



Roj: **STS 3375/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3375**

Id Cendoj: **28079140012019100661**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2019**

Nº de Recurso: **3138/2018**

Nº de Resolución: **690/2019**

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

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1945/2018,**
STS 3375/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3138/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 690/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 8 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. representada y asistida por el letrado D. Antonio Navarro Serrano contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 603/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, en autos nº 1264/2014, seguidos a instancias de D. Ismael contra Ence Energía y Celulosa, S.A. sobre reclamación de cantidad.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de julio de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimo la demanda presentada por DON Ismael contra ENCE ENERGÍA Y CELULOSA S.A., absolviendo a la entidad demandada de cuantos pedimentos fueron deducidos en su contra."



SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "Primero.- "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, n° 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.

Segundo.- El actor, Don Ismael , mayor de edad y con DNI n° NUM000 , presto servicios por cuenta y bajo dependencia de la empresa demandada, como Encargado, Nivel H, en el centro de trabajo situado en Huelva, carretera A-5000, Km 7,5.

Con fecha 20 de octubre de 2009 el hoy actor celebró con "Grupo Empresarial Ence S.A." contrato de trabajo de carácter indefinido, unido a los folios 37 y 38 de las actuaciones, que damos por reproducidos.

El 19 de octubre de 2009 ambas partes habían suscrito contrato de relevo para sustituir al trabajador Don Matías , incorporado al folio 39, a que hacemos remisión.

Tercero.- La norma convencional aplicable a las relaciones laborales entre ENCE y el personal destinado en el complejo industrial de Huelva era el Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva 2006-2012 (BOP de 31.05.07), con vigencia desde el 01.01.06 al 31.12.12 y cuyo artículo 4.3 establecía 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".

Cuarto.- 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:

"5.4.1. 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 sera 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.

Quinto.-Las sucesivas normas convencionales publicadas en el BOP de Huelva el 26.09.98 (vigente del 01.01.97 al 31.12.00) y 20.04.02 (vigente del 01.01.01 al 31.12.05) -que obran asimismo incorporadas a las actuaciones y damos por reproducidas- transcribieron el art. 5.4 con idéntica redacción que la transcrita en el ordinal precedente.

En ambos convenios, en su artículo 1.4º, 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".

Sexto.- En el convenio colectivo vigente desde el 01.01.06 al 31.12.12 (BOP de 31.05.07), se incluye un Anexo XIV en el que se refiere de manera detallada e individualizada (se recoge el DNI de aquellos trabajadores que tienen derecho) el importe que, en concepto de "*complemento ad personam*", se reconoce a cada trabajador.

Asimismo, se dispone a continuación que la revisión salarial de este concepto sería de un 2,4%, estableciéndose expresamente:

"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

Año Incremento anual a cuenta

2006 2,4 %

2007 2,4%

2008 2,4%

2009 2,4%

2010 2,4%

2011 2,4%

2012 2,4%.

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."

Por su parte, el artículo 5 del referido Convenio, bajo la rúbrica "Compensación y Absorción", estableció: "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."

Séptimo.- Con fecha 4 de diciembre de 2013 los representantes de los trabajadores de Huelva y la Dirección de la Empresa rubricaron "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 01/01/2013 y hasta el 31/12/2013", publicada en el Boletín Provincial nº 24, de 05/02/2014, en cuya virtud se acordaba mantener el articulado del Convenio Colectivo 2006-2012 durante el ario 2013, modificándose varios artículos del mismo, estableciéndose que la ultraactividad del convenio colectivo del centro de operaciones de Huelva se mantendría hasta el 30 de Octubre de 2014, de conformidad con lo acordado por las partes el 4 de Septiembre de 2013.

Octavo.- El 19 de septiembre de 2014 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 SA."; expediente que finalizó con Acuerdo de fecha 19 de octubre de 2014, cuya acta figura incorporada a las actuaciones, a que hacemos remisión, y en cuya estipulación cuarta se establecía lo siguiente: "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".

