



Roj: **SAN 3360/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3360**

Id Cendoj: **28079240012018100127**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2018**

Nº de Recurso: **153/2018**

Nº de Resolución: **132/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00132/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D./Dª. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 132/2018

Fecha de Juicio: 18/7/2018

Fecha Sentencia: 10/9/2018

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000153 /2018

Materia: IMPUG.CONVENIOS

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST)

Demandado/s: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U., TELEFONICA SOLUCIONES DE INFORMATICA Y COMUNICACIONES, S.A.U. COMITÉ INTERCENTROS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., COMISIONES OBRERAS (CCOO) , UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) , CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (CGT) , SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES-UTS (STC-UTS),SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (CO.BAS), MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia: La SAN declara ilegal la supresión de la compensación por festivos contenida en el I convenio de empresas vinculadas telefónica de España, telefónica móviles y telefónica de soluciones, para los trabajadores contratados con posterioridad al 1-1-2.016 por implicar una doble escala salarial proscrita por el art. 14 y doctrina jurisprudencial que lo desarrolla. Se desestima la pretensión relativa a la supresión para los trabajadores de nuevo ingreso del premio de vinculación, por estar justificada la diferencia de trato en la preservación de derechos en curso de adquisición.

Voto particular formulado por la Ilma. Sra. Dª EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)



Tfno: 914007258

NIG: 28079 24 4 2018 0000166

Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000153 /2018

Procedimiento de origen: /

Sobre: IMPUG.CONVENIOS

Ponente Ilmo/a. Sr/a: RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 132/2018

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D.RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a diez de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000153 /2018 seguido por demanda de ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST)(Letrada Elena García García) , contra TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (Letrado Álvaro Sánchez Fernández) , TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.(Letrada Carmen Fernández Muñoz), TELEFONICA SOLUCIONES DE INFORMATICA Y COMUNICACIONES, S.A.U.(Letrado Santiago Carrero Bosch) COMITÉ INTERCENTROS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (no comparece) COMISIONES OBRERAS (CCOO) (Letrado Ángel Martín Aguado),UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT)(Letrado Bernardo García) , CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (CGT)(Letrado Manuel Abalos Felipe) , SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES-UTS (STC-UTS)(Letrado Pedro Feced Martínez) , SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (CO.BAS) ,MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- Según consta en autos, el día 8 de junio de 2018 se presentó demanda por D^a Delfina , Secretaria General del sindicato ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST), contra, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.A.U, COMITÉ INTERCENTROS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., y los sindicatos con representación en el mismo, COMISIONES OBRERAS (CCOO), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (CGT), SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES-UTS (STC-UTS), y SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (Co.Bas), siendo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre, IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO, del denominado " I CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA VINCULADAS 2015-2018" (Telefónica de España, SAU; Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU), en cuanto a su Disposición Adicional Primera, apartado g) y Disposición Adicional Segunda.

Segundo.- La Sala designó ponente señalándose el día 18 de julio de 2018 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero .-Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando que se dicte sentencia por la que, se declare la nulidad por no ser ajustados a derecho del apartado g) de la Disposición Adicional Primera, en cuanto a la exclusión de los trabajadores contratados desde la firma del Convenio Colectivo , y la Disposición Adicional Segunda, en cuanto a la derogación del artículo 207 de la Normativa Laboral, únicamente para los incorporados desde el 1 de enero de 2016, del I Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas y su prórroga, por conculcar la legalidad vigente .



En sustento de tal pretensión alegó que el apartado g) de la Disposición Adicional Primera en cuanto a su aplicación a los contratados antes de la firma del Convenio y Disposición Adicional Segunda en cuanto a la derogación del art. 207 de la Normativa Laboral únicamente para los incorporados a partir del 1 de enero de 2016, adolecen de nulidad por suponer un trato desigual no justificado, en contra del principio de igualdad ante la Ley establecido en el art. 14 de la Constitución , en relación con lo dispuesto en los artículos 9.2 y 35 de la Constitución, así como el 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores , si bien la fecha de antigüedad en la empresa no se encuentra considerada como un elemento discriminatorio, pero sí de trato desigual no justificado.

STC, CGT y COBAS, se adhirieron a la demanda.

El letrado de CC.OO se opuso a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la misma, alegó que no hay trato desigual ni doble escala salarial, no se rompiéndose el equilibrio o relación entre la retribución y el trabajo, habiendo matizado el tribunal constitucional el principio de igualdad., y siendo en este caso razonable la diferencia de trato para los trabajadores que perdieron su derecho de compensación por festivos suprimidos y en cuanto al premio por servicios prestados en el convenio se ,i mantiene la expectativas de derecho de aquellos trabajadores que pertenecían a la empresa antes de 1 de enero de 2016.

El letrado de la UGT, se opuso, a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la misma. Adujo que alega que el premio por prestación de servicios no es salario sino un premio de permanencia en la empresa, especificó que la facultad premial de las empresas es franquista y paternalista, no retribuye trabajo y añadió que para la percepción se debía acreditar que no ha habido sanción grave, y que si bien el Convenio lo suprime con carácter general, el convenio lo mantiene para aquellas personas que lo venían disfrutando respeta la expectativa de derecho; en cuanto a la compensación por festivos refirió que los trabajadores contratados con posterioridad al 1-1-2016 no han sufrido la pérdida de los festivos suprimidos (18 de julio y 19 de marzo).

TELFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., se opuso a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la misma.

Argumentó con carácter general que en el convenio se buscó homogeneizar las distintas condiciones de trabajo de los trabajadores de las distintas sociedades y Estos conceptos no se perciben en TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES S.A.U; en cuanto a la compensación por festivos, recordó que por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-12-77 se suprimió la celebración de dos días festivos- 18 de julio y 1 de octubre- y para compensar la pérdida de estos días festivos se estableció en la normativa laboral el complemento de compensación por festivos ; que el vigente Convenio suprime esta compensación, derogando toda la normativa laboral y partiendo de cero, refiriendo que no hay peor situación para los nuevos puesto que esta situación no se ha dado para ellos, puntualizó que se trata de un concepto anacrónico y que como el premio por servicios prestados que no tienen la naturaleza del salario, existiendo un derecho adquirido ad personam por los trabajadores que pertenecían a la plantilla de Telefónica de España antes del 1 de enero de 2016, que se debe respetar, mientras que los que han ingresado a partir de esa fecha carecían de esa expectativa

TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES S.A.U alegan la excepción de falta de legitimación pasiva ad procesum y ad causam por cuanto que las Disposiciones impugnadas del convenio son de aplicación al personal a su servicio, en cuanto al fondo, se opusieron a la demanda, adhiriéndose a las manifestaciones del letrado de Telefónica de España S.A. U.

