

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

**16320** *Resolución de 7 de octubre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la sentencia del Tribunal Supremo relativa al Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU, para los años 2008-2010.*

Visto el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2011 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de casación n.º 238/2009 interpuesto por el Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2009, en autos n.º 168/2009, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Telefónica de España, SAU, el Comité Intercentros, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación General del Trabajo y el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones, Comisiones Obreras de Base, sobre impugnación de Convenio colectivo,

Y teniendo en consideración los siguientes

#### **Antecedentes de hecho**

Primero.

En el «Boletín Oficial del Estado» de 14 de octubre de 2008 se publicó el Convenio colectivo de la empresa Telefónica de España, SAU para los años 2008-2010.

Posteriormente, en el BOE de 21 de noviembre de 2008, se publica una corrección de errores de la Resolución de 30 de septiembre de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registró y publicó el citado Convenio colectivo.

#### **Fundamentos de Derecho**

Primero.

De conformidad con lo establecido en el artículo 164.3 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando la sentencia sea anulatoria en todo o en parte del Convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado.

En consecuencia, esta Dirección General de Trabajo resuelve:

Primero.

Ordenar la inscripción de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2011, recaída en el recurso de casación n.º 238/2009 relativa al Convenio colectivo de la empresa Telefónica de España, SAU para los años 2008-2010, en el correspondiente registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos en este centro directivo.

Segundo.—Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 7 de octubre de 2011.—El Director General de Trabajo, Raúl Riesco Roche.

Recurso núm.: Casación/238/2009.

Ponente: Excmo. Sr. D.: Aurelio Desdentado Bonete.

Votación: 3/02/2011.

Secretaria de Sala: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Margarita Torres Ruiz.

Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Margarita Torres Ruiz, Secretaria de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo,

Certifico: Que en el recurso que se menciona se ha dictado la siguiente resolución:

Sentencia núm.:

Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Excmo. Sres.:

Don Aurelio Desdentado Bonete.

Don Jesús Souto Prieto.

Don Jordi Agustí Juliá.

Don José Manuel López García de la Serrana.

Don Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

En la Villa de Madrid, a nueve de febrero de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por el sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), representado y defendido por la Letrada Sra. García García, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 6 noviembre de 2009, en autos n.º 168/2009, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Telefónica de España, S.A.U., el Comité Intercentros, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación General del Trabajo y el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones, Comisiones Obreras de Base, sobre impugnación de convenio colectivo.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, representada y defendida por el letrado Sr. Lillo Pérez, el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones, representado y defendido por el Letrado Sr. García Vidal, la Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar de la Unión General de Trabajadores, representada y defendida por el Letrado Sr. Berzosa Lamata, la empresa Telefónica de España, S.A.U, representada por la Procuradora Sra. Ortíz Cornago y defendida por Letrado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

### Antecedentes de hecho

Primero.

El sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), mediante escrito de 24 de julio de 2009, interpuso demanda de impugnación de Convenio colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el que éste, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se anulen los anexos 1 y 3 impugnados sobre la doble y triple escala salarial, por vulnerar el derecho de los trabajadores provenientes de Telefónica Data España y Terra Networks España, así como los trabajadores de nueva incorporación a percibir las retribuciones salariales en igualdad de condiciones que los trabajadores que ya se encontraban previamente y continúan, prestando servicios para Telefónica de España, S.A.U., de conformidad con las tablas salariales del anexo 2 del Convenio, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones con todos los efectos inherentes a las mismas.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda de impugnación de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero.

Con fecha 6 de noviembre de 2009 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «En la demanda interpuesta por Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) frente a la empresa Telefónica de España, SAU, al Cte. Intercentros de Telefónica de España, SAU, CC.OO., UGT, CGT, STC-UTS, Comisiones Obreras de Base (CO-BAS) y Ministerio Fiscal, en proceso de impugnación de convenio, la Sala acuerda: 1) desestimar las excepciones de acumulación indebida de acciones y preclusión o cosa juzgada, alegadas por la demandada CCOO y 2) desestimar la demanda y absolver a las demandadas de las pretensiones ejercidas en su contra».

