec. 1468/2018), 169/2019 de 5 marzo (rec. 2174/2018) y 224/2019 de 18 marzo (rec. 1393/2018). Además, en la misma fecha que el presente hemos deliberado, y resuelto de manera similar, los recursos 2092/2018, 3071/2018, 3138/2018, 3458/2018 y 4013/2018..

### **1. Hechos relevantes.**

Reproducido íntegramente ya el relato de hechos elaborado en la instancia, que ha permanecido inalterado tras sentencia de segundo grado, para centrar el debate basta con recordar unos datos básicos del mismo.

El actor presta servicios por cuenta de la demandada por virtud de un contrato de trabajo suscrito el 21 de diciembre de 2000.

El Convenio Colectivo de la empresa vigente entre los años 1992 a 1996 regula un complemento personal de antigüedad, siendo transcrito dicho precepto en los sucesivos Convenios. En el artículo 5 del Convenio Colectivo se establecía que el nuevo complemento se aplicaba desde el 1 de enero de 1994 y que el personal que ingresara en la fábrica a partir del 1 de enero de 1995 no percibiría el complemento personal de antigüedad ni devengaría trienios ni quinquenios.

En el contexto de un proceso de reestructuración de la empresa, al trabajador se le ofreció la posibilidad de optar a los puestos incluidos en un plan de recolocación, manifestando el mismo su voluntad de acogerse a la medida de extinción. El trabajador, siin embargo, se manifestó disconforme con la cuantía de la indemnización, por entender que la percepción del complemento de antigüedad únicamente por los trabajadores ingresados en la empresa con anterioridad al 1 de enero de 1995 contraviene el art. 14 CE, desconociendo el principio de igualdad.

### **2. Sentencias recaídas en el procedimiento.**

A) Al discrepar del monto de la indemnización recibida, el trabajador presenta demanda de despido.

Reclama un incremento de la indemnización más una aportación concreta al plan de pensiones, por haber sido despedido el 4 de noviembre de 2014 en el marco de un despido colectivo acordado por la empresa Ence Energía y Celulosa SA. Pretende que se incluya a efectos indemnizatorios, en la cuantificación del salario, un complemento personal -que nunca anteriormente había percibido- por el concepto de antigüedad en la empresa.

B) Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva desestima íntegramente la demanda (proc. 1264/2014), rechazando las excepciones de inadecuación de procedimiento y de prescripción.

Tras poner de relieve que no se cuestiona la calificación del despido, sino tan solo su consecuencia indemnizatoria niega que el salario a efectos indemnizatorios comprenda una cantidad que no se ha percibido ni en el último año ni en los precedentes pues ello atenta a la seguridad jurídica.

Con base en jurisprudencia ordinaria y constitucional, descarta asimismo la vulneración del art. 14 CE. No estamos ante un trato discriminatorio, sino ante una estructura retributiva especial que posee justificación objetiva y razonable, siendo lógica consecuencia de la homogeneización de funciones profesionales.

C) Mediante su sentencia 821/2018 de 7 de marzo la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador (rec. 1024/2017). Revoca la sentencia de instancia, estima la demanda y condena a la empresa a abonar al recurrente 16.542, 43 € por la diferencia en la cuantía de la indemnización por despido.

La sentencia rechaza la rectificación de hechos interesada, así como las alegaciones de la impugnación al recurso sobre defecto en el modo de proponer la demanda e inadecuación de procedimiento (recordando criterio jurisprudencial sobre pertinencia de acudir a la modalidad de despido cuando se cuestiona uno de los parámetros de la indemnización).

Respecto de la denunciada doble escala, examina jurisprudencia constitucional y ordinaria para concluir que en el caso no hay solo consolidación y mantenimiento de condiciones previas, sino establecimiento de una mejora



salarial revalorizable y tomada en cuenta para diversos efectos (complemento por incapacidad temporal, aportación a Plan de pensiones, paga Cash Flow).

### 3. Recurso de casación unificadora.

Disconforme con la decisión del TSJ, con fecha 28 de mayo de 2018 el Abogado y representante de la empresa formaliza su recurso de casación para la unificación de doctrina.

Considera que la sentencia abandona injustificadamente el criterio previamente mantenido por diversas sentencias del mismo Tribunal, por lo que concurre una discriminación en la aplicación de las leyes. El único motivo del recurso denuncia la "vulneración de los arts 14 y 24 de la Constitución Española y de la jurisprudencia que los desarrolla e interpreta", sosteniéndose, en resumen, que "la estructura salarial de la empresa no es doble ni discriminatoria sino igual para todos los trabajadores, no existiendo, por tanto, un sistema de doble escala salarial".

Solicita que declaremos acertada la doctrina de la sentencia referencial. Además, subsidiariamente interesa que declaremos la nulidad de actuaciones y se dicte nueva sentencia por el TSJ, ya que la recurrida abandona de manera injustificada el criterio previamente acogido por el mismo Tribunal.