Seguidamente, se contestó a la excepción, procediéndose a la proposición y práctica de la prueba, proponiéndose y practicándose la documental, tras lo cual las partes, valorando la prueba practicada elevaron a definitivas sus conclusiones.

El MINISTERIO FISCAL en su informe en cuanto a la falta de legitimación pasiva, alegó que la cuestión litigiosa afecta exclusivamente a Telefónica de España S.A.U. y en cuanto al fondo mostró dudas respecto de la legalidad de la supresión del concepto compensación por festivos suprimidos porque se suprimieron en el año 1977 y los trabajadores ingresaron con posterioridad dicha fecha lo han venido percibiendo, manifestando respecto del concepto premio por servicios prestados tiene naturaleza indemnizatoria y la Disposición Adicional Segunda del convenio que deroga dicho premio no vulnera el principio de igualdad.

Cuarto. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos: -El convenio impugnado es el primero de empresas vinculadas en el que se integran las 3 codemandadas; su objetivo es su homogenización de las condiciones laborales de las 3. -Consecuencia de la supresión se refleja en el acuerdo de la Comisión Negociadora del convenio. Por telefónica se decide



compensar 0,1333 de retribución salario base, retribución por tiempo y cargo se paga en las pagas extras. -Las dos empresas codemandadas sus trabajadores disfrutaron de ese derecho. -El premio de servicios prestados tiene naturaleza no salarial según SAN de 2.4.02 y STS de 22.7.03 . -La mayoría de los trabajadores han liquidado el premio

Hechos pacíficos: -El acuerdo del Consejo de Ministros de 21.12.77 suprime las fiestas del 18 de julio y 19 de marzo, reduciendo a 11 las fiestas. -El premio de servicios prestados retribuye prestación de servicios siempre que no se sancionará al trabajador por falta muy grave a los 35 y 40 años por 3 meses cada uno. -La DA segunda del convenio decide liquidar el premio, deroga el artículo 207 de la normativa laboral y se posibilita que cobren la parte devengada, manteniéndose a quien no quiera cobrar parte, la expectativa de derecho. -El número de trabajadores afectados serían 422.

Quinto.- Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Sexto.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Séptimo.- Por Providencia de 31-7-2018, se acordó cambio de ponente a el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Los fines del sindicato accionante son la defensa de los intereses de los trabajadores de Telefónica de España, S.A.U, abarcando a todo el Estado su ámbito de actuación, afectando el proceso al derecho de los trabajadores de la empresa demandada Telefónica de España S.A.U., incorporados a la misma desde la firma del Convenio el 25 de noviembre de 2015, o desde su vigencia, el 1 de enero de 2016, siendo el número de trabajadores afectados 422, con centros de trabajo ubicados en todas las Comunidades Autónomas de España.

El Sindicato demandante AST, ostenta plena legitimación para interponer el presente conflicto, por su representatividad en el ámbito del mismo a nivel nacional, y ostentando un delegado en el Comité Inter-centros. -conforme-

SEGUNDO .- El día 21 de enero de 2016 fue publicado en BOE número 18 el I Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas, entre Telefónica de España, S.A.U. Telefónica Móviles España, S.A.U y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, S.A.U. (código de convenio nº 90100303012015) que fue suscrito con fecha 25 de noviembre de 2015, de una parte por los designados por las indicadas empresas en representación de la misma, y de otra por los sindicatos UGT y CC.OO en representación de los trabajadores. - conforme-

El día 4 de febrero de 2017, BOE nº 30, se publica la prórroga y modificación del Convenio referido. (Descripción 4, hecho conforme)

TERCERO.- Compensación por Festivos Suprimidos.

Desde mediados de los años 70, los trabajadores venían disfrutando de dos días más festivos al año, cuya denominación procedió a suprimirse por encontrarse relacionada con el régimen preconstitucional. Aunque se eliminó la denominación por su connotación, por acuerdo entre la representación de los trabajadores y la empresa se incluyó una compensación económica en las gratificaciones extraordinarias, que pasó a denominarse "compensación por festivos suprimidos".

Así en el art. 79 de la Normativa Laboral, aprobada por Resolución de 20 de julio de 1994, BOE de 20 de agosto de dicho año y vigente hasta la aprobación del I Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas , incluía expresamente este concepto en el apartado dedicado a las pagas extraordinarias, con el siguiente tenor literal:

"Se abonará a todos los empleados una gratificación extraordinaria en el mes de Julio y otra en el de Diciembre, por un importe equivalente a una mensualidad, entendiendo como tal la retribución que se tenga asignada en el propio mes en que se abona en concepto de sueldo, complemento por antigüedad, gratificación por cargo o función y plus de residencia, en su caso. Queda exceptuado en todo caso el plus familiar, ayuda infantil y ayuda escolar. Dichas gratificaciones se percibirán en proporción al tiempo de servicios efectivamente prestados durante el primer o segundo semestre natural respectivamente y a la duración de la jornada realizada, en los casos de jornada reducida, teniendo en cuenta que no se considerará interrupción del servicio aquella que, cualquiera que sea su causa, tenga una duración inferior a treinta días naturales.

Asimismo, se abonará a todos los empleados una gratificación extraordinaria, durante el mes de febrero de cada año, por los beneficios obtenidos por la Empresa en el año inmediatamente anterior. La cuantía de dicha



gratificación se calculará en idéntica forma que las dos gratificaciones antes expresadas y se abonará en proporción al tiempo de servicios efectivos, y en caso de jornada reducida, en proporción a la duración de la misma, efectuados por el empleado en dicho año inmediatamente anterior.

En las gratificaciones extraordinarias de Julio y Diciembre se incluirá la compensación por festivos suprimidos."

En el Convenio Colectivo actual en la Disposición Adicional Primera letra g) se mantiene igualmente dicha previsión, pero únicamente para los trabajadores y trabajadoras existentes en la empresa a la fecha de la firma del Convenio, el 25 de noviembre de 2015, eludiendo el percibo de esta cantidad para los contratados con posterioridad en los siguientes términos:

"g) Compensación por festivos.

Los empleados de TdE que vinieran percibiendo con anterioridad a la firma del presente Convenio Colectivo la denominada «compensación por festivos suprimidos» en las gratificaciones extraordinarias de julio y diciembre, mantendrán su percepción a título personal en los términos que actualmente se viene percibiendo. Este complemento no será compensable ni absorbible .-conforme- ;

CUARTO.- La Disposición Adicional 2ª aplicable TdE del Convenio re refiere al premio de servicios prestados en los siguientes términos:

"La Normativa Laboral de Telefónica, texto refundido de los convenios colectivos vigentes hasta el año 1992, de los artículos vigentes en ese momento de la Reglamentación Nacional del Trabajo de 1958 y del Reglamento de Régimen Interior de 1964, contiene algunas disposiciones que responden a criterios y necesidades propias de la realidad social vigente en épocas pasadas.