Cuarto.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1.º Las relaciones laborales en Telefónica de España, SAU se rigen por el convenio de empresa para los años 2008-2010, firmado el 2 de julio de 2008 por la representación empresarial y los sindicatos CC OO, UGT y STC-UTS y publicado en el BOE de 14 de octubre de 2008. En el BOE de 21 de noviembre de 2008 se publica una corrección de errores de la Resolución de 30 de septiembre de 2008 por la que se registra y publica en el BOE de 14 de octubre de ese año el Convenio colectivo de Telefónica. La corrección consiste en añadir el anexo 2, "Tablas salariales 2008" y anexo 3 "Tablas salariales 2008 Nuevos sistemas de clasificación profesional". (BOE). 2.º En el BOE de 31 de agosto de 2009 se publica el acuerdo para la adaptación de la cláusula 3 del convenio colectivo 2008-2010. El Acuerdo se firma en la comisión de interpretación y vigilancia del Convenio el 16 de julio de 2009, con el contenido que se da por reproducido por estar aportado a lo autos. (BOE, aportado por ambas partes). 3.º Con carácter complementario, en lo no regulado por el Convenio y no se oponga a lo dispuesto en éste, continúa vigente la Normativa Laboral de Telefónica, publicada en el BOE de 20 de agosto de 1994, por disposición del propio Convenio. La Normativa se publicó en el BOE de 20 de agosto de 1994 (BOE). 4.º En fecha 7 de julio de 2006 Telefónica de España, SAU absorbió a la sociedad Terra Networks España, SAU, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 44 del ET. En fecha 19 de junio de 2006 Telefónica de España, SAU absorbió la mercantil Telefónica Data España, S.A.U. por el mismo procedimiento (folios 385 a 470, copia de las escrituras de fusión inscritas en el Registro Mercantil). 5.º De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del ET, los trabajadores incorporados a Telefónica provenientes de Terra y Data mantuvieron las condiciones laborales y derechos reconocidos en las empresas de procedencia y se continuaron rigiendo por sus respectivos convenios hasta la entrada en vigor del Convenio Colectivo de Telefónica para los años 2008-2010. En el supuesto de Terra se firmó un acuerdo sobre condiciones laborales para los empleados de Terra que se incorporan a Telefónica (doc. 11 y 12 de Telefónica, folios 480 a 513). 6.º Telefónica ha realizado dos ERES en los últimos años, el primero en los años 1999-2000 y el segundo en los años 2003-2007. En el segundo ERE se extinguieron 15.000 puestos de trabajo. La empresa se comprometió en el plan social de éste a la creación de empleo de un mínimo del 10% de los puestos extinguidos, en las dos actividades que constituyen el núcleo de la actividad de la empresa, Comercial y Marketing, condicionado a la mejora de la cualificación de la plantilla para mejor atención de los clientes y en los puestos y localidades que mejor cumplan los objetivos propuestos (docs 14 y 15 de Telefónica, folios 515 a 601). 7.º En fecha 11 de febrero de 2009 el sindicato demandante interpuso demanda de impugnación de convenio en cuyo suplico postuló las mismas pretensiones que

en el actual procedimiento, en el acto del juicio desistió de parte de las peticiones y en él se debatió únicamente sobre la nulidad de las comisiones contempladas en la demanda, fundada en que estas comisiones eran negociadoras y su exclusión vulneraba el derecho de libertad sindical. Esta pretensión fue desestimada en la sentencia de esta Sala de 6-05-2009, procedimiento 35/2009 (demanda y sentencia, aportadas a los autos para mejor proveer). Se han cumplido las previsiones legales».

Quinto.

Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación a nombre del sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), y recibidos y admitidos los autos en esta Sala por su Letrada Sra. García García, en escrito de fecha 25 de marzo de 2010, se formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en el siguiente motivo: Único. Al amparo del artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de los artículos 4.2, 17, 24 en relación con los artículos 28, 44 y 82 del Estatuto de los Trabajadores, artículos de la Normativa Laboral de Telefónica de España, todos ellos en relación con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española.

Sexto.

Evacuados los traslados de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 3 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

#### Fundamentos de Derecho

Primero.

