



Roj: **STS 4655/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4655**

Id Cendoj: **28079140012017100887**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2017**

Nº de Recurso: **1826/2016**

Nº de Resolución: **987/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 464/2016,**
STS 4655/2017

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1826/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 987/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 12 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., representada por la procuradora D.^a Pilar González Velasco, y por D. Miguel Ángel , representado y defendido por la letrada D.^a Elena García García, contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación núm. 728/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Talavera de la Reina, de fecha 18 de febrero de 2014 , recaída en autos núm. 155/2013, seguidos a instancia de D. Miguel Ángel contra Telefónica de España, S.A.U., sobre reclamación de cantidad.

Ambas partes han comparecido en calidad de recurrentes y recurridas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de febrero de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Talavera de la Reina dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:



« 1º. - El actor D. Miguel Ángel , cuyas demás circunstancias constan en su demanda, ha venido prestando servicios para la empresa demandada con la categoría de Titulado/Técnico medio de segunda, con salario bruto mensual de 3.867,11 euros con inclusión de p.p. de pagas extras. En la fecha de presentación de la demanda y desde junio de 2012 ostenta un puesto de jefatura fuera de convenio.

2º. - El actor se incorporó a Telefónica de España SAU el día 1 de julio de 2006, tras la absorción de la empresa Telefónica Data España donde había comenzado a trabajar el 12 de enero de 2001. La categoría que ostentaba en la precitada empresa era la de técnico especializado, percibiendo un salario mensual bruto de 1.959,07 euros a la fecha de la absorción.

3º. - Con motivo de ello y en aplicación de los acuerdos de absorción y de las previsiones del Convenio Colectivo 2008- 2010 (BOE 14.12.2008), al actor se le reconoce inicialmente en Telefónica SAU España, la categoría de "operador técnico de planta interna", el día 28 de julio de 2008. Al efecto al actor se le comunica lo siguiente: Dentro de este marco y por lo que se refiere a tu situación personal, con efectos de 1 de enero de 2008 y atendiendo a las funciones que realizas en la actualidad y a la Tabla de Equivalencias recogida en el Plan de Integración, que figura como Anexo 1 del Convenio Colectivo, has sido encuadrado en el Sistema de Clasificación Profesional actual de Telefónica de España en el Grupo/Subgrupo Laboral de Operadores Técnicos de Planta Interna. Tu fecha de antigüedad en la empresa es la que tenías reconocida. Además, y a efectos de tu nueva adscripción al citado Sistema, la fecha de referencia es el 1 de julio de 2006. En consecuencia, y si hubieras estado prestando tus servicios ininterrumpidamente desde dicha fecha, se te abonará el primer bienio por permanencia de dos años en la referida categoría a partir del 1 de julio de 2008 y el incremento salarial correspondiente al ascenso por pase de nivel dentro del Grupo/Subgrupo Laboral en su caso el 1 de julio de 2009.

4º. - En virtud de reclamación que el actor efectuó con fecha 28 de noviembre de 2008, se modificó la anterior adscripción funcional y se le adscribió al grupo de Titulados y Técnicos Medios (Ntransitorio), una vez reunida la comisión de clasificación profesional creada en el convenio para proceder a la integración de los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas, tras valorar las funciones de su puesto. Se procede a la regularización de salarios desde 1.1.2008 y su salario mensual se fija en 2.349,85 euros brutos.

5º. - En aplicación del convenio 2008-2010 y del artículo 6 de la normativa laboral de la empresa (BOE 20.8.1994) mantenida en vigor por los sucesivos convenios (en adelante NL), el actor promociona el 1 de julio de 2009 a la categoría de Titulado Técnico Medio de 2ª, tras permanecer tres años en la de Titulado Técnico Medio de entrada, que se le había asignado en la fecha de la integración en Telefónica SAU España, 1 de julio de 2006.

6º. - Por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2011 dictada en recurso de casación ordinaria, (recurso 238/2009 , ponente A. Desdentado Bonete), interpuesto por el sindicato AST frente a la sentencia desestimatoria de demanda de impugnación de convenio colectivo, dictada por la Audiencia Nacional, se anularon en parte algunas de las previsiones contenidas en el Anexo I del convenio 2008-2010, referidas a la forma de realizar la integración de los trabajadores de las empresas absorbidas. El fallo de la sentencia es del siguiente tenor literal: "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 (AS 2009, 3028), en autos nº 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: 1º) Anulamos el párrafo final del Anexo I.3, que contiene la especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo. 2º) Anulamos 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.