Entre estas medidas se encuentra el Premio de Servicios Prestados regulado en el artículo 207 de la Normativa Laboral, incluido en el Capítulo XV Premios y sanciones, en el que se establece lo siguiente:

«Se otorgará a todos los empleados que hayan trabajado efectivamente en la Empresa durante un período de 40 años, sin que se considere interrupción los permisos sin sueldo inferiores a tres meses y sin que medie sanción por falta muy grave.

Este premio llevará aparejada una dotación económica equivalente a seis mensualidades completas, fraccionándose su devengo en dos partes iguales, una a los 25 años de servicio y otra a los 40, salvo que se opte por su percibo a los 40 años.

Igualmente se acreditará el citado premio al empleado que acceda a la situación de jubilación con 35 años de servicio y en las mismas condiciones anteriormente exigidas o cuando se haya declarado al empleado con dicha antigüedad en situación de incapacidad permanente absoluta o a sus derechohabientes en caso de fallecimiento.»

Se trata, por tanto, de un premio vinculado a la prestación efectiva de servicios durante los períodos que en el mismo se establecen y a la ausencia de faltas muy graves, que se percibe sólo cuando concurren esas circunstancias.

De esta forma, a partir de 1 de enero de 2016, los empleados que pertenezcan a la plantilla de TdE en esa fecha, podrán solicitar durante el primer trimestre del año 2016 la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa en el percibo del mismo, con la siguiente proporcionalidad:

- Para los que tengan menos de 25 años de servicio, una veinticincoava parte por cada año de servicio de tres mensualidades,

- Para los que hayan percibido la mitad del premio y tengan más de 25 años de servicio, percibirán una quinceava parte de tres mensualidades por cada año transcurrido desde la percepción del anterior premio.

En ambos casos se prorratearán los periodos inferiores al año, se abonará en el primer trimestre de 2016 y con el percibo de dichas cantidades, se considerarán liquidadas las expectativas generadas.

Aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantendrán a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo.

Queda derogado expresamente el artículo 207 de la Normativa Laboral de Telefónica de España."- conforme-.

Dicha disposición adicional fue nuevamente redactada por el Acuerdo de prórroga del convenio obedeciendo al siguiente tenor:

"Disposición adicional segunda. Premio servicios prestados.



Se modifica la disposición adicional segunda referente a premio de servicios prestados con el fin de abrir un plazo extraordinario entre el 1 de diciembre de 2017 y el 31 de enero de 2018, abierto exclusivamente para los nacidos en 1965, en los que podrán solicitar la percepción de una cantidad en concepto de Premio de Servicios Prestados para compensar su expectativa del percibo del mismo con la misma proporcionalidad y cuantía que les hubiera correspondido si lo hubieran solicitado dentro del período que se estableció en el momento de la firma del CEV. En consecuencia, quedan excluidos aquellos empleados que no lo hubieran solicitado en el plazo original pero que hayan percibido el premio en activo por haber cumplido los 25 o 40 años de servicio con posterioridad a 1 de enero de 2016.

De esta forma la disposición adicional segunda quedaría redactada como sigue:

«Premio servicios prestados.

La Normativa Laboral de Telefónica, texto refundido de los Convenios colectivos vigentes hasta el año 1992, de los artículos vigentes en ese momento de la Reglamentación Nacional del Trabajo de 1958 y del Reglamento de Régimen Interior de 1964, contiene algunas disposiciones que responden a criterios y necesidades propias de la realidad social vigente en épocas pasadas.

Entre estas medidas se encuentra el Premio de Servicios Prestados regulado en el artículo 207 de la Normativa Laboral, incluido en el capítulo XV Premios y sanciones, en el que se establece lo siguiente:

"Se otorgará a todos los empleados que hayan trabajado efectivamente en la Empresa durante un período de 40 años, sin que se considere interrupción los permisos sin sueldo inferiores a tres meses y sin que medie sanción por falta muy grave.

Este premio llevará aparejada una dotación económica equivalente a seis mensualidades completas, fraccionándose su devengo en dos partes iguales, una a los 25 años de servicio y otra a los 40, salvo que se opte por su percibo a los 40 años.

Igualmente se acreditará el citado premio al empleado que acceda a la situación de jubilación con 35 años de servicio y en las mismas condiciones anteriormente exigidas o cuando se haya declarado al empleado con dicha antigüedad en situación de incapacidad permanente absoluta o a sus derechohabientes en caso de fallecimiento."

Se trata por tanto, de un premio vinculado a la prestación efectiva de servicios durante los períodos que en el mismo se establecen y a la ausencia de faltas muy graves, que se percibe sólo, cuando concurren esas circunstancias.

De esta forma, a partir de 1 de enero de 2016, los empleados que pertenezcan a la plantilla de TDE en esa fecha, podrán solicitar durante el primer trimestre del año 2016 la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa en el percibo del mismo, con la siguiente proporcionalidad:

- Para los que tengan menos de 25 años de servicio, una veinticincoava parte por cada año de servicio de tres mensualidades,
- Para los que hayan percibido la mitad del premio y tengan más de 25 años de servicio, percibirán una quinceava parte de tres mensualidades por cada año transcurrido desde la percepción del anterior premio.

En ambos casos se prorratearán los periodos inferiores al año, se abonará en el primer trimestre de 2016 y con el percibo de dichas cantidades, se considerarán liquidadas las expectativas generadas.

Adicionalmente y de forma extraordinaria, entre el 1 de diciembre de 2017 y el 31 de enero de 2018, se abrirá un plazo exclusivo para aquellos empleados nacidos en 1965, en el que podrán solicitar, si no lo hubieran hecho en primer período establecido, la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa del percibo del mismo. Los requisitos para su percepción, proporcionalidad y cuantía a liquidar serán exactamente los mismos que le hubieran sido de aplicación y hubieran tenido derecho a percibir si lo hubieran solicitado en el primer trimestre de 2016.

La cantidad que corresponda será liquidada en la nómina del mes de febrero de 2018.

Aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantendrán a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo.

Queda derogado expresamente el artículo 207 de la Normativa Laboral de Telefónica de España.»