La organización Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) presentó en julio de 2009 demanda en procedimiento de impugnación del Convenio Colectivo de Telefónica de España, SAU (BOE 14-10-2008, corrección de errores de 21-11-2008). En el suplico de esta demanda se solicitaba que «se anulen los anexos 1 y 3 impugnados sobre la doble y triple escala salarial, por vulnerar el derecho de los trabajadores provenientes de Telefónica Data España y Terra Networks España, así como los trabajadores de nueva incorporación a percibir las retribuciones salariales en igualdad de condiciones que los trabajadores que ya se encontraban previamente y continúan, prestando servicios para Telefónica de España, S.A.U., de conformidad con las tablas salariales del anexo 2 del Convenio». El Convenio colectivo de referencia contiene, por una parte, una regulación específica para la integración de los trabajadores procedentes de las empresas Terra Networks España y Telefónica Data España que en julio de 2006 fueron absorbidas por Telefónica de España, SAU, según consta en el hecho probado cuarto. La sentencia de instancia desestimó esta pretensión, razonando que «el convenio no equipara las condiciones de trabajo de todos los trabajadores por razones que se exponen en su texto y que son objetivas y están razonadas». Añade la sentencia que las situaciones de partida de los colectivos afectados no son homogéneas y señala que la desigualdad en materia de clasificación profesional y retributiva respecto a los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas tiene carácter transitorio y opera con el carácter de un plan de integración, unificándose las condiciones al final de la vigencia del convenio.

Frente a este pronunciamiento recurre la organización sindical demandante, denunciando en un único motivo la infracción de los artículos 4.2, 17 y, 24 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 28, 44 y 82 del mismo texto legal, con los artículos de Normativa Laboral de Telefónica España y con el artículo 14 de la Constitución. El motivo no se ajusta a la técnica de la casación, en la que cada motivo de infracción debe ponerse en relación con una decisión de la sentencia y debe ser objeto de una fundamentación específica. La denuncia que se formula es acumulativa y

desordenada, sin establecer la necesaria separación entre los preceptos en que se concreta y las materias sobre las que versa. Se recurre también a referencias de hecho no incorporadas a la relación fáctica con remisiones a la prueba, lo que contradice la regla de que la denuncia de infracción no puede fundarse en datos de hecho que no se recogen en la relación fáctica de la sentencia recurrida o que no se han o introducido en el recurso por la vía del error de hecho. Algunas impugnaciones de las partes recurridas denuncian estos defectos y solicitan por ello el rechazo del recurso. No obstante, éste debe ser examinado en la medida, aunque sólo en la medida, en que resulta inteligible y no ha impedido la defensa de las partes recurridas a la hora de la impugnación.

Segundo.

Conviene comenzar precisando que en el enjuiciamiento de los problemas que, desde la perspectiva del principio de igualdad, se suscitan en relación con las diferencias de tratamiento que se producen con las denominadas dobles escalas salariales o en otras materias, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 2/1998, 119/2002 y 27/2004 y esta Sala en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 3 de octubre de 2000, 17 de junio de 2002, 20 de septiembre de 2002, 1 de abril de 2003, 26 de abril de 2004, 28 de mayo de 2004 y 20 de abril de 2005, han establecido un cuerpo de doctrina, que parte de que las diferencias que se contienen normalmente en las mencionadas escalas, ponderando la fecha de ingreso en la empresa, la de adquisición de la fijeza o el carácter temporal o indefinido del vínculo contractual, no afectan propiamente a la cláusula de prohibición de la discriminación en la medida en que la utilización de esos factores de diferenciación no queda comprendida entre los que enumera el inciso segundo del artículo 14 de la Constitución. La denominada cláusula antidiscriminatoria se caracteriza por establecer una reacción más enérgica que la que deriva del principio de igualdad, pues se impone a las relaciones privadas y no admite justificaciones, cuando «para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista» (sentencia de 26 de abril de 2004 y las que en ellas se citan). Como dice la STC 27/2004, «la prohibición de discriminación representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores» de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española », mientras que «en contraste con esa prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato».