7º.- Por el sindicato recurrente se instó la ejecución del fallo ante la Audiencia Nacional que por auto de 9 de febrero de 2012 acuerda inadmitir la ejecución remitiendo a la reclamación individual.

8º.- El actor ha solicitado a la empresa e intentado la conciliación previa para que se le reconozca el derecho y se le abonen las diferencias que reclama, habiéndose celebrado el acto de conciliación sin avenencia».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Estimo parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Miguel Ángel contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU sobre reclamación de derechos y cantidad, por lo que condeno a dicha demandada a que reconozca y abone al demandante los bienios o complemento de antigüedad, computados desde la fecha de la antigüedad que tiene reconocida en la empresa y asimismo condeno a la demandada a que abone al actor la cantidad de 10.069,26



euros por los devengados durante el periodo a que se contrae su reclamación. Se absuelve a la demandada de las demás pretensiones de la demanda».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones de D. Miguel Ángel y de Telefónica de España, S.A.U., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Miguel Ángel contra la sentencia dictada el 18-2-14 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Toledo con sede en Talavera de la Reina, en virtud de demanda presentada por el indicado contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y el FOGASA. Sin costas. Desestimamos igualmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra la sentencia ya reseñada, dictada en el proceso y con las partes también indicadas. Ordenamos la pérdida del depósito y de la consignación constituidos para recurrir a los que deberá darse el destino legalmente previsto en cada caso, e imponemos a la recurrente las cosas procesales, que incluyen los honorarios de letrado, y que prudencialmente fijamos en 500 €. Rechazados los dos recursos, queda confirmada en su integridad la resolución de instancia».

TERCERO.- Por la representación de Telefónica de España, S.A.U. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 19 de mayo de 2014 (RSU. 1977/2013). El recurso se fundamenta en la infracción de los artículos 3.1 c), 4.2, 3.3 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, por interpretación errónea, y los artículos 6 y 80 de la Normativa Laboral de Telefónica, en relación con el artículo 85 del mismo cuerpo legal.

Por la representación procesal de D. Miguel Ángel se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 24 de julio de 2014 (RSU. 164/2014). El recurso se fundamenta en la infracción de los artículos 6 de la Normativa Laboral de Telefónica, y los artículos 24 y 44.1 del ET, el art. 14 párrafo primero de la Constitución, así como la doctrina consignada en la sentencia de esta Sala Cuarta, de fecha 9 de febrero de 2011 (RC 238/2009).

CUARTO.- Admitidos a trámite los presentes recursos, se dio traslado de los escritos de interposición y de los autos a las representaciones procesales de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del recurso de la empresa y la procedencia del recurso interpuesto por el trabajador.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y antecedentes del caso.

1. - En la demanda origen de estas actuaciones ejercita el trabajador dos pretensiones diferentes.

De una parte interesa que se le reconozca, a efectos de promoción profesional, toda la antigüedad que acredita desde el inicio de la relación laboral en su anterior empresa que ha sido absorbida por la demandada, que no solo la generada desde el momento de la subrogación el 1 de julio de 2006.

De otra, que esa misma antigüedad sea la tenida en consideración para la percepción del complemento retributivo por bienes.

La sentencia del juzgado de lo social estima parcialmente la demanda y acoge la segunda de tales pretensiones, para rechazar en cambio la relativa al ascenso de categoría.

Recurren ambas partes en suplicación, reiterando el trabajador la pretensión sobre promoción profesional desestimada en la instancia, y la empresa, que se niegue el derecho a computar los bienes conforme a la antigüedad derivada de la fecha de ingreso en la primera empresa.

2.- La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 26 de febrero de 2016, rec.728/2015, desestima ambos recursos de suplicación y confirma en sus términos la sentencia del juzgado.

Contra dicha resolución recurren ambas partes en casación para la unificación de doctrina.