QUINTO. - El acuerdo del Consejo de ministros de 21.12.77 suprimió las fiestas del 18 de julio y 19 de marzo, reduciendo a 11 las fiestas. (Hecho conforme)



SEXTO .- La parte demandante acudió a la Comisión de interpretación y vigilancia del convenio colectivo y a la Comisión paritaria de negociación permanente del convenio colectivo, con el fin de evitar la interposición del presente conflicto colectivo punta (descripción 20 y 21).

En fecha 19 de septiembre de 2017 se celebró el procedimiento de mediación ante el SIMA teniendo como resultado la falta de acuerdo entre las partes intervinientes. (Descripción 5)

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial* , en relación con lo establecido en los *artículos 8.1 y 2 h) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social* .

SEGUNDO .- En cuanto a los hechos declarados probados, los mismos o bien se trata de hechos conformes o se obtienen de las fuentes de prueba que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

TERCERO .- Expuestas como han sido en el antecedente fáctico tercero de la presente resolución la pretensión de la actora, así como lo argumentado en su defensa, y los motivos de oposición de las demandadas que no se han adherido a la demanda, se impone resolver en primer lugar la alegada por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES S.A.U la excepción de falta de legitimación pasiva, tanto ad procesum como ad causam que justifican en que, pretendiéndose la nulidad de dos disposiciones del convenio que resultan exclusivamente de aplicación a los empleados de Telefónica de España S.A.U que son los que venían percibiendo estos complementos. A esta excepción se opone la parte demandante porque las empresas codemandadas son integrantes de la Comisión negociadora del convenio y deben traerse el proceso en virtud de lo dispuesto en el artículo 165.2 de la LRJS .

La excepción alegada no puede tener favorable acogida toda vez que encontrándonos ante un procedimiento de impugnación convenio de colectivo, la norma a aplicar en materia de legitimación pasiva es el art. 165.2 de la LRJS que al respecto dispone: "2. Estarán pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio .", de lo que se colige la legitimación pasiva de las empresas codemandadas, en cuanto que sus representantes en la Comisión Negociadora suscribieron el Acuerdo que se impugna y ello, con independencia de la trascendencia o intrascendencia que para las mismas pueda tener una eventual sentencia estimatoria de la demanda y del pronunciamiento que en su momento se haga sobre el fondo del asunto. Significando que esta misma excepción ya fue resuelta y desestimada en SAN de 31-1-2017, proc. 319/2016 en un supuesto sustancialmente idéntico, proceso de impugnación del mismo convenio frente a Telefónica de España SAU , Telefónica Móviles España , SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU, por lo que razones de seguridad jurídica imponen igual solución al supuesto ahora examinado.

CUARTO.- La presente impugnación solicita la nulidad de determinados preceptos del Convenio Colectivo y por ende de su prórroga, que , a criterio de la parte demandante, vienen a limitar los derechos de los trabajadores de Telefónica de España por la mera fecha de ingreso de la plantilla en la Empresa, estableciendo diferenciaciones retributivas injustificadas en dos conceptos: la compensación por Festivos Suprimidos (Disposición Adicional Primera apartado g) y el Premio de Servicios Prestados (Disposición Adicional Segunda).

&nb sp;

Para resolver las cuestiones que se suscitan hemos de recordar la Doctrina que la Sala IV del Tribunal Supremo viene manteniendo con relación a las cláusulas de doble escala salarial por razón de fecha de ingreso en la empresa, la cual aparece resumida en la STS de 9-3-2017 (rco. 135/2.016) de la forma siguiente:

"Siguiendo las doctrina sentadas en las STC 171/1989 , 119/2002 y 27/2004, la jurisprudencia de esta Sala IV del Tribunal ha mantenido una postura contraria a admitir que el convenio colectivo pueda establecer diferencias retributivas entre los trabajadores basadas exclusivamente en la circunstancia de la fecha de ingreso en la empresa, «... a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas».

El convenio colectivo, como instrumento de regulación insertado en el Ordenamiento jurídico, está facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, pero, 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 (STS/4ª de 27 septiembre 2007 - rec.



37/2006 -, 18 junio y 11 noviembre 2010 -rec. 152/2009 y 153/2009, respectivamente -, 12 noviembre 2013 -rcud. 62/2013 -, 21 octubre 2014 -rec. 308/2013 -, 29 noviembre 2015 -rec. 304/2014 - y 11 julio 2016 -rec. 193/2015 -).

En congruencia con ello, hemos rechazado que existiera un trato desigual contrario a Derecho en aquellos supuestos en que la desigualdad retributiva era paralela a diferencias en otras condiciones, características o aspectos de la prestación de los trabajadores comparados (así, STS/4ª de 17 enero 2002 -rcud. 1204/2001 -, 13 octubre 2004 -rec. 132/2003-, 11 octubre 2011 -rec. 146/2010- y 16 enero 2012 -rec. 36/2011-).

3. Respecto de la justificación de la diferencia retributiva, hemos aceptado que pueda 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 de forma estática; lo que implica 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» (STS/4ª de 10 noviembre 2010 -rec. 140/2009 -).

Como resumíamos en la STS/4ª de 21 diciembre 2007 (rec. 1/2007), 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». Y añadíamos que «es rechazable una cláusula de diferenciación que no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que insta, sin que -se insista- conste justificación, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados por tanto a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa»".

Dicho lo cual hemos de examinar las concretas pretensiones de la actora:

I.- En lo que se refiere a la compensación por festivos suprimidos, se acredita que , desde mediados de los años 70, los trabajadores venían disfrutando de dos días más festivos al año, cuya denominación procedió a suprimirse por encontrarse relacionada con el régimen preconstitucional. Aunque se eliminó la denominación por su connotación, por acuerdo entre la representación de los trabajadores y la empresa se incluyó una compensación económica en las gratificaciones extraordinarias, que pasó a denominarse "compensación por festivos suprimidos".

Así en el art. 79 de la Normativa Laboral, aprobada por Resolución de 20 de julio de 1994, BOE de 20 de agosto de dicho año y vigente hasta la aprobación del I Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas , incluía expresamente este concepto en el apartado dedicado a las pagas extraordinarias, con el siguiente tenor literal:

"Se abonará a todos los empleados una gratificación extraordinaria en el mes de Julio y otra en el de Diciembre, por un importe equivalente a una mensualidad, entendiéndose como tal la retribución que se tenga asignada en el propio mes en que se abona en concepto de sueldo, complemento por antigüedad, gratificación por cargo o función y plus de residencia, en su caso. Queda exceptuado en todo caso el plus familiar, ayuda infantil y ayuda escolar. Dichas gratificaciones se percibirán en proporción al tiempo de servicios efectivamente prestados durante el primer o segundo semestre natural respectivamente y a la duración de la jornada realizada, en los casos de jornada reducida, teniendo en cuenta que no se considerará interrupción del servicio aquella que, cualquiera que sea su causa, tenga una duración inferior a treinta días naturales.

