



Roj: **STSJ M 7955/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:7955**

Id Cendoj: **28079340012013100442**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2013**

Nº de Recurso: **3342/2012**

Nº de Resolución: **420/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

NIG : 28.079.34.4-2012/0054754

Procedimiento Recurso de Suplicación 3342/2012

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid 651/2010

Materia : Resolución contrato

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 3342/2012

Sentencia número: 420/2013

T

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil trece, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA



En el recurso de suplicación número **3342/2012** formalizado por el Sr. Letrado D. JOSÉ MANUEL LORENZO RODRIGUEZ en nombre y representación de D. Edemiro contra la sentencia de fecha 16 de Enero de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social número 26 de MADRID , en sus autos número 651/2010, seguidos a instancia del citado recurrente frente a "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.", en reclamación por derecho, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El demandante, don Edemiro , mayor de edad, cuyos datos personales consta en el encabezamiento de la demanda y se tienen por reproducidos.

SEGUNDO.- El demandante es trabajador de la empresa demandada TELEFONICA DE ESPAÑA SAU y proviene del colectivo de trabajadores absorbido de la empresa TELEFONICA DATA SAU. La antigüedad reconocida en la empresa es de 9 de mayo de 1990, y con una categoría profesional asignada por la empresa demandada de Titulado Técnico Medio Entrada, y un salario bruto mensual con prorrata de pagas extras de 6.804,92 euros.

TERCERO.- En fecha 19 de junio de 2006 se escritura la fusión por absorción entre ambas empresas (doc. n° 16 de la demandada a la que nos remitimos). Se aporta por la parte actora el Pacto de garantías para los empleados de Telefónica Data España que pasan a Telefónica de España. En ese pacto se dispone la transición de las condiciones laborales de los trabajadores de Telefónica Data regulados por convenio propio y las condiciones propias de la empresa absorbente. Así se prorroga esas condiciones hasta diciembre 2007 y luego se someterán las decisiones de la Comisión de Homogeneización de condiciones de trabajo que se crea al efecto. Se mantiene el plan de pensiones que tenían; las mismas condiciones de empleo que la de la plantilla donde se incorporan; las competencias de los representantes hasta nuevas elecciones; y se estudiarán la homogeneización del salario variable (doc. n° 14 de la parte actora)

CUARTO.- El Convenio Colectivo de Telefónica de España SAU se publica en el BOE en fecha 14/10/2008 y como anexo 1° se regula el Plan de integración de condiciones de trabajo para el colectivo de trabajadores proveniente de Telefónica DATA (nos remitimos al citado anexo). El Convenio por el se venían rigiendo los trabajadores absorbidos termina su vigencia en diciembre de 2007 y se prorroga el contenido normativa hasta el final del proceso que diseña el nuevo convenio para toda la plantilla.

Del mandato establecido en el anexo 10, concluye con los acuerdos de la Comisión de Clasificación profesional de de 27 de noviembre de 2008 (doc. n°9 de la demandada). Se da cuenta del procedimiento a seguir para que los trabajadores conozcan el acuerdo y el nuevo sistema retributivo que acompaña al encuadramiento, habiendo estudiado las tareas, etc (doc. n° 9 y 10 de la empresa).

QUINTO.- La empresa comunica al demandante que en aplicación del nuevo convenio colectivo 2008-2010 ha sido encuadrado en el Sistema de clasificación Profesional actual de Telefónica de España en el grupo o subgrupo laboral de Titulados y Técnicos Medios. Se notifica que a efectos de bienios en el nuevo sistema se toma la fecha de incorporación esta empresa, así como a efectos del incremento salarial correspondiente al ascenso por pase de nivel dentro del grupo (1 de julio de 2009).

Respecto al esquema salarial, con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2008, (nos remitimos al doc. n° 1 de la demandada).

El demandante presentó reclamación frente a las condiciones comunicadas en fecha 27 de agosto de 2008, a la que dio respuesta la demandada (documental de la empresa, reconocida por la parte actora)

SEXTO.- El Convenio Colectivo 2008-2010 citado, fue impugnado ante la Audiencia Nacional en los anexos 1 y 3 (autos 168/2009), y recayó sentencia en fecha 06/11/2009 , desestimando las pretensiones de la impugnación. Se recurre en Casación y el TS anula parcialmente la sentencia de la Audiencia con el siguiente contenido: Se anula el párrafo final del anexo 1.3 que contiene la especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo y se anulan en el anexo 1.4.1 las disposiciones que permiten abonar en el nivel transitorio 1 porcentajes inferiores al 100% del salario base de referencia.



Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida que desestima la demanda en las restantes pretensiones (documental de la demandada)

SÉPTIMO.- El demandante presentó reclamación de clasificación profesional como titulado superior ante la Comisión de clasificación y fue desestimada, al entender que realiza tareas de técnico, indistintamente del título académico que ostente. Compañeros del actor provenientes de Telefónica Data se les ha mantenido con la categoría de Titulado superior porque realizaban funciones de Ingeniero para Cliente especial; de ellos solo a nueve.

En la empresa de la que proviene el actor solo había tres grupos: titulados, especialistas y auxiliar administrativo. En la empresa en la que se integra existen hasta 24 grupos y el Acuerdo de la Comisión era su integración el grupo que mejor se adaptara a las tareas que realiza.

OCTAVO.- El salario del demandante se reconoce el del Técnico medio con más de tres años (39.174 euros, más un complemento personal que equivale al salario que tenía reconocido en la anterior empresa, con un retribución por tiempo de 174 euros y ayuda escolar. El salario base incrementado es de 2.745,34 euros superior al de Titulado superior y respetando los 80.324 euros que percibía en la anterior empresa, y el resto de derechos retributivos que la sentencia del TS ha establecido, como es el no recorte en la antigüedad y salario.

NOVENO.- Se presentó la preceptiva papeleta de conciliación, y celebrada la misma se terminó sin EFECTO por no comparecencia de la empresa (documento de la demanda, que se da por reproducido).

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por Edemiro frente a la compañía TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., debo absolver y absuelvo a la demandada de cuantas pretensiones de condena se han hecho valer frente a ella, por la parte actora, en la demanda que inicia el presente procedimiento."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 31 de Mayo de 2012, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 30 de Abril de 2013 señalándose el día 14 de Mayo de 2013 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor de este proceso trabajó al servicio de "Telefónica Data SAU" desde 9 de mayo de 1990 hasta el 19 de junio de 2006, fecha en la que la citada empresa fue absorbida por "Telefónica de España SA", integrándose en esta última. Tras esa integración, mantuvo las condiciones laborales propias del colectivo de la empresa de procedencia hasta que entró en vigor el nuevo convenio colectivo de "Telefónica de España, S.A." 2008-2010. A raíz de esta nueva norma convencional la empresa comunicó al trabajador, en julio de 2008, un cambio de categoría profesional acorde con la del nuevo convenio, asignándole el grupo 2 de cotización a la seguridad social, así como que a efectos de incremento salarial por cambio de nivel dentro del grupo se tomaría como fecha de referencia 1 de julio de 2006, momento a partir del cual también comenzaría el cómputo de bienios por permanencia en la categoría asignada. De igual modo se modificó la estructura de su nómina, pasando a percibir tres partidas (complemento de encuadramiento, sueldo base y retribución por tiempo o bienios), en lugar de las que recibía con anterioridad.

El trabajador presentó demanda solicitando se reconociese su derecho a que el cómputo de la antigüedad laboral tomase en cuenta todo el tiempo transcurrido desde su ingreso en "Telefónica Data"; se le mantuviese en nómina un abono en concepto de "salario base" que comprendiese el "sueldo base", "retribución por tiempo" y "complemento de encuadramiento"; se le mantuviese la categoría de "técnicos y titulados", en lugar de "titulada-técnico medio segunda apoyo ventas", y, por último, se le mantuviese en el grupo 1 de cotización a la seguridad social.

Desestimadas todas estas pretensiones por sentencia del juzgado de lo social nº 26 de Madrid de 16 de enero de 2011, el actor recurre en suplicación.



SEGUNDO.- Se pide a este Tribunal dos revisiones del relato fáctico fijado en instancia:

1º) Que el inciso primero del segundo hecho declarado probado pase a expresar lo siguiente:

" El demandante es trabajador de la Empresa demandada Telefónica de Espala, S.A.U., a la que fue absorbido procedente de Telefónica Data, S.A.U. La antigüedad reconocida por la Empresa es de 9 de Mayo de 1.990, en su calidad de Titulado Superior A, en la que fue contratado mediante Contrato de trabajo de dicha fecha de 9 de Mayo de 1.990...".