El recurso del trabajador se articula en un único motivo, que denuncia infracción del art. 6 de la Normativa Laboral de Telefónica (cláusula sexta del Convenio Colectivo 2011 - 2013), y arts. 24 y 44.1 ET, art. 14 de la



Constitución , alegando de contraste la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 24 de julio de 2014, rec.164/2014 .

El de la empresa invoca infracción de los arts. 3.1, c); 4.2 y 3.3 ET , en relación con el art. 85 del mismo cuerpo legal , así como del art. 80 en relación con el art.6 de la Normativa Laboral de Telefónica, citando como referencial la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 19 de mayo de 2014, rec.1977/2013 .

Los dos recurrentes traen a colación la STS 9-2-2011, rec. 238/2009 , recaída en procedimiento de impugnación de convenio colectivo, que anuló en parte algunas de las previsiones contenidas en el Anexo I del Convenio 2008-2010, referidas a la forma de realizar la integración en Telefónica de los trabajadores de la empresa absorbida, en tanto que la decisión sobre la interpretación que haya de hacerse de lo acordado en dicha sentencia es la clave en la resolución de los recursos.

3. - Así las cosas, es necesario exponer los elementos relevantes del asunto, que serán comunes para el análisis de la existencia de contradicción y la resolución de ambos recursos: 1º) el trabajador venía prestando servicios para Telefónica Data España desde el 12 de enero de 2001; 2º) en fecha 1 de enero de 2006 dicha empresa es absorbida por Telefónica de España SAU, que se subroga en la relación laboral; 3º) por este motivo y en aplicación de los acuerdos de absorción y de las previsiones del Convenio Colectivo 2008- 2010, la empresa remite una notificación al actor, en la que le reconoce, conforme a la tabla de equivalencias recogidas en el plan de integración que figura en el Anexo I de dicho Convenio Colectivo, la categoría de "operador técnico de planta"; como fecha de antigüedad en la empresa la que tenía ya tenía en la anterior empresa; y el 1 de julio de 2006, como fecha de referencia en orden a la adscripción al nuevo sistema de clasificación profesional, a partir de la que comenzará a devengar bienios por la permanencia de dos años en su categoría profesional; 4º) en virtud de reclamación que presentó el trabajador el 28 de noviembre de 2008, se modifica la anterior adscripción funcional y se le adscribe al grupo de Titulados y Técnicos Medios (Ntransitorio), ajustando su salario a esta circunstancia; 5º) el 1 de julio de 2009, promociona a la categoría actual de Titulado Técnico Medio de 2ª, tras permanecer tres años en aquella categoría inferior que se le había asignado en la fecha de la subrogación, el 1 de julio de 2006.

4.- A estos antecedentes debe añadirse otras circunstancias especialmente relevantes para la resolución de ambos recursos, sin las cuales no es posible tener una imagen completa del asunto, ni abordar el análisis de la contradicción.

Como ya se ha apuntado, la absorción por parte de Telefónica de España de las empresas, Telefónica Data SAU y Terra Networks España S.A.U, el 1 de julio de 2006, dio lugar a la subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores procedentes de las mismas, a cuyo efecto se incluyó un Anexo I en el Convenio Colectivo 2008-2010 (BOE 14- 10-2008), bajo el título " *Plan de Integración de Condiciones de Trabajo para el colectivo de Tdata y Terra incorporado en Telefónica de España* ".

Anexo que fue objeto de impugnación judicial, definitivamente resuelta en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2011, rec.238/2009 .

En este procedimiento se pretendía la nulidad de diversos apartados de dicho Anexo, con el argumento de que vulneraban el derecho a la igualdad de los trabajadores pertenecientes a las empresas absorbidas, respecto a los que ya formaban parte de la plantilla de Telefónica.

La sentencia estima en parte el recurso y deja sin efecto alguna de las previsiones contenidas en aquel Anexo I.

Como es de ver en su parte dispositiva, acuerda: 1º) "*Anular el párrafo final del Anexo I.3, que contiene la especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo*"; 2º) "*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*".

El contenido del anulado párrafo final del Anexo I. 3, establecía lo siguiente: "*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 art.6 de la Normativa Laboral*".

La clave del razonamiento en el que la sentencia descansa, la encontramos en el tercer párrafo del tercero de sus fundamentos de derecho, cuando concluye que "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 art. 14 de la CE y vulnera la garantía establecida en el art. 44 del ET , perjudicando el derecho de los trabajadores afectados a la promoción (art. 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 art. 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".