### 4. Impugnación del recurso e Informe del Ministerio Fiscal.

A) Con fecha 20 de diciembre de 2018, representado por Procurador y asistido por Abogado, el trabajador impugna el recurso de casación de la empresa.

Argumenta que el convenio colectivo aplicado perpetúa las diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa y que ello colisiona con el art. 14 CE, por lo que la doctrina acertada no puede estar en la sentencia referencial.

B) Con fecha 17 de enero de 2019 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS.

Considera que el planteamiento empresarial, enfocando el asunto desde la perspectiva de la injustificada desigualdad en la aplicación de la norma aboca a que quiebre la preceptiva identidad con la sentencia de contraste. De forma subsidiaria considera que la doctrina correcta se halla en la sentencia de contraste.

### 5. Tenor de la regulación convencional.

Para un desarrollo más ágil de la posterior exposición, interesa recordar los términos en que el convenio colectivo aplicable se refiere a la antigüedad.

A) El convenio colectivo que rigió las relaciones laborales de Ence y sus empleados durante el período de 01-01-1992 al 31-12-1996 (BOP 19-05-95), en su art. 5.4, bajo la rúbrica de " *Complemento personal de antigüedad*", disponía lo que sigue:

" 5.4.1. Se establece un complemento personal de antigüedad a percibir en 14 pagas (doce mensualidades más las dos pagas extras de verano y navidad). El importe anual de este complemento por escalones figura en el Anexo X.

5.4.2.-El número máximo de trienios y quinquenios que podrá acumular cada persona será de dos trienios y 4 quinquenios.

5.4.3.-El personal que ascienda de nivel a partir del 01.01.94 seguirá percibiendo dentro del complemento personal de antigüedad la cantidad que por sobrante antiguo de fondo le corresponda en dicha fecha en el nivel de origen a la que aplicarán los incrementos generales pactados. El importe de los trienios y de los quinquenios serán los correspondientes al nuevo escalón de calificación.

5.4.4.-Este nuevo complemento se aplicará desde el 01.01.94.

5.4.5.-El personal que ingrese en la fábrica a partir del. 01.01,1995 no percibirá el complemento personal de antigüedad ni devengará trienios ni quinquenios".

B) En las sucesivas normas convencionales publicadas en el BOP de 26-09-1998 (vigente del 01-01-97 al 31-12-2000) y 20-04-2002 (vigente del 01-01-2001 al 31-12-2005) se transcribió el antes referido art. 5.4 del convenio colectivo publicado en el BOP 19-05-95; y en los dos posteriores citados convenios, en su art. 1.4°, se estableció que " *las estipulaciones de este convenio revocan y sustituyen a cuantas en tales materias se hayan establecido y estén vigentes en la fecha de su entrada en vigor, quedando subsistentes, por consiguiente, todo cuanto sea objeto expreso del presente pacto laboral y todos los derechos que adquiridos a título personal por cada uno de los trabajadores, están reconocidos como tales a la firma de este Convenio*".



C) En el convenio colectivo vigente desde el 01-01-2006 al 31-12-2012 (BOP 31-05-2007), -- en el que ya no figura el denominado " *Complemento personal de antigüedad*" creado en el convenio publicado en fecha 19-05-1995 y reproducido en los publicados en fechas 26-09-1998 y 20-04-2002 --, se establecía, entre otros extremos, que " *El presente Convenio quedará tácitamente prorrogado por años naturales, al finalizar el período de vigencia indicado en el punto 2 de este artículo, si no mediare denuncia expresa de una u otra parte que, en su caso, deberá ejercitarla con una duración mínima de tres meses*" (art. 4.3).

Respecto a compensación y absorción se dispone que " *Las estipulaciones de este Convenio Colectivo revocan y sustituyen a cualquiera otra u otras que se hubieran establecido en el pasado estuvieran o no vigentes a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio.- Lo anteriormente mencionado no es de aplicación para aquellos derechos adquiridos por los trabajadores, reconocidos a título personal, que permanecerán inalterables en las condiciones pactadas individual o colectivamente*".