Se admite que "Telefónica Data" asignó al recurrente la categoría de "Titulado Superior", pero no el resto de precisiones, pues ya constan en diversos puntos del original de sentencia.

2º) Que el quinto hecho declarado probado sustituya su redacción por este texto:

"La empresa comunica al demandante que en aplicación del nuevo Convenio Colectivo 2008-2010 ha sido encuadrado en el Sistema de Clasificación Profesional de Telefónica de España, en el Grupo Laboral de Técnicos Medios y dentro del Grupo 2 de Afiliación a la Seguridad Social, desglosando su salario en "sueldo base", "retribución por tiempo", "complemento encuadramiento", con independencia de otros conceptos. Se notifica que a efectos de bienios en el nuevo sistema se toma la fecha de incorporación a esta Empresa, así como a efectos de incremento salarial, correspondiente al ascenso por pase de nivel dentro del grupo (1 de Julio de 2.009)".

Las indicaciones de recurso se corresponden con la realidad, pero ya vienen indicadas en el párrafo segundo del ordinal que se trata de revisar -por remisión al documento nº 1 de la demandada- y no precisan reiteración.

TERCERO.- El suplico del recurso que pende ante la Sala concluye con el reconocimiento de estas cuatro peticiones:

- "Que mi representado tiene la categoría laboral de Titulado Superior.

Que ha de ser encuadrada dentro del Grupo 1 de Cotización a la Seguridad Social.

Que su antigüedad en la Empresa a efectos de bienios en particular y demás en general es desde la fecha de iniciación de su relación laboral de 9 de Mayo de 1.990.

Que se tenga en cuenta y así se consigne y considere por la Empresa demandada como salario base, los conceptos: "complemento encuadramiento", "sueldo base" y "retribución por tiempo", integrando los tres conceptos en un solo concepto como "salario base"; sin perjuicio de que se mantengan los demás conceptos retributivos ."

La respuesta a la mayoría de ellas viene condicionada por lo resuelto en sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2011 (recurso de casación 238/2009), en proceso de impugnación del convenio colectivo de "Telefónica España, S.A." 2008/10 . Esta sentencia resolvió el recurso de casación interpuesto por un sindicato contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 6/11/09 en proceso de impugnación de convenio colectivo, debatiéndose en ese litigio la legalidad de varios preceptos que son directamente aplicables en este proceso.

CUARTO.- En concreto, en lo que se refiere a la clasificación profesional del Sr. Edemiro , éste plantea que debe mantenerse la categoría de "técnico titulado" que tenía reconocida antes de julio de 2008, en lugar de la de "titulados-técnicos medio segunda- apoyo ventas" que tiene actualmente, puesto que su adscripción laboral antes del convenio de "Telefónica España, S.A." 2008- 2010 ha sido siempre la misma, en el mismo puesto de trabajo, y su titulación es de carácter universitario superior.

Tal como hemos dicho, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2011 nos da la luz en este punto. En el origen de esa sentencia se encuentra la citada demanda de impugnación de convenio colectivo de "Telefónica España, S.A.", que fue desestimada en instancia y, recurrida en casación, dio pie a que el Tribunal Supremo distinguiese entre " las infracciones que se refieren al tratamiento de los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas (Anexo 1) y las que se relacionan con los trabajadores de nueva contratación a los que se les aplica el nuevo sistema de clasificación profesional y las tablas salariales del Anexo 3", diferenciando dentro de la primera de esas infracciones tres denuncias, de las cuales la primera se refería al apartado 3 del Anexo 1, referente al encuadramiento profesional de los trabajadores integrados en "Telefónica" procedentes de "Telefónica Data".