Esta exigencia de justificación de la diferencia de trato resulta aplicable cuando las diferencias de tratamiento se producen a través de un convenio colectivo estatuario que no se encuadra de forma completa en el ámbito de la autonomía privada en sentido estricto —la actuación negociada del empresario, el contrato de trabajo o un acuerdo extraestatuario—, sino que constituye un instrumento de regulación que, «aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación» (sentencia de 3 de octubre de 2000 y las que allí se citan) y ello, aunque la propia doctrina constitucional reconozca que en el ámbito del convenio colectivo «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» y «sin olvidar que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, —observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados» (STC 27/2004 con cita de doctrina anterior). De ahí que «las diferencias de trato en las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo hayan de ser razonables, de acuerdo con los

valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social». Por ello, «establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad» (sentencia de 3 de octubre de 2000).

Tercero.

A partir de esta doctrina hay que examinar las denuncias que formula el único motivo del recurso de ATS. En este examen distinguiremos entre las infracciones que se refieren al tratamiento de los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas (anexo 1) y las que se relacionan con los trabajadores de nueva contratación a los que se les aplica el nuevo sistema de clasificación profesional y las tablas salariales del anexo 3.

Entre las primeras pueden situarse tres denuncias. La primera versa sobre el apartado 3 del anexo 1 que se refiere al encuadramiento profesional. En este apartado se contienen las tablas de equivalencia a efectos de la integración de los grupos profesionales de las empresas absorbidas –Data y Terra–. Dice la parte recurrente que su impugnación no se refiere a la correcta o incorrecta transposición de las categorías laborales de estas empresas a las categorías de Telefónica, sino que respecto a estas últimas el colectivo queda en desigualdad en relación con los trabajadores de la empresa de integración. Sin embargo, esta afirmación general solo se concreta para los titulados superiores de Data y Terra y para los oficiales de esta última entidad. Respecto a los titulados superiores de ambas empresas, se afirma que antes de la aprobación del convenio eran considerados como tales, pero tras él, son rebajados a titulados medios y técnicos medios, a pesar de tener la titulación y formación requeridas para desempeñar las funciones del grupo superior. Pero para ello sería necesario establecer una comparación entre los grupos de titulados correspondientes en las regulaciones aplicables en las empresas absorbidas y en la aplicable en Telefónica para ver si la equiparación se ha realizado correctamente o se ha producido alguna desviación que pudiera resultar relevante en términos de igualdad, y este análisis no se ha realizado en el recurso que se limita a citar, como ejemplo, la documental obrante en los folios 155 y 156 respecto al caso de una trabajadora procedente de Terra Networks, lo que ni respeta los límites del recurso, que impiden la incorporación de hechos al margen de la vía del artículo 205.d) de la LPL, ni sería válido en este proceso, en el que no se enjuician casos particulares, sino normas que han de ponerse en relación con otras regulaciones. La propia empresa recurrida contrapone otra afirmación particular de hecho, cuando se refiere a la integración de determinados trabajadores de Terra y Data como titulados superiores cuando desempeñan funciones que requieren titulación universitaria. Pero no es éste el tipo de apreciaciones que hay que considerar a la hora de juzgar la legalidad o la constitucionalidad de un precepto convencional. En este sentido, la cláusula IX del IV Convenio colectivo de Terra se limita a indicar que existe un grupo laboral de técnicos y titulados y en las relaciones de los colectivos equiparados del anexo 1.3 se mencionan los grupos de técnicos y titulados de Data y el de titulados de Terra. Con estos datos la tacha de inconstitucionalidad carece de fundamento, sin perjuicio de lo que pudiera proceder en relación con las situaciones concretas que se susciten en la práctica en torno a la correspondencia función-categoría. La falta de fundamentación es todavía más clara en la denuncia que se formula respecto a los oficiales de Terra, pues aquí la recurrente se limita a afirmar que sólo pueden acceder «a la categoría de administrativos ofimáticos y no a otras categorías en las que sería posible que prestaran servicios, dada su formación y titulación, como operadores técnicos, encargados, ASCS», pero ni se realiza un análisis comparativo de funciones y titulaciones que justifique esta afirmación, ni se razona por qué la equiparación exclusiva a administrativos ofimáticos lesiona el principio de igualdad, lo que exige obviamente la referencia a un término de comparación.