Su Anexo XIV (" *cuantía individualizada de complemento ad-personam*") recoge de manera nominal (incluyendo el DNI de aquellos trabajadores que tienen derecho) el importe separado del " *complemento ad personam*" en concepto de " *antig. (2,4%)*" y en concepto de " *% Antig. S. Vida*". Dispone que la revisión salarial anual de este concepto, desde el 2006 al 2012, ambos inclusive, sería de un 2,4% cada año. Y establece que " *El 10 de Enero de cada año de vigencia del Convenio se procederá a una subida a cuenta de un 2,4 € en este importe individual aquí reflejado ... Una vez conocido el IPC real del año correspondiente, y en el caso de ser superior al pactado, se procederá; con efecto del 1 de enero de dicho año, a revisar el concepto por la diferencia existente entre el incremento anual aplicado según la tabla anterior y el IPC real correspondiente para ese año más el 1%.- Si por el contrario, el IPC real resultara inferior al 1,4 % no se procederá a revisión alguna, consolidándose el incremento a cuenta pactado.- Las revisiones salariales referidas se entenderán siempre, con carácter retroactivo, al 1 de Enero del año al que hagan referencia.- Se entiende por IPC Real el índice de Precios al Consumo (IPC establecido por el INE, registrado al 31 de Diciembre de cada año.- Este importe individualizado será tenido en cuenta para el cálculo de la prestación complementaria en situación de incapacidad temporal.- Asimismo, su importe será tenido en cuenta para el cálculo de la aportación al Plan de pensiones ...- Por lo que respecta al cálculo del capital a asegurar en la Póliza de Seguro de Vida y accidentes, sólo será tenido en cuenta el porcentaje de este importe que se detalla para cada trabajador aquí indicado.- En caso de que un trabajador ascienda de nivel, la mencionada cuantía se verá incrementada por el porcentaje que corresponda hasta llegar a su nuevo nivel, según se detalla en la tabla adjunta- Crecimientos antigüedad por cambio de nivel ..."*.

## **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.**

Por constituir un requisito de orden público procesal, además de por haberse cuestionado razonadamente en el Informe de la Fiscalía, debemos comprobar que las sentencias opuestas son contradictorias en los términos que el legislador prescribe.

### **1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .**

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

### **2. Sentencia referencial.**

Para acreditar la contradicción, la recurrente aporta como sentencia de contraste la 3447/2017, de 23 de noviembre de 2017, dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla).

La demanda postulaba el reconocimiento de un mayor salario regulador derivado de la aplicación del complemento personal de antigüedad no abonado por el empresario por no venir previsto en el convenio colectivo de centro de trabajo para los trabajadores con ingreso posterior al 1 de enero de 1995, el caso del trabajador demandante ingresado en el año 2005.





La sentencia desestima el recurso de suplicación presentado por el trabajador y confirma la de instancia, que no había atendido la demanda de incremento de la indemnización por despido individual producto de un despido colectivo.

Para la sentencia de contraste no hay doble escala salarial ilícita porque la justificación de la diferencia de trato en materia de complemento personal de antigüedad responde al mantenimiento de la situación de los trabajadores que venían obligatoriamente percibiendo el complemento de antigüedad antes de que la reforma laboral de 1994 suprimiera la obligatoriedad del mismo.

### 3. Doctrina precedente.

Al igual que hemos entendido en asuntos sustancialmente iguales al presente en el que, con la misma sentencia de contraste, la mercantil recurrió una sentencia relativa a otro empleado, consideramos que concurre el requisito de la contradicción del artículo 219.1 LRJS.

Hay coincidencia sustancial en los hechos: despidos individuales producto de un mismo despido colectivo con acuerdo de fecha 19 de octubre de 2014, excluyendo del salario regulador a efectos de la indemnización por despido el complemento personal de antigüedad, suprimido por la negociación colectiva para los trabajadores contratados a partir del 1 de enero de 1995, habiendo ingresado ambos trabajadores despedidos en años posteriores (2000 y 2005).

También concurre la preceptiva similitud en los fundamentos: existencia o no de doble escala salarial ilícita, por posible contravención del principio constitucional de igualdad de trato, proyectada sobre el complemento personal de antigüedad e introducida por la negociación colectiva de centro de trabajo en función de la contratación laboral antes o después del 1 de enero de 1995.

Y lo mismo cabe apreciar respecto de las pretensiones: inclusión en el salario regulador a efectos de la indemnización por despido del importe del complemento personal de antigüedad que se debería haber abonado por el empresario de no existir la doble escala salarial ilícita ya mencionada.

Pese a todo ello las sentencias comparadas llegan a fallos distintos, considerando la sentencia recurrida la existencia de una doble escala salarial ilícita, con el consiguiente incremento del salario regulador y de la indemnización por despido, y no así la sentencia de contraste.

Es verdad, como advierte el Ministerio Fiscal, que la empresa recurrente debía haber aportado una sentencia de contraste en la que se censurase el cambio injustificado del precedente criterio, pero también es cierto que tal pretensión no es desarrollada con carácter único, sino subsidiario. Por tanto, ausente la contradicción respecto de ella, lo que procede es examinar la pretensión principal y entrar a conocer de la cuestión de fondo planteada en el recurso de casación interpuesto por la empresa.