Dijo el Tribunal Supremo al respecto: " En este apartado se contienen las tablas de equivalencia a efectos de la integración de los grupos profesionales de las empresas absorbidas -Data y Terra-. Dice la parte recurrente que su impugnación no se refiere a la correcta o incorrecta transposición de las categorías laborales de estas empresas a las categorías de Telefónica, sino que respecto a estas últimas el colectivo queda en desigualdad en relación con los trabajadores de la empresa de integración. Sin embargo, esta afirmación general solo se concreta para los titulados superiores de Data y Terra y para los oficiales de esta última entidad. Respecto a los titulados



superiores de ambas empresas, se afirma que antes de la aprobación del convenio eran considerados como tales, pero tras él, son rebajados a titulados medios y técnicos medios, a pesar de tener la titulación y formación requeridas para desempeñar las funciones del grupo superior. Pero para ello sería necesario establecer una comparación entre los grupos de titulados correspondientes en las regulaciones aplicables en las empresas absorbidas y en la aplicable en Telefónica para ver si la equiparación se ha realizado correctamente o se ha producido alguna desviación que pudiera resultar relevante en términos de igualdad, y este análisis no se ha realizado en el recurso".

Hemos de aplicar en el caso presente la resolución que acabamos de transcribir. Por tanto, si ha quedado sentado que el encuadramiento profesional dentro del nuevo convenio de las antiguas categorías profesionales de las empresas absorbidas por "Telefónica de España S.A." sólo podría considerarse ilegal una vez comparadas las funciones de unos y otros grupos de convenio, mal podemos decir que la integración del recurrente en el grupo al que ha sido adscrito sea ilegal, teniendo en cuenta que él tampoco ha intentado dejar plasmado en hechos declarados probados qué funciones comprendía el grupo profesional de "Telefónica Data" en el que anteriormente estaba integrada, ni menciona el cometido funcional que le asignaba su antiguo convenio.

Es más, si procedemos, de oficio, al examen del IV convenio de "Telefónica Data SAU" (BOE 22/10/09), vemos que lo único que establecía en su cláusula IX era una distinción entre tres grupos laborales (auxiliares y administrativos; técnicos especializados; y técnicos y titulados), sin definir los cometidos propios de cada uno de ellos, con lo cual es evidente que no hay la menor base que permita pensar que el contenido de las funciones reales del recurrente, antes y después de su integración en "Telefónica España, S.A.", ha sido el propio de los titulados superiores de esta empresa. En palabras de la repetida sentencia del Tribunal Supremo *"falta la base fáctica que establezca la identidad funcional"* entre grupos profesionales de ambos convenios.

Se desestima la petición de recurso referente a la reclamación profesional del Sr. Edemiro .

QUINTO.- Reclama éste también que la antigüedad laboral que le debe reconocer "Telefónica España, S.A." a todos los efectos laborales ha de ser la que corresponde al momento de ingreso en "Telefónica Data" -9 de mayo de 1990-, y no la de 1 de julio de 2009, como hace aquella empresa.

A propósito de esta cuestión estableció el párrafo final del apartado 3 del Anexo I del convenio colectivo de "Telefónica España" 2008/10: *" Especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo.- 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"*.

Analizando este párrafo, la indicada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2011 indicó: *" La parte recurrente considera que esta regla "acuerda computar el abono del bienio y el periodo de los pases de nivel dentro de cada categoría, no desde el momento en que ingresaran en sus respectivas empresas, sino únicamente desde 1 de julio de 2006 " y que ello contradice los arts. 4.2 , 17 y 24 en relación con el art. 44 del mismo texto legal . La denuncia, que hay que integrar con la que se formula en el encabezamiento del motivo en relación con el art. 14 de la Constitución , debe estimarse. En efecto, aunque la parte invoca un tratamiento discriminatorio, lo que existe en este precepto es un trato desigual no justificado incluido -por las razones que ya se señalaron en el fundamento jurídico segundo- en el primer inciso del art. 14 CE , que establece el principio de igualdad, y no en el segundo que se refiere a la denominada tutela antidiscriminatoria. No se han infringido, por tanto, los arts. 4.2.c) y 17.1 del ET , porque la fecha de ingreso en la empresa no es un factor de discriminación de los que enumeran estos preceptos. Pero sí se ha vulnerado el principio de igualdad desde el momento que la fecha de ingreso se ha convertido en un factor que determina un tratamiento peyorativo que no está justificado a efectos del 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** . Así lo ha declarado la Sala en numerosas resoluciones, entre las que puede citarse las de 28 de febrero de 2000 y 2 de junio de 2003, en las que se afirma que "una vez integrados los demandantes" en la nueva entidad y "aplicado el convenio colectivo, dicha aplicación ha de ser completa, como lo ha sido en todos los conceptos, salvo en el aquí discutido" y por ello "si la antigüedad para los trabajadores" de la entidad de integración "se calcula de forma única, a razón*



de un tanto por trienio acumulado, la misma fórmula ha de aplicarse a los reclamantes". *La conclusión podría ser ciertamente diferente si, tras la integración, se hubieran mantenido, en atención a las particularidades de las actividades de las empresas afectadas, los regímenes profesionales diferentes para su personal*".