5.- Con todos estos elementos sobre la mesa hemos de resolver los recursos, y previamente la existencia de contradicción, para lo que es necesario precisar que la cuestión controvertida estriba en determinar la manera en que debe aplicarse el fallo de la precitada sentencia en relación con la interpretación de lo dispuesto en los arts. 6 y 80 de la normativa laboral de Telefónica, relativo el primero de ellos al sistema de promoción profesional, y el segundo, al devengo del complemento por antigüedad, para establecer cómo ha de integrarse con tales preceptos la declaración de nulidad de aquel párrafo del Convenio, que contemplaba como fecha de referencia el momento de la sucesión empresarial operada el 1 de julio de 2006, que no la de la antigüedad que cada trabajador pudiere ya ostentar en la empresa absorbida, a efectos "de la promoción por antigüedad y la retribución por tiempo".

SEGUNDO . El recurso del trabajador. Análisis de la contradicción .

1. - Entrando a conocer en primer lugar del recurso del trabajador, hemos de analizar si concurre la preceptiva contradicción entre las sentencias en comparación, en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

2.- En el supuesto de la sentencia referencial se trata de otro trabajador de la empresa Telefónica Data, en cuya relación laboral se subrogó Telefónica de España tras la absorción de aquella el 1 de julio de 2006.

Reclama el trabajador el cómputo de la antigüedad que acreditaba en Telefónica Data, tanto a efectos de retribución de bienios, como de promoción profesional.

La sentencia de contraste desestima el recurso de suplicación de la empresa y confirma la de instancia que había acogido ambas pretensiones del trabajador, para lo que razona, que la correcta aplicación de lo acordado en la STS 9-2-2011 obliga a " computar el tiempo de servicios en anteriores empresas a efectos de pases de nivel y también a efectos de abono de bienios ".

Por el contrario, la sentencia recurrida entiende que la aplicación del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo no impone el cómputo de toda la antigüedad del trabajador en su anterior empresa en materia de promoción profesional, puesto que conforme al art. 6 de la normativa laboral de Telefónica, queda limitado al tiempo de prestación efectiva de servicios en la categoría profesional inferior desde la que se pretende promocionar.

3.- La contradicción entre las sentencias en comparación resulta por ello evidente, por cuanto en una misma situación fáctica y jurídica han interpretado de manera diferente lo dispuesto en la normativa laboral de Telefónica, y la repercusión que a tal efecto ha de tener en el fallo de la citada sentencia del Tribunal Supremo, aplicando criterios contradictorios que es preciso unificar.

TERCERO.La cuestión de fondo en el recurso del trabajador. Cómputo de la antigüedad a efectos de promoción profesional.

1. - Como bien pone de manifiesto la STS 13/10/2015, rec. 45/2015, la compleja Normativa Laboral de Telefónica no permite atribuir un sentido unívoco al concepto de antigüedad, cuyo alcance, naturaleza y efectos jurídicos, resultan ser muy diferentes y variados, en razón de la cuestión o materia a la que pueden afectar en cada caso y conforme a las específicas previsiones y diferente configuración que dicha normativa le otorga.

Resuelve esta sentencia un conflicto colectivo que tenía por objeto el cómputo de una determinada manera de la antigüedad en la empresa y la fecha de ingreso en la misma, a efectos de devengar determinados beneficios del Plan de Pensiones.

Analiza individualizadamente un total de hasta cinco sentencias de esta Sala, en las que se aborda desde diferentes perspectivas jurídicas el problema de la regulación de la antigüedad en la Normativa Laboral de Telefónica, para acabar concluyendo que no es posible extraer de las mismas una doctrina general relativa al modo en el que debe computarse el tiempo de prestación de servicios " como tiempo que otorgue derecho a generar todos los derechos recogidos en la Normativa General de Telefónica de España, sino únicamente los limitados derechos que en cada una de las sentencias se reconoce".

Y eso es justamente lo que dificulta enormemente la interpretación que haya de hacerse de lo acordado en la precitada STS 9/2/2011, a la hora de adaptar sus consecuencias jurídicas a lo dispuesto en la Normativa Laboral de Telefónica.