Asimismo, se abonará a todos los empleados una gratificación extraordinaria, durante el mes de febrero de cada año, por los beneficios obtenidos por la Empresa en el año inmediatamente anterior. La cuantía de dicha gratificación se calculará en idéntica forma que las dos gratificaciones antes expresadas y se abonará en proporción al tiempo de servicios efectivos, y en caso de jornada reducida, en proporción a la duración de la misma, efectuados por el empleado en dicho año inmediatamente anterior.

En las gratificaciones extraordinarias de Julio y Diciembre se incluirá la compensación por festivos suprimidos."

En el Convenio Colectivo actual en la Disposición Adicional Primera letra g) se mantiene igualmente dicha previsión, pero únicamente para los trabajadores y trabajadoras existentes en la empresa a la fecha de la firma del Convenio, el 25 de noviembre de 2015, eludiendo el percibo de esta cantidad para los contratados con posterioridad:

"g) *Compensación por festivos.*

Los empleados de TdE que vinieran percibiendo con anterioridad a la firma del presente Convenio Colectivo la denominada «compensación por festivos suprimidos» en las gratificaciones extraordinarias de julio y diciembre,



mantendrán su percepción a título personal en los términos que actualmente se viene percibiendo. Este complemento no será compensable ni absorbible ."

El Acuerdo del Consejo de ministros de 21.12.77 suprimió fiestas del 18 de julio y 19 de marzo, reduciendo a 11 las fiestas, y la compensación por festivos suprimidos, con arreglo al Convenio impugnado se aplica, tanto a los trabajadores contratados con anterioridad a la supresión de dichos festivos (1-1-1978), como a los contratados con posterioridad a dicha fecha pero antes del 1-1-2016, a los que no se suprimió festivo alguno, por ello la exclusión de su percepción a los trabajadores de nuevo ingreso supone una doble escala salarial proscrita y contraria al principio de igualdad consagrado en el art. 14 C.E , con arreglo a la doctrina que acabamos de exponer, y la misma carece de cualquier justificación, desde el momento en que se aplica a trabajadores a los que no se privó del disfrute de festivo alguno, por ello debe tener favorable acogida la demanda en este punto.

II.- En lo que se refiere al Premio de Servicios Prestados, regulado antes de la vigencia del I Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas, en el artículo 207 de la denominada Normativa Laboral, consistía en una dotación económica equivalente a seis mensualidades completas para los trabajadores con 40 años de antigüedad (en determinados casos 35 años de antigüedad), fraccionándose su devengo en dos partes iguales: una a los 25 años de servicios y otra a los 40 (o en su caso 35 años):

"Se otorgará a todos los empleados que hayan trabajado efectivamente en la Empresa durante un período de 40 años, sin que se considere interrupción los permisos sin sueldo inferiores a tres meses y sin que medie sanción por falta muy grave.

Este premio llevará aparejada una dotación económica equivalente a seis mensualidades completas, fraccionándose su devengo en dos partes iguales, una a los 25 años de servicio y otra a los 40, salvo que se opte por su percibo a los 40 años.

Igualmente se acreditará el citado premio al empleado que acceda a la situación de jubilación con 35 años de servicio y en las mismas condiciones anteriormente exigidas o cuando se haya declarado al empleado con dicha antigüedad en situación de incapacidad permanente absoluta o a sus derechohabientes en caso de fallecimiento".

Mediante la Disposición Adicional Segunda del Convenio, viene a derogarse dicho premio para los trabajadores que se incorporen a la empresa más allá del 1 de enero de 2016, con el siguiente tenor literal tal como se encontraba redactada la Disposición adicional segunda en el I Convenio:

"Se trata por tanto, de un premio vinculado a la prestación efectiva de servicios durante los períodos que en el mismo se establecen y a la ausencia de faltas muy graves, que se percibe sólo cuando concurren esas circunstancias. De esta forma, a partir de 1 de enero de 2016, los empleados que pertenezcan a la plantilla de TdE en esa fecha, podrán solicitar durante el primer trimestre del año 2016 la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa en el percibo del mismo, con la siguiente proporcionalidad:

- Para los que tengan menos de 25 años de servicio, una veinticincoava parte por cada año de servicio de tres mensualidades, - Para los que hayan percibido la mitad del premio y tengan más de 25 años de servicio, percibirán una quinceava parte de tres mensualidades por cada año transcurrido desde la percepción del anterior premio. En ambos casos se prorratearán los periodos inferiores al año, se abonará en el primer trimestre de 2016 y con el percibo de dichas cantidades, se considerarán liquidadas las expectativas generadas. Aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantendrán a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo. Queda derogado expresamente el artículo 207 de la Normativa Laboral de Telefónica de España. "

La prórroga del I Convenio publicada el 4 de febrero de 2017, modifica en parte la redacción original para abrir un plazo extraordinario de solicitud de adelanto de la percepción del premio, si bien en lo sustancial que afecta a la presente demanda, la exclusión de los trabajadores contratados después del 1 de enero de 2016, se mantiene en idénticos términos:

" Se trata por tanto, de un premio vinculado a la prestación efectiva de servicios durante los períodos que en el mismo se establecen y a la ausencia de faltas muy graves, que se percibe sólo, cuando concurren esas circunstancias. De esta forma, a partir de 1 de enero de 2016, los empleados que pertenezcan a la plantilla de TDE en esa fecha, podrán solicitar durante el primer trimestre del año 2016 la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa en el percibo del mismo, con la siguiente proporcionalidad: - Para los que tengan menos de 25 años de servicio, una veinticincoava parte por cada año de servicio de tres mensualidades, - Para los que hayan percibido la mitad del premio y tengan más de 25 años de servicio, percibirán una quinceava parte de tres mensualidades por cada año transcurrido desde la percepción del anterior premio. En ambos casos se prorratearán los periodos inferiores al año, se abonará en el primer trimestre de 2016 y con el percibo de dichas



cantidades, se considerarán liquidadas las expectativas generadas. Adicionalmente y de forma extraordinaria, entre el 1 de diciembre de 2017 y el 31 de enero de 2018, se abrirá un plazo exclusivo para aquellos empleados nacidos en 1965, en el que podrán solicitar, si no lo hubieran hecho en primer período establecido, la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa del percibo del mismo. Los requisitos para su percepción, proporcionalidad y cuantía a liquidar serán exactamente los mismos que le hubieran sido de aplicación y hubieran tenido derecho a percibir si lo hubieran solicitado en el primer trimestre de 2016. La cantidad que corresponda será liquidada en la nómina del mes de febrero de 2018. Aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantendrán a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo. Queda derogado expresamente el artículo 207 de la Normativa Laboral de Telefónica de España.»