En coherencia, esa sentencia anuló el párrafo final del Anexo I.3 que contiene la especial referencia a la promoción por antigüedad y retribución por tiempo.

Pues bien, puesto que el precepto de convenio en el que se basa la empresa para limitar el periodo de tiempo a efecto de cálculo de antigüedad del recurrente ha sido anulado, forzoso es concluir que tal límite no puede aplicarse en este caso.

Se estima la reclamación referente a que la antigüedad laboral del Sr. Edemiro ha de computarse a todos los efectos desde 9 de mayo de 1990.

SIXTO.- Respecto a la estructura del salario del recurrente se pide que el salario base del vigente convenio de "Telefónica España, S.A." pase a estar integrado por el antiguo salario base de "Telefónica Data", la retribución por tiempo y el complemento de encuadramiento que le abonaba esta última empresa.

La integración del antiguo sueldo base abonado por "Telefónica Data" en el actual salario base que abona "Telefónica España, S.A." no se discute por esta última. Las otras partidas salariales que aquélla remuneraba (retribución por tiempo y complemento de encuadramiento) no pueden considerarse salario base, vista la regulación del apartado 4 del anexo 5 del Convenio de "Telefónica España", a tenor del cual:

" 4. Encuadramiento retributivo.

4.1 Salario Base.-Por lo que se refiere a las diferencias retributivas existentes entre su salario de origen y el que les corresponda según su nueva adscripción profesional se articulará el sistema que se expone a continuación.

A estos efectos, se considerará como salario de origen el que resulte de adicionar al salario desempeño actual en su valor 2007 los siguientes conceptos salariales:

Complemento de plus transporte.

Complemento desplazamiento.

Complemento de mantenimiento.

Otros conceptos (N.R.).

Otros conceptos (N.R.).

A la cantidad anterior se adicionará la que resulte de aplicar sobre el salario base la cantidad percibida en concepto de retribución variable durante el año 2008 correspondiente a la evaluación del año anterior.

Se denominará nuevo salario al que corresponda a la categoría laboral de Telefónica de España de + de 3 años, o de 3.ª, en su caso, que se haya asignado por equivalencia en su valor contemplado en las Tablas salariales incluidas en el presente Convenio Colectivo.

Del resultado de la referida operación, podrán plantearse los siguientes supuestos:

Si el salario de origen es mayor que el nuevo salario, se le garantizará el primero considerándose la diferencia como un complemento de carácter personal no revalorizable, con las salvedades derivadas de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del punto 3.

Si el salario de origen es menor que el nuevo salario se actuará del siguiente modo:

Se establece un nivel equivalente a la categoría profesional en su nivel actual de más de 3 años (o de 3.ª en su caso) y un nivel transitorio para cada categoría laboral de Telefónica de España:

Nivel de entrada de más de 3 años (o de 3.ª en su caso).

Nivel transitorio I.

Quedarán encuadrados dentro del nivel de entrada de más de 3 años todos los empleados procedentes de estos colectivos cuya diferencia entre el nuevo salario que le corresponda en el momento de su encuadramiento profesional y el salario de origen sea inferior al 10%.

Quedarán encuadrados en el Nivel Transitorio I los empleados procedentes de TData y Terra que a consecuencia de su encuadramiento profesional en el sistema de categorías de Telefónica de España resulte una diferencia entre el nuevo salario y el salario de origen que sea superior a un 10%.

Año 2008:



El salario base a asignar a cada nivel en función de las tablas salariales de 2008 se configura de la siguiente manera:

Nivel entrada más de 3 años (o 3.^a en su caso): 100% salario base fijado en tablas

Nivel Transitorio I: 90% salario base fijado en tablas para el Nivel de entrada de +de 3 años o de 3.^a en su caso.