2. - Una vez hecha esa anterior precisión, la resolución del recurso tiene su punto de inicio en lo que dispone el art. 6 de la normativa laboral de Telefónica: " *El personal fijo de la Empresa se clasificará en los Grupos o Subgrupos Laborales que a continuación se indican, en razón de las funciones asignadas, concretándose para cada Grupo y Subgrupo asimismo, las categorías o niveles de ascenso por antigüedad. Los ascensos por antigüedad, dentro de cada Grupo, tienen lugar por el simple transcurso del tiempo de servicio efectivo en cada categoría, con arreglo al siguiente cuadro y en relación con las distintas categorías y grupos enumerados en este artículo.*

- *De categoría sexta a categoría quinta: tres años de servicios efectivos en la inferior.*

- *De categoría quinta a categoría cuarta: seis años de servicios efectivos en la inferior.*

- *De categoría cuarta a categoría tercera: ocho años de servicios efectivos en la inferior.*

- *De categoría tercera a categoría segunda: ocho años de servicios efectivos en la inferior.*

- *De categoría segunda a categoría primera: ocho años de servicios efectivos en la inferior.*

A estos efectos, se entenderá por tiempo de servicio efectivo, en todo caso, el realizado perteneciendo a la plantilla de la Empresa en la categoría de que se trate, a partir de la fecha de efectividad del nombramiento para la misma".

Se trata por lo tanto de decidir en qué forma incide en esta materia lo acordado en la STS 9-2-2011 .

3. - Decisión que debe partir de lo que ya ha tenido ocasión de establecer el Tribunal Supremo sobre ese precepto de la normativa laboral de Telefónica, en las SSTS 10-3- 1995, rec. 2663/1993 y 19-5-2010, rec. 42/2009 .

Como en esta última decimos, la redacción del art. 6 de la Normativa Laboral de Telefónica, " *no tiene otro objeto que el de evitar que, por el mero transcurso del tiempo y debido a la realización de tareas de superior categoría, se produzca un ascenso, consolidando así la superior categoría sin entrar en concurso con otros trabajadores y burlando la necesidad de convocatorias por lo que el nombramiento requerido no es de fijo, ya que la exigencia es común a todos los trabajadores sino el de la categoría específica. Así, el artículo 28 citado en el escrito de impugnación, proscribire la consolidación de categorías por el mero transcurso del tiempo y de ahí que la sentencia se refiere al nombramiento en concurrencia con otros trabajadores "*

Tras lo que se concluye, que " *El mismo artículo 6 en que se apoya la demanda exige para pasar de una categoría a otra la permanencia en ella de un tiempo mínimo, exigencia esa que,tiene por objeto asegurar que dentro de la categoría se han adquirido los conocimientos precisos, y por ello el tiempo de servicio efectivo en cada categoría se computa -dice el artículo 6- "a partir de la fecha de efectividad del nombramiento para la misma". En contra de lo que se alega en la demanda de conflicto colectivo, del artículo 19.2 del convenio de empresa no resulta lo que se postula en aquélla, pues cuando dicho artículo dispone que la antigüedad "contará igualmente en todos aquellos derechos reconocidos en la Normativa Laboral que estén en función de la antigüedad en la empresa", se refiere precisamente a la antigüedad en la empresa y no a la antigüedad en la categoría; para ésta es necesario obtener el nombramiento; tiempo de servicio efectivo en la categoría que se computará, dice el artículo 6 referido, a partir de la fecha del nombramiento."*

4. - Bajo esos presupuestos deberemos resolver la incidencia que en esa distinción entre antigüedad en la empresa y antigüedad en la categoría, haya de desplegar lo resuelto en la STS 9/2/2011 .

Y aquí caben dos posibilidades: a) entender- como la resolución recurrida-, que lo acordado en dicha sentencia supone reconocer la íntegra antigüedad causada en las empresas absorbidas, pero teniendo en cuenta que tal reconocimiento no desplegará sus consecuencias de cualquier forma, sino conforme a los efectos y dentro del marco jurídico que es propio del régimen de aplicación en la nueva empresa, de tal manera que sigue siendo ineludible que el trabajador proveniente de la empresa subrogada acredite, una vez incorporado a Telefónica, un determinado tiempo de servicio en la empresa dentro de la categoría inferior a la que pretenda promocionar; b) por el contrario, considerar- como la sentencia de contraste-, que lo dispuesto en la sentencia conduce a entender que la antigüedad que trae el trabajador subrogado de su anterior empresa despliega iguales efectos en orden a acreditar la prestación efectiva de servicios dentro de cada una de las categorías inferiores, en los términos requeridos por el art. 6 de la Normativa Laboral de Telefónica.