La segunda denuncia de este grupo se refiere a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo. La norma convencional contenida en el párrafo 6º del Anexo 1.3 establece que «a efectos de pases de nivel por antigüedad y retribución por tiempo, se considerará como fecha de referencia el 1 de julio de 2006. Como consecuencia de ello, se

procederá al abono del primer bienio el 1 de julio de 2008 y al pase de nivel el 1 de julio de 2009, “siempre que se haya acreditado la permanencia ininterrumpida en la empresa de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Normativa Laboral”». La parte recurrente considera que esta regla «acuerda computar el abono del bienio y el periodo de los pases de nivel dentro de cada categoría, no desde el momento en que ingresaran en sus respectivas empresas, sino únicamente desde 1 de julio de 2006» y que ello contradice los artículos 4.2, 17 y 24 en relación con el artículo 44 del mismo texto legal. La denuncia, que hay que integrar con la que se formula en el encabezamiento del motivo en relación con el artículo 14 de la Constitución, debe estimarse. En efecto, aunque la parte invoca un tratamiento discriminatorio, lo que existe en este precepto es un trato desigual no justificado incluido –por las razones que ya se señalaron en el fundamento jurídico segundo– en el primer inciso del artículo 14 CE, que establece el principio de igualdad, y no en el segundo que se refiere a la denominada tutela antidiscriminatoria. No se han infringido, por tanto, los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET, porque la fecha de ingreso en la empresa no es un factor de discriminación de los que enumeran estos preceptos. Pero sí se ha vulnerado el principio de igualdad desde el momento que la fecha de ingreso se ha convertido en un factor que determina un tratamiento peyorativo que no está justificado a efectos del artículo 14 de la CE y vulnera la garantía establecida en el artículo 44 del ET, perjudicando el derecho de los trabajadores afectados a la promoción (artículo 24 del ET). El tratamiento peyorativo se produce desde el momento que a efectos de promoción por antigüedad y a efectos económicos no se toma en cuenta el tiempo de servicios acreditado en las empresas absorbidas, sino sólo el tiempo de prestación de servicios posterior a 1 de julio de 2006, coincidiendo con la absorción. De esta forma, se desconoce la garantía del artículo 44 del ET, que impone la subrogación del nuevo empresario, en los derechos y obligaciones del anterior, lo que supone la conservación de la antigüedad acreditada en la anterior empresa, que no puede ser eliminada, ni reducida y que desplegará los efectos que le son propios en el régimen de la nueva empresa en el caso de que no se conserve en el régimen profesional de la anterior, que es lo que aquí ha ocurrido. Así lo ha declarado la Sala en numerosas resoluciones, entre las que puede citarse las de 28 de febrero de 2000 y 2 de junio de 2003, en las que se afirma que «una vez integrados los demandantes» en la nueva entidad y «aplicado el convenio colectivo, dicha aplicación ha de ser completa, como lo ha sido en todos los conceptos, salvo en el aquí discutido» y por ello «si la antigüedad para los trabajadores» de la entidad de integración «se calcula de forma única, a razón de un tanto por trienio acumulado, la misma fórmula ha de aplicarse a los reclamantes». La conclusión podría ser ciertamente diferente si, tras la integración, se hubieran mantenido, en atención a las particularidades de las actividades de las empresas afectadas, los regímenes profesionales diferentes para su personal.