Noveno.- El 21.10.14 el actor recibió comunicación escrita de la empresa del tenor literal siguiente:

"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 ellos 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 de acuerdo con la representación legal de los trabajadores que incluye la medida compensatorias que se aplicarán(...)."

Décimo.- Con fecha 05.11.14 el actor recibió comunicación escrita de despido, basado en causas objetivas, y en la que se hacía constar: "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 05.11.14.

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 caso 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 35.566,87 euros. Para el cálculo de la misma se ha tenido en cuenta una antigüedad en esta empresa desde el 20.20.2009. No obstante, en aplicación del punto cuarto del acuerdo de 19 de octubre se le reconoce a efectos indemnizatorios una fecha desde el 29.10.2007

Dicho pago se ha hecho efectivo mediante transferencia bancaria ordenada con fecha de 04.11.14 a la cuenta en la que se le abona su nómina mensual..."

Undécimo.- Ese mismo día el demandante suscribió, con la mención "no conforme", documento con el siguiente tenor literal:

"Dª (...), que causa baja en la empresa por despido colectivo con fecha de 05.11.14, declara que recibe por medio de transferencia bancaria a la cuenta (...) la cantidad de 40.549,77 euros cantidad que corresponde al desglose que se indica a continuación:

· Indemnización art 51, 53 y 56 ET: 35.566,87 euros.



· Liquidación de haberes a 05.11.14: 4.982,90 euros.

Todo ello, según recibo de haberes adjunto que firmado el recibí forma parte del presente documento.

Con el percibo de las cantidades mencionadas D. (...) 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 (...)."

En el recibo de salarios que le fuera entregado ese mismo día, el demandante hizo constar asimismo la mención "no conforme".

Duodécimo.- En el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2013 y el 31 de octubre de 2014 el demandante ha percibido los emolumentos que se detallan en las hojas de salario unidas a los folios 40 a 55 de las actuaciones, cuyo contenido damos por reproducido íntegramente.

Decimotercero.- Las nóminas de junio y septiembre de los años 2011, 2012, 2013 y 2014, correspondientes a los trabajadores que, conforme a lo pactado en el Convenio, percibían el "complemento ad personam" obran unidas al ramo de prueba de "Ence", a que hacemos remisión expresa, dando su contenido por reproducido.

Decimocuarto.- Se agotó la vía previa, presentándose papeleta de conciliación en el CMAC de Huelva con fecha 03.12.14, y habiéndose dado el acto por intentado, sin avenencia, el 16.12.14.

La demanda origen de la litis fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta sede el día 18.12.14."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Ismael formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 25 de abril de 2018, en la que consta el siguiente fallo: "Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Ismael contra la sentencia de 27/7/16 del Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva recaída en autos 1264/2014 sobre despido promovidos por el Sr. Ismael contra Ence Energía y Celulosa SA, revocamos dicha sentencia y condenamos a la demandada a que abone al actor la suma de 2760,78 €."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la representación letrada de la empresa Ence Energía y Celulosa S.A. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla), de fecha 25 de enero de 2018, rec. suplicación 3592/16 y de fecha 23 de noviembre de 2017, rec. suplicación nº 356/2017.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado íntegramente, por no apreciarse contradicción en ninguno de los dos motivos formalizados. Se señaló para la votación y fallo el día 1 de octubre de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si existe o no en la estructura salarial de la empresa una doble escala salarial ilícita proyectada 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 entre trabajadores a consecuencia de su fecha de ingreso en la empresa.

2.- Consta que el convenio colectivo del Complejo Industrial para la fábrica de Ence Energía y Celulosa SA (en adelante ENCE) en Huelva, donde prestaba servicios el demandante, para el período 1-1-1992 a 31-12-1996, regula el percibo del complemento personal de antigüedad, añadiendo que el personal que ingrese en la fábrica a partir del 1-1- 1995, no percibirá el complemento personal de antigüedad ni devengará trienios. Esta previsión se mantiene en los convenios posteriores para los periodos 1-1-1997 a 31-12-2000 y de 1-1-2001 a 31-12-2005. En el convenio 1-1-2006 a 31-12-2012, desapareció el complemento personal de antigüedad siendo sustituido por el complemento "ad personam", que sigue retribuyendo la antigüedad conforme a la fecha de ingreso en la empresa, sin reconocimiento alguno del complemento de antigüedad para los trabajadores ingresados con posterioridad a dicha fecha, lo que sucede en el caso del demandante.