Es evidente que frente a cada una de estas dos posibilidades se abren argumentos en favor y en contra, de cuya adecuada valoración va a depender la solución final que haya de adoptarse.

De acogerse la tesis de la sentencia recurrida, pereciere que podría dejarse sin efecto práctico alguno la STS 9/2/2011 , lo que supondría desconocer los efectos de cosa juzgada que despliega, en tanto que en ella se anula aquel último párrafo del Anexo I.3 del Convenio Colectivo, que establecía como fecha de referencia para



la promoción profesional por antigüedad la de 1 de julio de 2006 y se posponía en tres años el pase de nivel hasta el 1 de julio de 2009.

Por el contrario, el criterio de la sentencia referencial supone en realidad equiparar el tiempo de antigüedad en la empresa al de antigüedad en la categoría, obviando de esta forma el criterio jurisprudencial tradicional en la interpretación del art. 6 de la Normativa Laboral de Telefónica al que antes hemos aludido.

5.- En esta compleja y difícil disyuntiva, hemos de inclinarnos por considerar más ajustada a derecho la solución de la sentencia recurrida, al ser la que mejor concilia las consecuencias jurídicas derivadas de la STS 9/2/2011, con lo dispuesto en esa normativa laboral y la interpretación que de la misma viene haciendo la doctrina de esta Sala.

Por las siguientes razones:

1º) La propia STS 9/2/2011 avala esta conclusión, cuando en sus razonamientos nos dice que la garantía en la subrogación de la relación laboral que impone el art. 44 ET, obliga a conservar 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*" (FD 3, párrafo tercero). Lo que supone que el reconocimiento de dicha antigüedad debe quedar sometido a los efectos jurídicos previstos en el régimen de aplicación en Telefónica, no siendo un reconocimiento absoluto e indiscriminado a cualquier efecto y consideración, sino en consonancia y de acuerdo, como es lógico, con la regulación aplicable en la nueva empresa. Dicho de otra forma, en las mismas e iguales condiciones que juega la antigüedad para los trabajadores de esa empresa, puesto que lo contrario podría suponer el reconocimiento de mayores beneficios a los trabajadores subrogados respecto a los que ya formaban parte de su plantilla.

2º) Si la Normativa Laboral de Telefónica distingue, a estos efectos, entre antigüedad en la empresa y antigüedad en la categoría, esa misma distinción ha de resultar aplicable a los trabajadores subrogados. Y siendo que la finalidad de lo previsto en el art. 6 de esa Normativa es la de garantizar un determinado periodo de servicios efectivos y un nombramiento específico en la categoría inferior, igual requisito debe ser cumplimentado por quienes provienen de la empresa subrogada. Lo que no se respetaría si para estos trabajadores se equipara la antigüedad en la empresa con la antigüedad en la categoría, atribuyendo este valor a todo el tiempo de prestación de servicios en la subrogada.

3º) Esto no supone desconocer el valor de cosa juzgada de aquella anterior sentencia de la Sala, en tanto que el reconocimiento de la antigüedad acreditada en la anterior empresa despliega plenamente todas sus consecuencias jurídicas para aquellos otros efectos de la Normativa Laboral de Telefónica en los que así se contempla, en los que no hay previsto un régimen tan singular como el del art. 6, por ejemplo, - como bien señala la sentencia recurrida-, los arts. 37 y ss., relativos a selección de personal y concursos que implican promoción; y art. 53 y ss., para la promoción, ascensos, pases de categoría y acceso a cargos.