La anterior conclusión no se altera a la vista de la norma que contiene el número 4 del artículo 44 del ET, a tenor de la cual cabe, una vez consumada la sucesión, un pacto de que excluya la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente, porque en este caso ya no estamos en este supuesto sino en el de la aplicación del nuevo convenio de la empresa de integración y de lo que se trata es de determinar si ese convenio puede establecer un tratamiento peyorativo para los trabajadores afectados por la sucesión en lo relativo al reconocimiento de su antigüedad en contra la regla del artículo 44.1 del ET, y de las exigencias del principio de igualdad, cuando ya se ha verificado el encuadramiento de esos trabajadores en el marco profesional de la nueva empresa y se han unificado, al menos formalmente, los estatutos profesionales. La respuesta es negativa por lo dicho en lo que afecta a la garantía del artículo 44.1 del ET que no es disponible para la autonomía colectiva. Pero también lo es en virtud del artículo 14 de la Constitución, porque el trato desigual no puede justificarse, como ha entendido la sentencia recurrida, por las razones que figuran en la cláusula 4.ª del Convenio. Estas razones son de dos tipos. Por una parte, están las consideraciones que esta cláusula realiza sobre la necesidad de mejorar la posición competitiva de la empresa en el marco de la liberalización de las comunicaciones y ante la emergencia de un mercado más competitivo con la consiguiente necesidad fomentar «la optimización de recursos, priorizando la eficiencia». Estas consideraciones –obviamente al

margen del contenido propiamente jurídico del convenio en su vertiente normativa y obligacional— son sólo opiniones o estrategias de los negociadores que no pueden justificar ni la vulneración de normas de Derecho necesario no disponibles por el convenio, ni la infracción del principio de igualdad. Por otra parte, la cláusula mencionada contempla también la asunción de determinados compromisos por parte de la empresa. Se trata, en concreto, de los que se relacionan con la renuncia durante la vigencia del convenio a acordar bajas con carácter forzoso por medidas de reorganización por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y con la no afectación con carácter forzoso de ningún trabajador por medidas de reestructuración sin previo acuerdo con los representantes de personal. También asume la empresa determinados compromisos de creación de empleo, a los que luego se hará referencia. Pero ninguno de estos compromisos puede justificar el trato desigual que se impone a los trabajadores absorbidos, ni el desconocimiento de una norma imperativa, como la que contiene el artículo 44.1 ET. Si esos objetivos exigen determinados sacrificios o contrapartidas no hay razón alguna para que se proyecten únicamente sobre los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas y no sobre el resto de la plantilla. Lo mismo cabe decir en relación con las previsiones de la cláusula 6ª, que se limita a establecer los criterios generales en materia de clasificación profesional. La sentencia recurrida niega que las situaciones de los trabajadores sean homogéneas a efectos de la comparación, lo que podría ser relevante a efectos del juicio de igualdad, pero hay homogeneidad laboral desde el momento en que se produce la integración y el encuadramiento profesional en el sistema de clasificación de Telefónica en el marco de un único estatuto, dentro del cual se quiere, sin embargo, hacer diferencias en función únicamente de la procedencia de los trabajadores.

La tercera denuncia relativa al anexo 1 se refiere a su apartado 4, que regula el encuadramiento retributivo de los trabajadores procedentes de Data y Terra, y en concreto, al epígrafe 4.1 de ese apartado sobre el salario base. El encuadramiento retributivo parte en este punto de la distinción de un salario origen al que se contrapone el denominado nuevo salario que corresponde a la categoría laboral de Telefónica que se haya asignado —de «más de 3 años» o de 3.ª, en su caso—. Si el salario de origen es mayor que el nuevo salario, se garantiza la diferencia mediante un complemento personal no revalorizable. Si es inferior, se opera aplicando el nivel de entrada «de más de tres años» (o de 3.ª, en su caso) y un nivel transitorio (I) para cada categoría laboral de Telefónica, de forma que quedan en el nivel de entrada los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas cuya diferencia entre el nuevo salario y el de origen sea inferior al 10% y se encuadran en el nivel transitorio aquellos para los que la diferencia es superior a ese porcentaje (sic). En el nivel transitorio (I) tiene unos valores del 90% del salario base fijado en las tablas para el nivel de entrada de más de 3 años (o de 3.ª, en su caso) y sólo cuando el trabajador pase a estar encuadrado en el nivel 5 de su categoría percibe la retribución total prevista para esa categoría en las tablas. La parte recurrente considera que de esta forma se produce un trato discriminatorio en la medida en que por el mismo trabajo los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas percibirán un salario inferior lo que vulnera los artículos 82.2, 44 y 17 del ET en relación todos ellos con el artículo 14 de la Constitución; denuncia que hay que aceptar en lo que se refiere a ese último precepto, pues de nuevo aquí estamos ante una diferencia de trato peyorativa, que, como ya se ha razonado, no cabe justificar ni en las consideraciones sobre la promoción de la posición competitiva de Telefónica, ni en atención a los compromisos asumidos por ésta. La sentencia recurrida se refiere al carácter transitorio de estas medidas que actúan en el marco de un plan de integración. Pero la integración se produce desde el momento en que existe un encuadramiento profesional en el estatuto de Telefónica y desde este momento el trabajo de los empleados procedentes de las empresas absorbidas es igual al de los de Telefónica y no puede justificarse —su retribución inferior en atención a ningún criterio objetivo, ni cabe justificarse por su alcance temporal limitado: el trato diferente peyorativo existe, aunque sea temporal. Por su parte, la empresa recurrida argumenta que estamos ante un acuerdo que hay que considerar en su conjunto y que comprende beneficios como la