3.- Es objeto del presente recurso la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla-, de 25 de abril de 2018 (Rec. 603/2017), que estimó el recurso del trabajador e incrementó la indemnización correspondiente al despido objetivo de fecha de 05/11/2014, decidido por la empresa demandada ENCE Energía y Celulosa, SA (en adelante ENCE), en el marco del despido colectivo



adoptado por acuerdo en periodo de consultas de 19/10/2014, constando que el actor firmó el documento recibo de la indemnización y de liquidación de haberes con la mención de "no conforme".

La sentencia estima el recurso de suplicación presentado por el trabajador frente a la dictada en la instancia que desestimó su demanda, y condena a la demandada al pago de la diferencia de indemnización al incluir en el salario regulador la antigüedad que no había sido considerada por la empresa como consecuencia de la doble escala salarial establecida en el convenio en función de la fecha de ingreso, que declara contraria al art. 14 CE. Dicho complemento salarial fue introducido en su momento en el convenio colectivo del Complejo Industrial para la fábrica de ENCE en Huelva para el período 1997-2000, con la previsión de que no se abonara al personal que ingresara en la fábrica a partir del 1 de enero de 1995. Dicha previsión se mantuvo en el convenio para el periodo 2001-2005. En el convenio colectivo para el período 2006-2012 el complemento personal de antigüedad se sustituyó por el complemento " *ad personam*", que siguió retribuyendo la antigüedad conforme a la fecha de ingreso en la empresa, sin reconocimiento alguno del complemento de antigüedad para los trabajadores ingresados con posterioridad a enero de 1995, lo que sucede en el caso del demandante.

4.- Contra la referida sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina la empresa demandada, en los términos que oportunamente se dirá.

El Ministerio Fiscal emitió informe, en el que interesa la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- 1.- Por la empresa ENCE se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, articulando dos motivos de recurso, denunciando en el primero la inadecuación del procedimiento seguido; y en el segundo la inexistencia de doble escala salarial.

2. Para el primer motivo del recurso, dirigido contra la desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento se invoca de contraste la sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla- de 25 de enero de 2018 (Rec. 3592/2016), que estima la excepción de inadecuación de procedimiento en relación con la misma pretensión planteada por otro trabajador de la misma empresa, y entiende que si el trabajador no estaba de acuerdo con el importe de la indemnización que se le abonaba como consecuencia del despido colectivo, debía haber utilizado la modalidad procesal de impugnación por despido, lo que no hizo, dejando indebidamente caducar la acción para reclamar, lo que impide que se puedan anular las actuaciones para que el procedimiento se tramite adecuadamente y conduce a la desestimación del recurso del trabajador.

3.- 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.

4.- La contradicción no puede ser apreciada porque, si bien la empresa planteó dicha excepción en la instancia - donde fue desestimada -, no hizo lo mismo al impugnar el recurso de suplicación, lo que justifica que la sentencia ahora recurrida no se pronunciara en absoluto sobre dicho particular, y determina que no concurra la contradicción exigida en el art. 219 LRJS.

TERCERO.- Para el segundo motivo de segundo, en relación al incremento de la indemnización, la empresa recurrente designa de contraste la sentencia dictada por la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla-, de 23 de noviembre de 2017 (Rec. 356/2017), que desestima el recurso de suplicación presentado por el trabajador, confirmando la sentencia de instancia que no había atendido la demanda de incremento de la indemnización por despido individual producto de un despido colectivo por un mayor salario regulador, el 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. 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.