Trasladando las consideraciones de la doctrina antes expuesta al caso de autos, lo primero que observamos es que el precepto convencional cuya nulidad se postula no se ha limitado simplemente a conservar de manera estática el premio por servicios prestados, como derecho adquirido de los trabajadores ingresados antes de 1 de enero de 2016, sino que le atribuye un carácter dinámico, permitiendo a aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantener a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo.

Llegados a este punto, el siguiente paso lógico es determinar si concurren entonces circunstancias que pudieren justificar este diferente tratamiento de unos y otros trabajadores, de manera razonable, objetiva, equitativa y proporcionada, que supere los parámetros de legalidad que exige la precitada doctrina jurisprudencial, y con arreglo a lo que se exponía hemos de concluir que dicha justificación concurre, por cuanto que se trata de mantener un derecho de los trabajadores en curso de adquisición- lo que con arreglo a la doctrina expuesta justificaría una diferencia de trato- cuya consumación no queda supeditada únicamente a la adquisición de un tiempo de permanencia en la empresa, sino que a dicha antigüedad se le añade la condición de no haber sido sancionado durante dicho tiempo por falta muy grave.

No consideramos que resulte a este supuesto aplicable la doctrina contenida en la STS de 20-4-2017 (rec.145/2017), que con relación al Convenio colectivo estatal de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos, consideró ilegal la supresión del premio de vinculación para los trabajadores de nuevo ingreso, confirmando la SAN de 8-2-2016 que así lo declaró, por cuanto que:

- 1.- en dicho caso, no se justificó la desigualdad de trato en el mantenimiento de derechos en curso de adquisición, como aquí se ha efectuado;
- 2.- además, la percepción del mismo no aparecía vinculada a otra condición distinta de la mera antigüedad en la empresa, a diferencia del presente caso en el que se añade la condición de la ausencia de sanción.

Por todo ello, desestimaremos la segunda de las pretensiones de la demanda.

QUINTO .- Lo razonado en los fundamentos anteriores debe llevar a la estimación parcial de la demanda aplicando la doctrina constitucional, en los supuestos de discriminación normativa -sea de disposición legal ordinaria o pactada-, que impone la llamada «equiparación en lo favorable», de forma que desigualdad de tratamiento ha de corregirse con la eliminación de la disposición que establece el trato peyorativo y la aplicación del tratamiento más beneficioso también al colectivo discriminado (SSTC 103/1983, de 22/ Noviembre, FJ 7 ; 104/1983, de 23/Noviembre, FJ 7 ; 145/1991, de 1/Julio, FJ 6 ; y 286/1994, de 27/Octubre , FJ 6). Debiendo ordenarse la correspondiente comunicación a la Autoridad Laboral a los efectos previstos en el art. 166 de la Ley reguladora de la jurisdicción social .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Previa desestimación de las excepciones de falta de legitimación pasiva ad procesum y ad causam alegadas por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES S.A.U, estimamos parcialmente la demanda formulada por D^a Delfina , Secretaria General del sindicato ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST), a la que se han adherido CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (CGT), SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES-UTS (STC-UTS), y SINDICATO DE COMISIONES DE BASE (Co.Bas), contra, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.A.U, COMITÉ INTERCENTROS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., COMISIONES OBRERAS (CCOO), y UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), siendo parte el MINISTERIO FISCAL, declaramos la nulidad por no ser ajustados a derecho del apartado g) de la Disposición Adicional Primera, en cuanto a la exclusión de los trabajadores contratados desde la firma del Convenio Colectivo del I Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas , entre



Telefónica de España, S.A.U. Telefónica Móviles España, S.A.U y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, S.A.U. (código de convenio nº 90100303012015) que fue suscrito con fecha 25 de noviembre de 2015, y su prórroga, por conculcar la legalidad vigente, DESESTIMANDO el resto de pretensiones contenidas en la demanda.

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 art. 166 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de los Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0153 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0153 18, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

Que formula la Magistrada Ilma. Sra. D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA a la sentencia dictada en el procedimiento de impugnación de convenio colectivo N.º 153/2018.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el procedimiento número 153/2018 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC .

I.-Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala y entiendo que, en todo caso, la demanda debió ser estimada íntegramente, declarando la nulidad por no ser ajustados a derecho del apartado g) de la Disposición Adicional Primera, en cuanto a la exclusión de los trabajadores contratados desde la firma del Convenio Colectivo , y la Disposición Adicional Segunda, en cuanto a la derogación del artículo 207 de la Normativa Laboral, y la supresión del premio de servicios prestados, únicamente para los trabajadores incorporados a la empresa desde el 1 de enero de 2016, del Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas , entre Telefónica de España, S.A.U. Telefónica Móviles España, S.A.U y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, S.A.U. (código de convenio nº 90100303012015) que fue suscrito con fecha 25 de noviembre de 2015, y su prórroga, por conculcar la legalidad vigente .

II.-Mostrando mi conformidad con la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva ad procesum y ad causam alegadas por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES S.A.U, así como con la estimación parcial de la demanda declarando ilegal la supresión de la compensación por festivos contenida en el I convenio de empresas vinculadas telefónica de España, telefónica móviles y telefónica de soluciones, para los trabajadores contratados con posterioridad al 1-1-2.016 por implicar una doble escala salarial proscrita por el art. 14 y doctrina jurisprudencial que lo desarrolla.

III.-Mi discrepancia se centra en la solución alcanzada por la Sala desestimando la pretensión relativa a la declaración de nulidad de la Disposición Adicional Segunda del Convenio, en cuanto a la derogación del artículo 207 de la Normativa Laboral y la supresión para los trabajadores de nuevo ingreso del premio de servicios prestados, bajo el argumento de estar justificada la diferencia de trato en la preservación de derechos en curso de adquisición.

Discrepancia que se formula en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:



1.-La Disposición Adicional Segunda del Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU, establece:

" Premio servicios prestados.

La Normativa Laboral de Telefónica, texto refundido de los convenios colectivos vigentes hasta el año 1992, de los artículos vigentes en ese momento de la Reglamentación Nacional del Trabajo de 1958 y del Reglamento de Régimen Interior de 1964, contiene algunas disposiciones que responden a criterios y necesidades propias de la realidad social vigente en épocas pasadas.