garantía del salario de origen superior y otras medidas que, exigen una consideración conjunta. Pero el eventual reconocimiento para parte del personal afectado de las diferencias de una retribución superior que vinieran percibiendo, no justifica la aplicación para otros de una retribución inferior a la que corresponde al trabajo de su categoría, ni cabe una pretendida compensación con otras partidas –beneficios no salariales, previsión social, permisos– que ni siquiera se especifican. La diferencia de tratamiento no puede tampoco justificarse en virtud de la garantía de derechos adquiridos, como la Sala ha admitido en otras ocasiones (sentencias de 16 de enero de 2006, 5 de marzo de 2007, 19 de enero de 2010 y 10 de noviembre de 2010), porque de lo que se trata aquí no es de la garantía de un nivel de retribución para quien ya lo tenía atribuido por una norma profesional anterior, sino del establecimiento de unas retribuciones inferiores para los trabajadores que se incorporan desde las empresas absorbidas.

Cuarto.

El anexo 3, al que se refiere la segunda impugnación, lleva por título «Tablas salariales de 2008. Nuevo sistema de clasificación profesional». Consta de tres niveles retributivos organizados por grupos. El grupo I va desde «personal auxiliar (nivel de entrada)» con sueldo de 1.290 en 2008 hasta «ejecutivo de televenta» nivel de entrada) con 1.380 €; el grupo II tiene dos niveles, responsable de grupo (nivel de entrada) con 1.500 € y responsable de equipo (nivel de entrada) con 1.590 €; el tercer grupo con siete niveles retributivos va desde técnico medio de gestión (nivel de entrada) con 1.590 € a jefe de proyecto (nivel de entrada) con 2.500 €. Para comprender la posición de este sistema hay que tener en cuenta lo que se prevé en las cláusulas 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del Convenio a las que ya nos hemos referido. En el párrafo 3.º del apartado 1 de la 4.<sup>a</sup> la empresa asume el compromiso de incorporar a través del procedimiento de contratación externa un número mínimo de 500 trabajadores, número en el que no se computan las incorporaciones por sucesión de empresas y que podría adaptarse en función de las bajas previstas en la cláusula 11.2 (bajas incentivadas) y 11.3 (jubilaciones anticipadas). Se prevé también que les serán de aplicación las tablas salariales del anexo 3 derivadas de la cláusula 6.<sup>a</sup> También se indica que igualmente se aplicarán los complementos funcionales y devengos circunstanciales que procedan. En el párrafo final de este epígrafe se dice que «este sistema se aplicará con carácter transitorio durante la vigencia del convenio atendiendo al compromiso de negociación y, en su caso, acuerdo adquirido en la cláusula 6.<sup>a</sup> sobre el desarrollo de un nuevo sistema de clasificación profesional. En caso de no alcanzarse un acuerdo, se procedería a encuadrar a este colectivo de trabajadores dentro de las categorías laborales previstas en la Normativa Laboral».