4º) Una última razón especialmente importante, la STS 9/2/2011 no deja sin efecto la totalidad del punto 3 del Anexo I del Convenio, sino tan solo su último párrafo, por lo que sigue plenamente en vigor el resto de su contenido con el que se regula el régimen de integración de los trabajadores subrogados, y que a tal efecto dispone, que pasan a quedar encuadrados de manera progresiva en el sistema de categorías profesionales de Telefónica dentro del nivel de entrada de más de 3 años o de 3ª, y se regula seguidamente un sistema de adscripción en las categorías profesionales correspondientes de la nueva empresa, sometiendo el seguimiento del proceso a la comisión de clasificación profesional y previniendo un sistema de resolución de discrepancias, tal y como así ha ocurrido de hecho en el caso de ambas sentencias en contradicción en los que se ha reconocido finalmente una superior categoría que la atribuida inicialmente a cada uno de los trabajadores.

5º) Y decimos que esta última consideración resulta especialmente importante, porque es la forma de cerrar el círculo para no privar de eficacia jurídica en materia de promoción profesional, al tiempo de prestación de servicios que los trabajadores subrogados acreditan en su anterior empresa, atribuyendo a cada una de ellos, desde el momento de su incorporación, la categoría equivalente que les corresponde conforme al sistema de clasificación profesional de Telefónica, para lo que ya se tiene en cuenta la prestación de servicios en la anterior empresa. A partir de tal inicial adscripción, pueden acceder a las superiores categorías conforme a lo previsto en el art. 6 de la Normativa Laboral, y en iguales condiciones que el resto de los trabajadores de su nueva empresa. De no haberse previsto un sistema de adscripción por equivalencia a cada una de las categorías de la nueva empresa, se estaría despreciando la antigüedad del trabajador en su anterior empresa, lo que no es admisible y resultaría contrario a lo dispuesto en el art. 44 ET y en la STS 9/2/2011. Pero una vez que la precedente prestación de servicios se ha valorado para efectuar dicha adscripción, eso supone que se ha tenido en cuenta la antigüedad de la anterior empresa sin privar de eficacia jurídica a dicha circunstancia. De esta forma se coloca a cada trabajador en el punto de partida que le corresponda según lo previsto en el art.



6 de la normativa laboral de Telefónica, y desde este momento generar los periodos de prestación efectiva de servicios que son necesarios para progresar al nivel superior, a partir de la fecha de tal nombramiento, cumpliendo de esta forma la Normativa Laboral en iguales condiciones que el resto de trabajadores de la empresa.

6. - Conforme a lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, el recurso del trabajador debe ser desestimado, para confirmar en este extremo la sentencia recurrida que contiene la doctrina más ajustada a derecho. Sin costas.

CUARTO . El recurso de la empresa. Análisis de la contradicción .

1. - En el recurso de la empresa es de apreciar igualmente la existencia de contradicción, en los términos exigidos por el art. 219 LRJS .

La sentencia referencial conoce el caso de otro trabajador de la misma empresa, que ejercita idénticas pretensiones en su demanda y que son todas ellas denegadas en la sentencia de contraste, que asimismo analiza y aplica lo resuelto en la STS 9/2/2011 , para llegar a la conclusión de que lo establecido en la misma no supone que pueda computarse a efectos de bienios toda la antigüedad del trabajador en su anterior empresa.

2. - Es por ello que las sentencias en comparación han llegado a una solución contradictoria.

Mientras la recurrida entiende que en esta materia no hay ninguna previsión de la Normativa Laboral de Telefónica que impida reconocer como antigüedad todo el tiempo de prestación de servicios en la empresa subrogada y en la forma establecida en la STS 9/2/2011 , la referencial razona, que el art. 80 de esa Normativa solo permite computar como antigüedad para el devengo de bienios, el tiempo de prestación efectiva de servicios en cada una de las categorías profesionales.

Es necesario por lo tanto unificar estas diferentes doctrinas.

QUINTO. La cuestión de fondo en el recurso de la empresa. Cómputo de la antigüedad a efectos de acreditar bienios.

1. - Puesto que se trata igualmente de determinar el alcance de lo establecido en la STS 9/2/2011 , el punto de partida para la resolución de esta cuestión ha de ser el mismo que ya hemos enunciado al conocer el recurso del trabajador.

Que no es otro que lo razonado en la precitada sentencia, cuando nos dice que lo dispuesto en el art. 44 ET , supone una garantía para el trabajador, que obliga a conservar la antigüedad acreditada en la anterior empresa, " *que desplegará los efectos que le son propios en el régimen de la nueva empresa* " .