Entre estas medidas se encuentra el Premio de Servicios Prestados regulado en el artículo 207 de la Normativa Laboral, incluido en el Capítulo XV Premios y sanciones, en el que se establece lo siguiente:

«Se otorgará a todos los empleados que hayan trabajado efectivamente en la Empresa durante un período de 40 años, sin que se considere interrupción los permisos sin sueldo inferiores a tres meses y sin que medie sanción por falta muy grave.

Este premio llevará aparejada una dotación económica equivalente a seis mensualidades completas, fraccionándose su devengo en dos partes iguales, una a los 25 años de servicio y otra a los 40, salvo que se opte por su percibo a los 40 años.

Igualmente se acreditará el citado premio al empleado que acceda a la situación de jubilación con 35 años de servicio y en las mismas condiciones anteriormente exigidas o cuando se haya declarado al empleado con dicha antigüedad en situación de incapacidad permanente absoluta o a sus derechohabientes en caso de fallecimiento.»

Se trata, por tanto, de un premio vinculado a la prestación efectiva de servicios durante los períodos que en el mismo se establecen y a la ausencia de faltas muy graves, que se percibe sólo cuando concurren esas circunstancias.

De esta forma, a partir de 1 de enero de 2016, los empleados que pertenezcan a la plantilla de TdE en esa fecha, podrán solicitar durante el primer trimestre del año 2016 la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa en el percibo del mismo, con la siguiente proporcionalidad:

- Para los que tengan menos de 25 años de servicio, una veinticincoava parte por cada año de servicio de tres mensualidades,

- Para los que hayan percibido la mitad del premio y tengan más de 25 años de servicio, percibirán una quinceava parte de tres mensualidades por cada año transcurrido desde la percepción del anterior premio.

En ambos casos se prorratearán los periodos inferiores al año, se abonará en el primer trimestre de 2016 y con el percibo de dichas cantidades, se considerarán liquidadas las expectativas generadas.

Aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantendrán a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo.

Queda derogado expresamente el artículo 207 de la Normativa Laboral de Telefónica de España."

2.-Por tanto, mediante la Disposición Adicional Segunda del Convenio, viene a derogarse dicho premio para los trabajadores que se incorporen a la empresa más allá del 1 de enero de 2016.

3.-La prórroga del I Convenio publicada el 4 de febrero de 2017, modifica en parte la redacción original para abrir un plazo extraordinario de solicitud de adelanto de la percepción del premio, si bien en lo sustancial que afecta a la presente demanda, la exclusión de los trabajadores contratados después del 1 de enero de 2016, se mantiene en idénticos términos:

" *Se trata, por tanto, de un premio vinculado a la prestación efectiva de servicios durante los períodos que en el mismo se establecen y a la ausencia de faltas muy graves, que se percibe sólo, cuando concurren esas circunstancias.*

De esta forma, a partir de 1 de enero de 2016, los empleados que pertenezcan a la plantilla de TDE en esa fecha, podrán solicitar durante el primer trimestre del año 2016 la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa en el percibo del mismo, con la siguiente proporcionalidad:

- Para los que tengan menos de 25 años de servicio, una veinticincoava parte por cada año de servicio de tres mensualidades,



- Para los que hayan percibido la mitad del premio y tengan más de 25 años de servicio, percibirán una quinceava parte de tres mensualidades por cada año transcurrido desde la percepción del anterior premio.

En ambos casos se prorratearán los periodos inferiores al año, se abonará en el primer trimestre de 2016 y con el percibo de dichas cantidades, se considerarán liquidadas las expectativas generadas.

Adicionalmente y de forma extraordinaria, entre el 1 de diciembre de 2017 y el 31 de enero de 2018, se abrirá un plazo exclusivo para aquellos empleados nacidos en 1965, en el que podrán solicitar, si no lo hubieran hecho en primer período establecido, la percepción de una cantidad en concepto de PSP para compensar su expectativa del percibo del mismo. Los requisitos para su percepción, proporcionalidad y cuantía a liquidar serán exactamente los mismos que le hubieran sido de aplicación y hubieran tenido derecho a percibir si lo hubieran solicitado en el primer trimestre de 2016. La cantidad que corresponda será liquidada en la nómina del mes de febrero de 2018.

Aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantendrán a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo.

Queda derogado expresamente el artículo 207 de la Normativa Laboral de Telefónica de España.»

4.-La parte demandante considera aplicable al supuesto de autos la doctrina citada y aplicada en la SAN de 8-2-2016, proc. 349/2015 (SS 21-10-14 , recurso 308/2013 y 9-02- 2011 , recurso 238/2009), así como en la STS de 20-04-2017, recurso 145/2016 que confirma la sentencia de la SAN antes citada en la que se argumenta:

"La S. de 9-2-2011 citada recoge: "...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 negocial del empresario, el contrato de trabajo o un acuerdo extraestatutario-, 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 cuál 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). "

La S de 21-10-14 (rec. 308/2013), en relación con el principio de igualdad, que nuestra Constitución en su artículo 14 proclama y garantiza, y su aplicación en el campo de las relaciones laborales, y más concretamente, con respecto a los Convenios Colectivos, señala, conviene recordar la doctrina esta Sala sentada en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (recurso 2009) que resolvió asunto similar al aquí controvertido, hace recordatorio de la jurisprudencia en los siguientes términos:

" QUINTO. - En cuanto a la primera de las denuncias articuladas, por violación por errónea aplicación del art. 14 C.E., esta Sala en su sentencia de 27-09-2007 (R-37/06) ya se pronunció en un caso similar, entre las mismas partes litigantes y en relación al art. 29 del Convenio Colectivo 2005-2007, de contenido idéntico al anterior. En dicha sentencia con apoyo en otras anteriores la Sala en concreto con la de 3-10-2000 y con cita de la del Tribunal Constitucional 21/1998 de 12 de enero, en relación al ámbito del art. 14 C.E. en las relaciones laborales, después de dejar constancia, que 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 o E.T. lo que no podía considerarse como vulnerador del principio de igualdad y ello porque el Convenio Colectivo, aunque ciertamente ha de respetar las exigencias indeclinables del derecho de igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues 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 E.T., 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 y, en concreto, le está vedado 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 E.T., 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, se llegaba a la conclusión en cuanto al tema de fondo también aquí planteado que si bien es verdad que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, modificó el art. 25 del E.T., 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."