La parte recurrente funda su impugnación del Anexo 3 en las diferencias retributivas que se producen con respecto al anexo 2 –Nuevos Grupos Laborales– y expresamente manifiesta que lo que esta parte impugna son las cuantías establecidas para esas categorías, no las categorías en sí (que son objeto del procedimiento previamente interpuesto por esta parte; se refiere al procedimiento 35/2009 seguido ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y que terminó por sentencia de 6 de mayo de 2009 confirmada por sentencia de esta Sala de 25 de junio de 2010, recurso 78/2009), por ser inferiores a las fijadas en el anexo 2 para las mismas funciones laborales». Pero con este planteamiento la parte ha perdido la oportunidad de que la Sala pueda abordar con plenitud examinar la denuncia que formula, porque las categorías que figuran en el Anexo 3 para los tres grupos del mismo no coinciden, salvo algunas semejanzas, con las que se recogen en el anexo 2 –Nuevos Grupos Laborales– y, desde luego, falta la base fáctica que establezca la identidad funcional, con lo que la Sala dentro de los límites de un recurso extraordinario no puede establecer esa equivalencia en orden a la impugnación de una norma convencional. La única posibilidad de abordar el problema de igualdad que se suscita sería la de impugnar el sistema en su conjunto para comprobar si puede establecerse un régimen de clasificación y de retribución aplicable solamente a las nuevas contrataciones con un abanico retributivo notablemente inferior al de los trabajadores de

anterior contratación (2.225/1.295 € frente a 4.032/1.548 €). La parte recurrente ha tratado de superar esta dificultad estableciendo un cuadro de equivalencias que va de 2.250/1.290 € –jefe de proyecto/personal auxiliar –en el anexo 3 a 2.610,94/1.548,67 €– general de jefaturas/auxiliares de edificios y servicios en el anexo 2. Pero, aparte de que se comparan categorías de denominación variada (gestor de producto con titulados y técnicos, ejecutivos de ventas o televentas con asesores comerciales, responsable de grupo con encargado de operación, responsable de equipo con encargado de planta, ejecutivo de teleatención con operador, administrativo con administrativos informáticos), lo que no se ha acreditado es la identidad funcional y esto no puede superarse con presunciones o valoraciones de indicios. Tampoco cabe recurrir a datos que se tratan de construir a partir de las actuaciones, pero que no figuran en los hechos probados, como la referencia a la convocatoria de 64 plazas de asesores comerciales.

Por ello y sin perjuicio de las reclamaciones que pudieran proceder por parte de los afectados por el eventual trato desigual no es posible en este punto apreciar la denuncia que se formula, lo que hace innecesario examinar las objeciones que opone la empresa sobre la imposibilidad de abordar esta impugnación sin haber combatido las cláusulas 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>

Quinto.

Lo razonado en los fundamentos anteriores llevan a la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida, anulando los pronunciamientos de la misma que resultan afectados por los motivos de impugnación que se han acogido en este recurso. Esto supone la estimación parcial de la demanda para:

1.º Anular el párrafo final del anexo I.3 que contiene la especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo.

2.º Anular en el anexo I.4.1 las disposiciones que permiten abonar en el nivel transitorio I porcentajes inferiores al 100% del salario base de referencia.

Debe mantenerse la desestimación de la demanda en todas las demás pretensiones. No procede la imposición de costas, conforme al artículo 233 de la LPL.

Debe ordenarse la correspondiente comunicación a la autoridad laboral a los efectos previstos en el artículo 164 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo expuesto, en nombre de S M El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación interpuesto por el sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2009, en autos n.º 168/2009, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Telefónica de España, S.A.U., el Comité Intercentros, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación General del Trabajo y el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones, Comisiones Obreras de Base, sobre impugnación de Convenio colectivo. Casamos la sentencia recurrida y anulamos sus pronunciamientos con el alcance que a continuación se precisará. Estimamos parcialmente la demanda y, en consecuencia:

1.º Anulamos el párrafo final del anexo I.3, que contiene la especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo.

2.º Anulamos en el anexo I.4.1 las disposiciones que permiten abonar en el nivel transitorio I porcentajes inferiores al 100% y del salario base de referencia.

Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida que desestima la demanda en todas las restantes pretensiones. Sin imposición de costas.

De la presente sentencia se remitirá copia certificada a la Autoridad Laboral (Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Empleo, Dirección General de Trabajo) a los efectos previstos en el artículo 164 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Es copia de su original, al que me remito.

En Madrid, a 6 de julio de 2011.