### TERCERO.- La doble escala salarial.

Las sentencias enfrentadas, y obviamente nuestra solución, basan su respecto pronunciamiento en el tenor de la jurisprudencia sobre la llamada doble escala salarial, es decir, la existencia de niveles retributivos diferenciados como consecuencia de la diversa fecha de ingreso en una empresa o sector productivo. Resulta imprescindible, por tanto, recordar sus trazos básicos.

#### 1. Jurisprudencia comunitaria.

La STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan, aborda la cuestión suscitada por un par de docentes irlandeses incorporados después de 1 de enero de 2011, con retribuciones inferiores (un 10%) a las percibidas por quienes ingresaron antes, como consecuencia de haberse dispuesto expresamente así mediante Circular aprobada por el correspondiente Ministerio; además, se integran en el primer escalón retributivo, mientras que los ingresados antes de esa fecha accedieron al escalón 2 o 3.

Respondiendo a la petición de decisión prejudicial planteada por el *Labour Court* (Órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de Seguridad Social, Irlanda), la sentencia considera que para el Derecho de la UE no hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente que ha ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado al de igual categoría. Primero, porque el objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años; segundo, porque la norma cuestionada adopta un "criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro".

#### 2. Jurisprudencia constitucional.



La jurisprudencia constitucional ha abordado el problema de la denominada doble escala salarial en relación con el principio constitucional de igualdad ex art. 14 CE en diversas ocasiones. Entre otras, las SSTC 119/2002 de 20 mayo; STC 27/2004, de 4 de marzo y 112/2017 de 16 octubre se ocupan del tema en los siguientes términos:

Una de las cuestiones que puede causar la eventual vulneración del principio de igualdad dentro del ámbito de la negociación colectiva es la que tiene que ver con el desarrollo normativo de las retribuciones de los trabajadores, que figuren en el convenio colectivo suscrito entre la entidad empresarial y los sindicatos representantes de aquéllos.

El sistema normal de fijación del salario y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE. Mas, un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad ( art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los Poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas ( art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del salario asegurando los valores de justicia e igualdad que den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1 CE.

El principio de igualdad implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales, que mencionadas concretamente unas ... y aludidas otras en la genérica fórmula con la que se cierra el art. 14, son susceptibles de generar situaciones de discriminación.

Así pues, cuando, fruto de la negociación colectiva, quede recogido en el convenio correspondiente un diferente tratamiento salarial para los trabajadores de su ámbito de aplicación, tal circunstancia puede generar una desigualdad de trato entre aquéllos, que resulte peyorativa para unos respecto de otros. Estaremos en presencia, entonces, de lo que se conoce como "doble escala salarial", cuya introducción puede reportar un trato diferenciado y desigual, si no atiende a una justificación objetiva y razonable, y si la diferencia retributiva no es proporcional al tipo de actividad laboral desempeñada por unos o por otros dentro del ámbito de cobertura del convenio.

La distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo.

Tras la desregulación que llevó a cabo la Ley 11/1994, de 19 de mayo, del que hasta entonces era un derecho a la promoción económica de carácter necesario, que ha pasado a ser dispositivo para las partes negociadoras, pueden incluso respetarse tan sólo los derechos ya causados bajo el convenio anterior o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente por los antiguos trabajadores ( art. 25.2 del vigente texto refundido del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre). Sin embargo nada excusa la necesidad de que en el nuevo convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa.

A lo expuesto han de agregarse otras dos consideraciones: De una parte, para que la diferencia salarial fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad es necesario que, en el seno del convenio, se introduzca algún tipo de compromiso empresarial que conlleve una "contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE"; y, de otro lado, que "con base en pautas de compensación o reequilibrio, determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva.

En suma: para que la diferencia salarial fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad es necesario: 1º) Que el convenio introduzca algún tipo de compromiso empresarial que conlleve una contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE. 2º) Que con base en pautas de compensación o reequilibrio, determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva.



### 3. Jurisprudencia social.

A) La jurisprudencia de esta Sala sobre la doble escala salarial, se sintetiza, entre otras, en las SSTS 17 junio 2010 (rec. 148/2009); 18 junio 2010 (rec. 152/2009); 10 noviembre 2010 (rec. 140/2009); 21 octubre 2014 (rec. 308/2013); 14 febrero 2017 (rec. 43/2016); 9 marzo 2017 (rec. 135/2016); 20 de abril de 2017 (rcud 145/2016); 28 noviembre 2018 (rec. 193/2015). Sin perjuicio de los matices de cada caso, toda ella veta la posibilidad de que el convenio colectivo establezca diferencias retributivas entre los trabajadores por la sola y única circunstancia de su fecha de ingreso en la empresa. El desconocimiento del tal prohibición arrastra la nulidad de las dobles escalas salariales que puedan establecerse en función exclusiva de esa particularidad, salvo que tengan una justificación objetiva, razonable y proporcional; está en juego el principio de igualdad que consagra el art. 14 CE.