En la referida sentencia referencial, se razona, en lo esencial para defender la tesis que mantiene, que:

<<En el presente caso los convenios colectivos de la empresa demandada con vigencia desde el 1 de enero de 1997 y desde el 1 de enero de 2001, dispusieron en su artículo 1.4 que las estipulaciones de dichos convenios revocaban y sustituían a cuantas en tales materias se hubieren establecido y estuvieren vigentes en la fecha de su entrada en vigor, quedando subsistentes por consiguiente todo cuanto no sea objeto expreso del presente pacto laboral y todos los derechos que adquiridos a título personal por cada uno de los trabajadores estén reconocidos a la firma de este Convenio.

Y el Convenio Colectivo de la demandada publicado en el BOP de Huelva de 19 de mayo de 1995, con vigencia desde el 1 de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1996, reguló el complemento personal de antigüedad disponiendo que "El personal que ingrese en la fábrica a partir del 1 de enero de 1995 no percibirá el complemento personal de antigüedad, ni devengará trienios ni quinquenios. La finalidad de esa regulación, como señala la sentencia de instancia, fue la de salvaguardar los derechos adquiridos de los trabajadores durante la vigencia de los anteriores convenios, consolidando la situación retributiva adquirida bajo su vigencia, no crear una doble escala salarial de origen convencional.

No diferencia el convenio entre trabajadores ingresados antes o después de una fecha sin más, sino entre trabajadores que con arreglo al sistema convencional precedente venían percibiendo el complemento de antigüedad que en dichos convenios se establecía, o estaban en curso de adquisición, y trabajadores que habían ingresado después de una fecha determinada, y que no percibían complemento de antigüedad, lo que, conforme a la doctrina constitucional citada, puede ser motivo suficiente para establecer una desigualdad, más si se tiene en cuenta que el convenio último que se mantuvo vigente desde el 1 de enero de 1996 y hasta el 30 de octubre de 2014 disponía, al igual que los anteriores ya citados 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 la 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.", conteniendo dicho Convenio un Anexo XIV, referido a "Cuantía individualizada de complemento ad-personam" en que figuran los trabajadores que tienen derecho al mismo con indicación del DNI respectivo y el importe reconocido a cada uno de ellos por tal concepto.

Hemos de concluir, por tanto, que como acertadamente razonó la Magistrada de instancia el actor no tenía derecho a percibir un complemento (de antigüedad) no recogido en el convenio último, que se mantuvo vigente desde el 1 de enero de 2006 hasta el 30 de octubre de 2014 (en situación de ultraactividad), ni tampoco en los dos anteriores que, publicados en septiembre de 1998 y en abril de 2002, estuvieron vigentes desde el 1 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2000 y desde el 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2005, habiendo fijado estos nuevos convenios una nueva estructura salarial que no es doble y discriminatoria sino igual para todos los trabajadores, con independencia de que hubieren acordado respetar, manteniéndolas, las percepciones salariales consolidadas en virtud de una regulación anterior...>>.

2.- Entre las sentencias comparadas concurre el requisito de la contradicción del artículo 219.1 LRJS al darse la identidad en los hechos, pretensiones y fundamentos. Así, hay coincidencia sustancial en los hechos, en cuanto se trata de despidos individuales producto de un mismo despido colectivo con acuerdo de fecha 19 de octubre de 2014, en los que no se tiene en cuenta en el salario regulador a efectos de la indemnización por despido el complemento personal de antigüedad, al que no tienen acceso los trabajadores ingresados a partir del 1 de enero de 1995, habiendo ingresado ambos trabajadores despedidos en años posteriores; en los fundamentos, en cuanto se analiza la 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 en 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, y pese a 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.

CUARTO.- 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 artificiosamente 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 instaura, sin que -se insiste-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.

QUINTO.- 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 precitados 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.

SEXTO.- 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.- 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 improcedente 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, retrotrayendo 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.

Se impone por lo expuesto la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida.

3.- 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").

Con pérdida de los depósitos efectuados para recurrir, dando a las cantidades, en su caso, consignadas el destino legal. No ha lugar a la imposición de costas al no haberse personado el recurrido (arts. 228.3 y 235.1 LRJS).

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 25 de abril de 2018, en el recurso de suplicación nº 603/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 27 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, en los autos nº 1264/2014, seguidos a instancia de D. Ismael 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) Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