Año 2009:

Para el año 2009 además de los incrementos salariales que se apliquen con efectos de 1 de enero, y hasta que se produzca el pase de nivel a la categoría de ascenso de 2.^a(o de 2.^a en su caso) se mantendrá el referido

Nivel Transitorio I con la misma diferencia porcentual retributiva fijada anteriormente.

Cuando el trabajador pase a estar encuadrado dentro del nivel 5 de su categoría laboral (de ascenso de 2.^o o de 2.^a en su caso) percibirá la retribución total prevista para la referida categoría en las Tablas Salariales de Telefónica de España.

4.2 Otros conceptos salariales de Telefónica Data.-Los conceptos que se recogen a continuación serán sustituidos por las compensaciones establecidas para circunstancias análogas o equivalentes en Telefónica de España:

Complemento de localización.

Complemento de trabajos especiales.

Horas en sábados, domingos y festivos.

Plus de Nochebuena, Navidad, Nochevieja y Año Nuevo.

Horas nocturnas:

Para el colectivo procedente de TData que realice horas nocturnas, considerando como tales las comprendidas en el período que va desde las 22 de la noche a las 6 de la mañana se les aplicará lo dispuesto en el artículo 86 de la Normativa Laboral de Telefónica de España.

Resto de conceptos:

El resto de complementos salariales o devengos circunstanciales no incluidos en los supuestos precedentes se consideran sustituidos por los que correspondan en Telefónica de España en función del concepto que retribuyan en cada caso".

SÉPTIMO.- Esta compleja regulación del sistema de encuadramiento salarial de los trabajadores de "Telefónica Data" en "Telefónica España, S.A." y, en concreto, el régimen de determinación del salario base de los trabajadores afectados por la integración empresarial referida también se atacó en el indicado proceso de impugnación de convenio colectivo, y lo que dijo al respecto la repetida sentencia de 9 de febrero de 2011 fue lo siguiente:

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



en el estatuto de Telefónica y desde este momento el trabajo de los empleados procedentes de las empresas absorbidas es igual al de los de Telefónica y no puede justificarse su retribución inferior en atención a ningún criterio objetivo, ni cabe justificarse por su alcance temporal limitado: el trato diferente peyorativo existe, aunque sea temporal. Por su parte, la empresa recurrida argumenta que estamos ante un acuerdo que hay que considerar en su conjunto y que comprende beneficios como la garantía del salario de origen superior y otras medidas que exigen una consideración conjunta. Pero el eventual reconocimiento para parte del personal afectado de las diferencias de una retribución superior que vinieran percibiendo, no justifica la aplicación para otros de una retribución inferior a la que corresponde al trabajo de su categoría, ni cabe una pretendida compensación con otras partidas - beneficios no salariales, previsión social, permisos- que ni siquiera se especifican. La diferencia de tratamiento no puede tampoco justificarse en virtud de la garantía de derechos adquiridos, como la Sala ha admitido en otras ocasiones (sentencias de 16 de enero de 2006 , 5 de marzo de 2007 , 19 de enero de 2010 y 10 de noviembre de 2010), porque de lo que se trata aquí no es de la garantía de un nivel de retribución para quien ya lo tenía atribuido por una norma profesional anterior, sino del establecimiento de unas retribuciones inferiores para los trabajadores que se incorporan desde las empresas absorbidas".

Como vemos, lo que viene a sentar esta doctrina es que el salario base que deben percibir los trabajadores integrados en "Telefónica España, S.A." es que aquéllos no pueden ser un salario base inferior al de los trabajadores propios de esta última empresa. Pero la garantía se refiere sólo al importe; es decir, al montante final a abonar por ese concepto y en el presente caso consta del todo acreditado que el salario base que el recurrente disfruta en "Telefónica España, S.A." no es inferior al de los trabajadores de su categoría en esta empresa; al contrario, consta que incluso su salario base es superior al de los titulados superiores de la misma, hasta el punto de que percibe un complemento personal a fin de garantizar el salario base que tenía asignado en "Telefónica Data", como también consta que el salario total que le abonaba la empresa absorbida ha sido respetado por la empresa absorbente.