B) En los fundamentos jurídicos de tales sentencias puede encontrarse el siguiente desarrollo:

En el ámbito de las relaciones privadas en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad con independencia de que el Convenio Colectivo, como fuente reguladora de la relación laboral, según el art. 3 del ET, tiene que someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la Ley y de los reglamentos, respetando en todo caso los principios y los derechos constitucionales.

Si bien la igualdad de trato no cabe en dicho ámbito en sentido absoluto, pues la eficacia en el mismo del principio de autonomía de la voluntad, deja margen a que por acuerdo privado o por decisión del empresario unilateral en el ejercicio de los poderes de organización de la empresa, pueda libremente disponer la retribución del trabajador imputando los mínimos legales o convencionales, en la medida que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas en la Constitución ó ET.

Pese a ello, no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, "a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación".

Si bien es verdad que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, modificó el art. 25 del ET, en cuanto al premio de antigüedad, dejando de ser su retribución un derecho necesario, para pasar a ser un "derecho a la promoción económica en los términos fijados en el convenio colectivo o contrato individual", no era menos cierto que el Convenio Colectivo impugnado pudo, al amparo del art. 25 citado, suprimir el complemento de antigüedad para todos los trabajadores o, incluso, respetar tan sólo los derechos adquiridos hasta su entrada en vigor, pero lo que no resulta aceptable es que el convenio colectivo mantenga el premio de antigüedad y lo establezca para el futuro en cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores, y lo haga exclusivamente en función de que la fecha de su ingreso en la empresa como fijos sea anterior o posterior al 31 de mayo de 1995".

Tampoco es asumible el argumento de que el convenio ha previsto ciertas medidas de fomento de empleo, para justificar el trato diferenciado a los grupos de los trabajadores pues, como declaró la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1997, para que la diferencia o desigualdad sea constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos, juicio de proporcionalidad que en este caso concreto no se logra.

C) En resumen, los postulados de nuestra doctrina en casos como el ahora examinado, son los siguientes:

La doble escala salarial cuando se establece por un convenio colectivo estatutario, que, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos privados o las decisiones empresariales ( STC 34/1984), es un instrumento de regulación que se inserta en el ordenamiento jurídico, conculca el principio constitucional de igualdad, si la diferencia de trato que se establece no tiene una justificación objetiva y razonable.

Esa justificación podría estar constituida por la garantía de los derechos adquiridos para los trabajadores que, de acuerdo con el régimen convencional aplicable con anterioridad, tuvieran reconocidos o en curso de reconocimiento los correspondientes conceptos.



Sin embargo, esa garantía de los derechos adquiridos no se concibe de forma dinámica, como mantenimiento de un régimen jurídico que puede determinar la aplicación en el tiempo de cantidades variables o actualizadas, sino que de forma estática, que tiene que limitarse a conservar los derechos ya reconocidos a los trabajadores en el momento en que se produce el cambio normativo, sin que se establezcan "dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro".

D) Por tanto, no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación.

E) A la vista de todo ello hemos podido afirmar también que "tratándose de un premio por antigüedad, que en principio debe alcanzar teóricamente a todos en función del tiempo de permanencia en la empresa, no se comprende que desaparezca para los contratados a partir de una determinada fecha sin vulnerar con ello el principio de igualdad constitucionalmente consagrado en el Título I de la Norma Suprema relativo a los derechos y deberes fundamentales".

Del mismo modo hemos resuelto otro litigio sosteniendo que "cabría admitir que a quienes ingresaron antes se les reconozca un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que, a partir de ese día, cobrasen igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, pero lo que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que generan otros trabajando el mismo número de años". Pero "es rechazable una cláusula de diferenciación que no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que insta, sin que -se insista- conste justificación, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados por tanto a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa".

F) No menos importante es la conclusión relativa a la carga probatoria cuando se cuestiona la validez de una doble escala: "es la empresa la que ha de acreditar que en el momento actual siguen concurriendo circunstancias que justifiquen adecuadamente el mantenimiento de esa desigualdad retributiva en razón de la fecha de ingreso, lo que en modo alguno se ha conseguido, ni, como ya hemos dicho, es bastante a tal efecto la mera y genérica invocación a una política de mantenimiento del empleo que se no se plasma en datos y actuaciones concretas, específicas y singulares que pudieren servir de causa para mantener una diferencia retributiva que resulta por ello contraria al derecho a la igualdad, art. 14 CE y 17 ET".

#### 4. Recapitulación.

Tanto la jurisprudencia constitucional cuanto la de esta Sala vienen considerando que la doble escala por razones temporales, incluso sin anudarse a cualquier otra circunstancia personal (como la edad, la afiliación sindical o el género) es incompatible con las exigencias del principio de igualdad.