De esto se desprende, como anteriormente hemos destacado, que la forma y manera de aplicar los efectos derivados de la antigüedad reconocida en esa sentencia, queda sometido a lo previsto en el régimen de aplicación de la Normativa Laboral de Telefónica.

En este punto reiteramos lo que ya hemos expuesto anteriormente, sobre el diferente contenido y alcance que al concepto "antigüedad" le atribuye la compleja Normativa de Telefónica, en razón de la cuestión y materia de la que en cada caso se trate.

2.- En lo que al devengo del complemento de antigüedad se trata, el art. 80 de esa Normativa establece que "*Por cada dos años de servicios prestados efectivamente en cada categoría de ascenso por antigüedad, se devengará un bienio cuya cuantía será del 2,4% del sueldo base de la categoría correspondiente, y se abonará con efectos a partir del día primero del mes en que se cumpla el indicado período de dos años*".

Al contrario de lo que ya hemos razonado en relación con el art. 6 de esa misma Normativa al resolver el recurso del trabajador, no hay nada en este art. 80 que impide tener en cuenta todo el tiempo de antigüedad en la empresa para el cómputo de los bienios que vayan generándose por cada dos años de servicios prestados, con independencia de que se correspondan con una u otra determinada categoría profesional a cuyo nivel retributivo deba luego ajustarse la cuantía del complemento.

Lo que esta norma dispone no es otra cosa que el reconocimiento de un bienio por cada dos años de servicios prestados. La circunstancia de que tales servicios se hayan prestado en una u otra categoría profesional condicionará la cuantía del complemento a percibir, pero no obstan el efectivo devengo de cada bienio.

Es cierto que la regulación de la Normativa está pensada en consideración a los trabajadores de nuevo ingreso, que van generando antigüedad y bienios a la par que ascienden progresivamente de categoría profesional.

Pero esto no puede ser óbice para ignorar la antigüedad que en el momento de su incorporación puedan arrastrar de otras empresas, los trabajadores en cuya relación laboral se haya subrogado Telefónica.



Si la STS 9/2/2011 anuló aquel párrafo del Convenio Colectivo que contemplaba como fecha de referencia en el devengo de los bienios el momento de la subrogación empresarial el 1 de julio de 2006, para obligar a tener en cuenta todo el tiempo de prestación de servicios en la empresa subrogada, no hay razón para considerar que el art. 80 de la Normativa Laboral impida computar todo ese periodo a efectos de antigüedad en la generación de los sucesivos bienios.

Cuestión distinta sería la fórmula para calcular su cuantía en razón de la categoría profesional en la que se vayan sucesivamente generando, en aplicación de lo que hemos resuelto al resolver el recurso del trabajador.

Lo que no impide que cada dos años de prestación de servicios en una determinada categoría dan lugar a un bienio, y a estos efectos no cabe excluir el tiempo de servicios prestados en la empresa subrogada, por más que pudiere entonces atribuirse cada bienio a la categoría profesional de Telefónica en la que hayan sido finalmente encuadrados los trabajadores subrogados en el momento de su incorporación el 1 de julio de 2006.

Aquella remisión que hace la STS 9/2/2011 a las consecuencias jurídicas derivadas de la antigüedad conforme a los efectos que le son propios en el régimen de la nueva empresa, conduce a la conclusión de que lo previsto en el art. 80 de esa Normativa no es obstáculo para que el tiempo de prestación de servicios en la empresa subrogada sea computado para generar tantos bienios como correspondan, en la categoría profesional en la que se esté encuadrado el trabajador.

3.- Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina ajustada a derecho, lo que obliga a desestimar recurso de la empresa, con imposición de costas a la misma y pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., y por D. Miguel Ángel , contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación núm. 728/2015 , que resolvió los formulados por los mismos recurrentes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Talavera de la Reina, de fecha 18 de febrero de 2014 , recaída en autos núm. 155/2013, seguidos a instancia de D. Miguel Ángel contra Telefónica de España, S.A.U., sobre reclamación de cantidad. Confirmar y declarar la firmeza de dicha resolución. Con imposición de costas a la empresa recurrente y pérdida del depósito que ha constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.