OCTAVO.- Por otra parte, la crítica que el recurso dirige a la sentencia de instancia implica un rechazo a la homogeneización de las partidas salariales que integran la nómina de los actuales trabajadores de "Telefónica España, S.A.", en cuanto se pretende que el personal que ingresó en la plantilla de ésta procedente de "Telefónica Data" siga diferenciando en sus nóminas el salario base de la retribución por tiempo y el complemento de encuadramiento que abonaba esta última. Sin embargo, el Tribunal Supremo ya ha indicado que una homogeneización de esas características es posible y así lo dice la sentencia de fecha 22 de enero de 2013 (recurso 290/11), según la cual:

"Pretende el recurrente, tal y como se argumenta en el recurso y se hizo en la instancia, que la decisión empresarial de proceder a la homogeneización de las nóminas de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo supuso una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo encuadrable en la letra d) del artículo 41.1 ET , por afectar a los preceptos del Convenio antes citados, y, en todo caso, por suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

(...)Por otra parte, hay que coincidir con la sentencia recurrida en que con arreglo a la doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la modificación introducida en las nóminas de los trabajadores procedentes de la subrogación a partir del año 2.009 no supone en ningún caso una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que pueda encuadrarse en el artículo 41 ET .

Esa doctrina, a la que se refiere la sentencia recurrida en el fundamento de derecho cuarto, con cita de la STS de 10 de octubre de 2.005 (recurso 183/2004), se contiene también en otras muchas decisiones de esta Sala, en las que en cada caso se entra a analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza sustancial o no, partiendo que la relación de condiciones de trabajo del párrafo primero del artículo 41 es meramente ejemplificativa y no exhaustiva (SSTS 9 de abril de 2.001, recurso 4166/2000 , 9 de diciembre de 2.003, recurso 88/2003 , o 26 de abril de 2.006, recurso 2076/2005 , entre otras muchas).

En el caso presente no hay dato alguno que permita afirmar que la modificación de la empresa tenga la condición de sustancial postulada. No sólo no hay rastro de ello en los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida o en su fundamentación jurídica, sino que precisamente consta en los primeros y en los segundos todo lo contrario.

*En primer lugar porque **se acreditó por la empresa demandada que la medida adoptada no supuso alteración valorable de las condiciones de trabajo o de la remuneración, sino que, por el contrario, consta que el importe anual del concepto antigüedad consolidada no sólo no se ha visto reducido , sino que se ha incrementado proporcionalmente ..."***

Por tanto, con identidad de criterio al de la sentencia que se acaba de transcribir parcialmente, no puede haber reproche por el proceso de homogeneización de nóminas llevado a cabo por "Telefónica España, S.A.", pues,



reiterando lo dicho con anterioridad, consta acreditado que el salario final que el recurrente disfruta en esta empresa es igual al que le abonaba "Telefónica Data".

NOVENO.- Queda por examinar la petición del recurrente referida a ser integrado en el grupo de cotización 1 en el régimen general de la seguridad social, pero tal pretensión queda extramuros de las competencias de los órganos judiciales del orden social, por corresponder al contencioso-administrativo, tal como resulta de lo dispuesto en el art. 3 b) de la LRJS, debiendo así declararse de oficio, por ser materia de orden público.

En todo caso, de haber existido tal competencia, el resultado a esta petición hubiera sido negativo, porque se basa en el reconocimiento del derecho del recurrente a la categoría profesional de titulado superior y ya se ha dicho que tal derecho no existe.

DÉCIMO.- En suma, se estima parcialmente el recurso, en línea con lo indicado por este mismo Tribunal en sentencia de fecha 21 de septiembre de 2012 (rec. 6142/11).

La estimación parcial del presente recurso no comporta la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el art. 235 LRJS es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

UNDÉCIMO.- La presente sentencia puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina en los términos establecidos en el art. 219 LRJS.

FALLAMOS

En el recurso entablado por D. Edemiro contra la sentencia de fecha 16 de Enero de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, en sus autos número 651/2010, acordamos de oficio la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la pretensión de la parte recurrente referida a su encuadramiento en un determinado grupo de cotización a la seguridad social. Estimamos en parte su recurso y declaramos que el cómputo de antigüedad a efectos laborales de "Telefónica España, S.A." ha de hacerse en función del tiempo total de servicios prestados desde 9 de mayo de 1990, desestimando el resto de sus pretensiones. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.



Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