La expuesta STJUE de 14 febrero de 2019 (enlazando con lo resuelto por STJUE 22 diciembre 2008, C-443/07, Centeno Mediavilla, respecto de función pública eurocomunitaria) analiza la cuestión desde la perspectiva de la discriminación. En concreto, de la producida por razón de edad, ante la presunción aducida de que quienes ingresen últimamente son los menores, y llega a conclusión contraria (pues la minoración se sufre con independencia de la mayor o menor edad, de igual modo que el mejor salario se conserva prescindiendo de tal dato). Sin embargo, eso no significa que sea preciso revisar la doctrina nacional que hemos expuesto.

Primero, porque se trata de conclusiones alcanzadas desde perspectivas diversas. Igualdad y no discriminación son caras de la misma moneda, pero poseen perfiles propios.

Segundo, porque, aunque su valoración pueda realizarse desde premisas algo diversas a las que usualmente asumimos en nuestras decisiones, también el TJUE exige una justificación objetiva y razonable para validar el doble nivel remunerador en cuestión.

Tercero, y muy importante, porque la propia Directiva en que el TJUE basa su doctrina acoge el habitual principio de norma mínima y permite una visión más protectora para quienes trabajan. Su artículo 8º, en efecto, dispone lo siguiente:

1. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva.





2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma.

#### **CUARTO.- Doctrina sentada en casos precedentes.**

Considerando que sigue siendo por completo válida la expuesta construcción sobre dobles escalas retributivas, debemos abordar frontalmente la solución al caso examinado. No otra que la ya acogida en, al menos, tres ocasiones.

Supuestos del todo iguales al presente (litigios en la misma Compañía, cuestionando la doble escala, con recurso unificador de la empresa e invocando la misma sentencia referencial) han sido ya resueltos por las SSTs 167/2019 de 5 marzo (rec. 1468/2018), 169/2019 de 5 marzo (rec. 2174/2018) y 224/2019 de 18 marzo (rec. 1393/2018). Puesto que elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la norma inclinan a trasladar aquí la misma solución, debemos recordar sus términos y fundamentos.

#### **1. SSTs 167 y 169/2019 de 5 marzo (rec. 1468 y 2074/2018 ).**

Las dos primeras sentencias que abordan el problema poseen idéntico contenido, Tras analizar los términos del problema y estudiar la jurisprudencia aplicable, en ellas se concluye que el complemento personal en cuestión "no tiene una cuantía fija sino que se va incrementando anualmente como mínimo en un 2,4% salvo que el IPC correspondiente a cada año fuera superior, con incidencia en el importe de dicho complemento y con derivada repercusión en el cálculo de la prestación complementaria en situación de incapacidad temporal, en el cálculo de la aportación al Plan de pensiones, en el cálculo del capital a asegurar en la Póliza de Seguro de Vida y accidentes e incluso con incrementos en caso de alguno de dichos trabajadores ascienda de nivel".

De ahí se deduce que no estamos ante un complemento con una cuantía estable y consolidada, como se argumenta en la sentencia de contraste, sino que el complemento que solo percibe un grupo de trabajadores se va revalorizando anualmente e incluso incrementando en caso de ascensos de nivel, y con repercusión no únicamente en la cuantía salarial, sino también a efectos de prestaciones y mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social pactadas en los convenios colectivos, sin que por parte de la empleadora, con posible reflejo en los hechos probados, se aporten indicios para intentar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato en de unos u otros trabajadores en atención a la fecha de ingreso en la empresa.

En consecuencia, partiendo tanto de la jurisprudencia constitucional cuanto de la ordinaria, "no concurriendo en el presente caso los presupuestos para que la diferencia salarial de trato fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad, procede desestimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la empresa".

#### **2. La STS 224/2019 de 18 marzo (rec. 1393/2018 ).**

A) Aunque siguiendo la estela de las dos precedentes, esta tercera sentencia comienza reflexionando sobre la modalidad procesal en cuyo seno se examina la doble escala:

Bien es cierto que el presente procedimiento no se revela el más idóneo a tal fin y que se podía haber acudido en su momento y por quienes estaban legitimados al efecto, a impugnar el correspondiente convenio colectivo o a plantear incluso un conflicto colectivo sobre el particular, o, en fin, una demanda de tutela de derechos fundamentales -a la igualdad- pero la realidad es que no se hizo así y el trabajador acude ahora, una vez finalizada su relación laboral, a plantear una demanda de reclamación de cantidad con limitación al último año de existencia de la relación laboral, lo que es asimismo factible, si bien lo que se resuelva ha de tener una eficacia circunscrita a los límites de la propia naturaleza del procedimiento instado, es decir, al caso particular enjuiciado pero no *erga omnes*.