"SEXTO.- Aplicando dicha doctrina al caso de autos teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial antes aludida que viene a decir que el tiempo de ingreso en la empresa no es por sí solo un elemento objetivo, razonable y proporcionado de diferenciación de la retribución del trabajo en convenio colectivo, aunque sí puede serlo cuando viene acompañado de otros factores concomitantes con virtualidad justificativa, y que en el caso enjuiciado la empresa no ha acreditado la existencia de estos factores justificativos. pues no lo son, desde luego, los argumentos generales sobre la autonomía colectiva y la licitud en abstracto del complemento de antigüedad, la conclusión a la que se llega es al rechazo de la señalada denuncia, pues al igual que acontecía en los supuestos resueltos por las sentencias referenciadas, en el presente caso la diferencia de trato no aparece justificada más que en la distinta fecha de ingreso de unos y otros trabajadores en la empresa, sin que se haya acreditado que concurra ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente tanto cuantitativa como cualitativa, equilibradas y compensadas, que pudiera justificar la diferencia entre empleados antiguos y modernos, como sucedía en nuestra sentencia de 12 de noviembre de 2002 (R-4334/2001)".

5.-Trasladando las consideraciones de la doctrina antes expuesta al caso de autos, lo primero que observamos es que el precepto convencional cuya nulidad se postula no se ha limitado simplemente a conservar de manera estática el premio por servicios prestados, como derecho adquirido de los trabajadores ingresados antes de 1 de enero de 2016, sino que le atribuye un carácter dinámico, permitiendo a aquellos empleados que no



manifiesten su voluntad de liquidar el premio, mantener a título personal el derecho a percibirlo si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el citado artículo y en las condiciones del mismo.

Llegados a este punto, el siguiente paso lógico es determinar si concurren entonces circunstancias que pudieren justificar este diferente tratamiento de unos y otros trabajadores, de manera razonable, objetiva, equitativa y proporcionada, que supere los parámetros de legalidad que exige la precitada doctrina jurisprudencial.

La parte demandante sostiene que las situaciones de los trabajadores contratados antes o después de 1 de enero de 2016 para percibir el premio por servicios prestados son completamente homogéneas, no justificándose en modo alguno una doble escala salarial o una retribución inferior basada en diferencias razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas y tampoco se establece ningún tipo de compensación equivalente a los empleados contratados con posterioridad a una determinada fecha. Con ello la empresa y los firmantes del convenio vienen a introducir un trato diferenciado y peyorativo de manera injustificada a los trabajadores de nuevo ingreso. Se establecen límites temporales arbitrarios que vienen a conculcar el principio constitucional de igualdad y el principio legal de igualdad salarial recogido en el artículo 28 del ET .

Respecto a la justificación de la diferencia retributiva, el TS ha aceptado que " pueda 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 de forma estática; lo que implica que tiene que limitarse a conservar los derechos ya reconocidos a los trabajadores en el momento que se produce el cambio normativo, sin que se establezcan dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro." (STS 9-03-2017).

La cláusula convencional que constituye el objeto de la impugnación de la demanda, si bien, en parte, garantiza los derechos adquiridos por los trabajadores, que de acuerdo con la normativa laboral aplicable con anterioridad tienen reconocidos o en curso de reconocimiento, lo que es aceptable si se limita 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 salariales diferentes y abiertos al futuro (STS de 10 de noviembre de 2010 ,rec 140/2009) , mantiene a título personal el derecho a percibir el premio de servicios prestados si se llegan a dar las circunstancias establecidas en el artículo 207 de la normativa laboral y en las condiciones del mismo a aquellos empleados que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio, por lo que instaura un trato diferenciado, sin que conste justificación del trato diferenciado a los trabajadores por el mero hecho de haber ingresado en la empresa en una u otra fecha, lo cual vulnera el derecho de igualdad de los trabajadores contratados con posterioridad a 1 de enero de 2016, puesto que se vincula exclusivamente a la fecha de ingreso en la empresa. No se justifica en modo alguno la razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia consignada en el convenio.

La diferencia de tratamiento no puede tampoco justificarse en virtud de la garantía de derechos adquiridos, como la Sala de lo social del TS 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 de la exclusión del premio de servicios prestados que ya venía regulado en la normativa precedente, para los trabajadores que se incorporan a partir de 1 de enero de 2016 y la distinta fecha de ingreso en la empresa por sí sola, no puede justificar la exclusión de este premio de un grupo de trabajadores respecto del otro.

No concurren previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva. Factores o elementos tales como: algún tipo de contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el artículo 14.

6.- Así lo ha declarado la SAN de 8 de febrero de 2016, proc. 349/2015 , confirmada por STS de 29 de abril de 2017 ,recurso 145/2016 , en relación al premio de vinculación regulado de una manera similar en el artículo 25 del Convenio Colectivo Estatal de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos que estableció, " Las empresas abonarán, en concepto de premio de vinculación, a los trabajadores incluidos dentro del ámbito funcional del presente convenio al 31 de diciembre de 2014, el importe correspondiente a 1,8 mensualidades del salario de nivel, al cumplir 25 años de antigüedad en la empresa. Igualmente se percibirán 2,2 mensualidades del salario de nivel al cumplir 30, 35, 40, 45 y 50 años de antigüedad en la empresa.

Dichas mensualidades equivalen al importe establecido en el artículo 20, relativo a las gratificaciones extraordinarias.



Los trabajadores contratados con posterioridad al 31 de diciembre de 2014, no generarán el derecho a la percepción de este premio. " Existiendo preceptos contenidos en los precedentes convenios colectivos atinentes al premio de vinculación, como sucede en el precepto analizado en autos en el que se suprime el premio de servicios prestados, manteniéndolo para aquellos empleados que en fecha 1 de enero de 2016 pertenezcan a la plantilla de TdE y que no manifiesten su voluntad de liquidar el premio.

7.-Dicho esto, considero que la Sala debe obligarse a realizar una interpretación respetuosa con los principios, derechos y valores constitucionales en juego (artículo 9.3 CE) en aras a potenciar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la Ley, entendiendo más ajustada a derecho la solución que en su día presenté como proyecto y que ahora se reproduce en este voto particular.

En consecuencia, lo procedente hubiera sido la estimación íntegra de la demanda declarando la nulidad de la Disposición Adicional Segunda del Convenio colectivo en cuanto a la derogación del artículo 217 de la Normativa Laboral, y la derogación del premio de servicios prestados únicamente para los trabajadores incorporados a la empresa desde el 1 de enero de 2016, por conculcar la legalidad vigente. Significando que, el premio de servicios prestados entra dentro del amplio concepto de salario, pues es una retribución que se satisface como remuneración a una larga prestación de servicios y que su única razón de ser es remunerar una notable antigüedad en la prestación del trabajo a la empresa, y se considera salario, de acuerdo con el número 1 del artículo 26 ET , por tratarse de una percepción económica que se recibe precisamente a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada, así lo ha declarado el TS en S. de 22 de julio de 2003, recurso 80/2002 .

Madrid 10 de septiembre de 2018