B) De manera detallada, en ella se descarta que la empresa haya ofrecido una justificación razonable, objetiva y suficiente del motivo por el que no estamos ante el abono de un complemento discriminatorio:

El art 5.4.1 en relación con el 5.4.3 de los convenios de 1997 y 2002 incurriría en doble escala salarial improcedente, al establecer un complemento personal por antigüedad (5.4.1) y negarlo simultáneamente a los trabajadores de ingreso a partir de 1995 (5.4.1), sin dar justificación alguna. Y, en ese caso, al revocar y sustituirlo todo el nuevo convenio de 2006, con respeto, sin embargo, a los derechos ya adquiridos, esta excepción, justificada estrictamente en lo que a los mismos respecta, haría que permaneciese la referida escala doble en tanto en cuanto habla de derechos adquiridos por los trabajadores, reconocidos a título personal, *que permanecerán inalterables en las condiciones pactadas individual o colectivamente*", alcanzando, como se ha dicho ya, no sólo al derecho propiamente dicho ya causado sino al incremento a partir de ahí de conceptos como los precitados (complemento por incapacidad temporal a cargo de la empresa, su aportación al plan de pensiones y paga por *cash flow*), sin que la parte demandada haya acreditado o evidenciado la



justificación de esa diferencia de futuro (no bastando con negarla) y la necesidad de efectuar ese cambio en esos términos que aparentemente mantienen el distinto tratamiento de un modo u otro.

Era, pues, en tal caso, igualmente necesario que, cuanto menos, dicha parte demandada expusiera y demostrara las contrapartidas o beneficios que los trabajadores en cuyo detrimento se aplica la nueva normativa, hayan experimentado como modo de evitar un tratamiento desigual injustificado, sin que el hecho de que todo ello venga de la mano de la negociación colectiva legitime y baste para el establecimiento del nuevo sistema si no queda suficientemente demostrada una causa motivadora y una proporcionalidad en la medida adoptada, según viene reiterando desde hace tiempo tanto la doctrina científica como la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

C) Finalmente, el Fundamento de Derecho Tercero condensa las conclusiones a las que se accede:

De toda la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) transcrita se deduce que no basta con argumentar que la nueva estructura salarial implantada en su momento por la empresa es igual para todos sus trabajadores aunque respetando para los ya en la empresa en ese momento las percepciones de la regulación anterior, sino que pudiendo ser ello, en sí mismo, discriminatorio en cuanto suponga mantener sin causa una inferioridad retributiva en ese punto para los nuevos no cerrada (es decir, no conservar de manera estática el complemento de antigüedad, como derecho adquirido de los trabajadores ingresados antes de 1995, sino atribuirle un carácter dinámico y sometido a posteriores actualizaciones de futuro, que tiene como consecuencia el establecimiento de una cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores por el incremento de los complementos de pago precisados de prestaciones de seguridad social, plan de pensiones, paga *cash flow*), se ha de justificar debidamente que es jurídicamente posible hacerlo así y el régimen de contrapartidas que anulen ese efecto desigual, lo que, según ya se ha dicho, no consta demostrado, atentando y afectando ello al principio y derecho de igualdad declarado en el art 14 de la Constitución Española.

## QUINTO.- Resolución.

### 1. De la petición principal.

Las razones y argumentos que hemos venido desgranando tanto sobre el tema de fondo cuanto sobre la no discriminación en la aplicación de la ley abocan a la desestimación del recurso en su petición principal

Pese a que previamente no se haya cuestionado, el sistema retributivo aplicado, por más que sea el resultado de un acuerdo entre representaciones de empresas y sus plantillas, no supera el control de validez que nuestros textos legales exigen. La existencia de una doble escala y su ausencia de justificación válida abocan a la declaración de nulidad parcial, es decir, a la generalización del nivel retributivo superior a favor de todas las personas (equiparación *in melius*), con independencia de la fecha en que hayan comenzado a trabajar.

### 2. De la petición subsidiaria.

Respecto de la petición subsidiaria (nulidad de la sentencia recurrida por dejar inexplicado el cambio de criterio de la Sala de suplicación), ya dijimos que resulta imposible su acogimiento. En la STS 224/2019 hemos explicado detalladamente las razones de ello, que ahora reiteramos:

Para su examen habría de haberse formulado en un motivo previo procesal que no se ha formulado, sino que se ha hecho en el único motivo de recurso y para tratar de sostener la contradicción de las sentencias comparadas, mezclándose todo ello en dicho motivo que, en un heterodoxo planteamiento, alude primero (A) al análisis de la contradicción, subdividido, a su vez en cinco apartados (algunos, con subapartados), el último de los cuales hace referencia a la coincidencia entre las sentencias comparadas para concluir que "por todo lo expuesto, estimamos que, en los supuestos analizados se cumple claramente con el requisito de contradicción exigida por el art 219.1 de la LRJS", pasando a exponer después (apartado B) lo relativo a la fundamentación de la infracción legal cometida y a sostener que con la recurrida se vulnera el principio de igualdad (cuestión de fondo). Y aun cuando todavía denuncia la coincidencia del Tribunal y la Sala y su ponente en ambas resoluciones con disparidad de resultados "sin realizar un mínimo esfuerzo para justificar dicho cambio de criterio", es para reiterar que "se ha producido vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley" en el que basa su pretensión de que se deje sin efecto la sentencia recurrida y se declare que es la de contraste la que contiene la doctrina correcta y no para que se anule aquélla y se repongan actuaciones al momento de dictarla, pasando acto seguido a citar y transcribir parcialmente una sentencia del TC acerca de dicho principio igualitario para de ahí pasar de nuevo, en una mezcla impropia de cuestiones, al tema de la nulidad, con cita de un auto de esta Sala y concluir con la antedicha vulneración del principio y derecho de igualdad, añadiendo ahora la del derecho a la tutela judicial efectiva, instando en fin, la desestimación del recurso de casación unificador interpuesto por el trabajador y, con carácter subsidiario, según se ha dicho, la nulidad de actuaciones "debido a la vulneración del derecho a la igualdad producida", en una trasposición de orden expositivo y evidente confusión de materias que pone, en cualquier caso, de manifiesto que ha podido



defenderse en cuanto al tema de fondo de lo planteado y resuelto desde la instancia y que, por tanto, no se ha infringido el principio de tutela efectiva judicial, a lo que cabe añadir, por otra parte, y con carácter muy relevante de apoyo a cuanto se viene diciendo, que la sentencia recurrida basa su cambio de criterio (aunque no lo exprese así) en otra de la propia Sala más moderna (18 de enero de 2018) que la de referencia, datando ésta de 23 de noviembre de 2017 y que en esa más reciente se cita como base de su dialéctica una de esta Sala del TS de 9 de marzo de 2017, muy próxima a la de contraste (unos meses solamente de anticipación) que, evidentemente, no tuvo en cuenta dicha resolución referencial, de donde se infiere una explicación tácita del mencionado cambio de criterio apoyado en nuestra doctrina que, en todo caso, podría haberse efectuado de un modo más explícito, pero sin que con ello se pueda llegar a la conclusión que insta la parte recurrente.

Por último, no cabe olvidar que ambas partes citan en su respectivo apoyo la STC 27/2004, de 4 de marzo de 2004, r.a. 3644-2000, pero dicha resolución se dicta anulando la sentencia por reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad del trabajador recurrente (art. 14 CE) y para restablecerlo en la integridad de su derecho, declarando, a tal fin, la nulidad de la sentencia de un Juzgado de lo Social en procedimiento de reclamación de cantidad, retro trayendo las actuaciones para que dicho Juzgado, partiendo de que resulta contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) la previsión del convenio colectivo, dictase sentencia resolviendo la pretensión del recurrente de amparo en términos conformes con el contenido constitucional del derecho vulnerado, sin que se aluda, por otro lado, a la conculcación del derecho a la tutela efectiva judicial por el motivo que sostiene ahora la parte, habiendo procedido de tal modo el Alto Tribunal porque lo que hacía era acoger un recurso de amparo y no en sede de jurisdicción ordinaria, de manera que no podía resolver por sí la cuestión objeto del litigio sino tan solo declarar si había existido, o no, infracción de la norma constitucional.

### 3. Pronunciamientos accesorios.

El fracaso del recurso comporta las consecuencias descritas en el artículo 228.3 LRJS ("la sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir. El fallo dispondrá de cancelación o mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos").

Por su lado, el artículo 235.1 LRJS, dada la condición subjetiva de quien ha recurrido, obliga a imponer las costas a la mercantil recurrente pues "la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social".

El precepto en cuestión sigue diciendo que "las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación y de mil ochocientos euros en recurso de casación". En el presente caso el Abogado de la parte recurrida se ha personado y ha formulado impugnación al recurso, actuaciones por las que esta Sala viene estableciendo unas costas de mil quinientos euros, salvo que concurren circunstancias especiales, lo que no es el caso.

## 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 para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa ENCE ENERGÍA Y CELULOSA, S.A. (ENCE), representada y defendida por el Letrado Sr. Navarro Serrano.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 7 de marzo de 2018, en el recurso de suplicación nº 1024/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva, en los autos nº 1264/2014, seguidos a instancia de D. Ruperto contra dicha recurrente, sobre despido.
- 3) Decretar la pérdida del depósito para recurrir constituido por la empresa.
- 4) Ordenar que se dé a las consignaciones el destino legalmente previsto.
- 5) Condenar en costas a la empresa recurrente, fijándose su importe en la cuantía de mil quinientos euros.

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

Así se acuerda y firma.